

A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA COMO FERRAMENTA DE CONTROLE DO PROCESSO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Fabio Santos Carvalho

Dissertação de Mestrado em Direito

Orientação: Prof. Doutora Bárbara Magalhães Bravo

Junho, 2018



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

Fábio Santos Carvalho

**A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA COMO FERRAMENTA DE
CONTROLE DO PROCESSO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao FORUM (Centro de Formação, Estudos e Pesquisas) e à
Universidade Portucalense Infante D. Henrique para obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a
Orientação da Professora Doutora Bárbara Magalhães Bravo

Departamento de Direito

Junho, 2018



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

FABIO SANTOS CARVALHO

**A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA COMO FERRAMENTA DE
CONTROLE DO PROCESSO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

Dissertação apresentada ao FORUM (Centro de Formação, Estudos e Pesquisas) e ao Departamento de Direito da Universidade Portucalense como requisito para a qualificação no Curso de Especialização em Direito com acesso ao Mestrado em Direito.

Aprovada em ____/____/2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a Bárbara Magalhães Bravo (Orientadora)
Universidade Portucalense “Infante D. Henrique”

Prof.
Universidade Portucalense “Infante D. Henrique”

Prof.
Universidade Portucalense “Infante D. Henrique”

AGRADECIMENTOS

Aos familiares, pelo apoio e incentivo em todas as etapas da minha formação profissional. Em especial, aos meus pais, pelo exemplo de determinação e força.

Aos professores do curso de Mestrado, em particular, à doutora Bárbara Magalhães Bravo, por aceitar a tarefa de orientar a elaboração desta dissertação. Pela atenção, partilha de conhecimentos e comprometimento, minha gratidão.

Aos colegas, pela troca de experiências e conhecimentos durante o curso de mestrado.

Aos amigos, em especial, à Gracieles Silva, pelo apoio e ajuda nos momentos de incerteza quanto aos direcionamentos do trabalho. Seu apoio foi fundamental.

A todos que direta ou indiretamente contribuíram para a concretização de mais essa jornada rumo ao meu aperfeiçoamento enquanto profissional.

RESUMO

A presente dissertação tem como objeto de estudo a aplicabilidade do princípio da Eficiência como instrumento de controle da concessão de serviços públicos ao setor privado. A crescente exigibilidade de melhoria na prestação de serviços essenciais, instituída durante as reformas da Administração Pública, deu início ao processo de descentralização das atividades desempenhadas pelo Estado. A justificativa se fundamentava na busca pela garantia da eficiência da máquina estatal, elevando esta qualidade a princípio constitucional norteador do ato administrativo na defesa dos interesses e do bem-estar da coletividade. Todavia, enquanto princípio jurídico, a eficiência tem pouca densidade normativa, revelando a necessidade de um estreito vínculo com os demais princípios fundamentais da Administração Pública, para a sua aplicação e controle. O resgate do modelo de concessão de serviços públicos possibilitou a utilização dos recursos estratégicos da iniciativa privada no exercício das atividades estatais, promovendo, a priori, maior eficiência na prestação dos serviços. Contudo, a maioria dos problemas decorrentes do modelo patrimonialista e burocrático persistiu, dando continuidade às insatisfações populares. Tal configuração ensejou a criação das Agências Reguladoras, entidades incumbidas de regular a relação contratual de concessão, de forma independente e imune às interferências de agentes externos e dos próprios órgãos da Administração Pública direta. Para garantir a plena eficiência da atuação regulatória, foram criados mecanismos de controle da própria Agência, os quais visam a resguardar a sua autonomia decisória, de objetivos, de instrumentos e financeira em prol do interesse público.

Palavras-chave: Administração Pública. Agências Reguladoras. Concessão de serviços públicos. Mecanismos de controle da eficiência. Princípio constitucional da Eficiência.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to study the applicability of the Efficiency Principle as an instrument to control the concession of public services to the private sector. The increasing demand for improvement in the provision of essential services - instituted during the reforms of the Public Administration - triggered the process of decentralization of the activities carried out by the State. Its justification was based on the search for the guarantee of the efficiency of the State machinery, raising its quality to the constitutional principle guiding the Administrative Act in defense of the interests and well-being of the collectivity. Nevertheless, efficiency - as a legal principle - has little normative density, revealing the need for a close link with the other fundamental principles of Public Administration, as well as for their application and control. The rescue of the concession of public services model made the use of the strategic resources of the private initiative in the exercise of state activities possible, promoting *a priori*, greater efficiency in the rendering of services. Yet, most of the problems stemming from the patrimonialist and bureaucratic model persisted, keeping popular dissatisfaction ongoing. This configuration led to the creation of Regulatory Agencies - entities responsible for regulating the contractual relationship of concession, independently and immune to the interference of external agents as well as the organs of direct Public Administration. In order to ensure the full efficiency of regulatory action, control mechanisms have been created by the Agency itself, which aim at safeguarding its decision-making autonomy, objectives, instruments and finances on behalf of the public interest.

Keywords: Public Administration. Regulatory Agencies. Concession of public services. Mechanisms of efficiency control. Constitutional Principle of Efficiency.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
1.1 Temática	9
1.2 Descrição do problema	10
1.3 Justificativa	11
1.4 Objetivos.....	12
1.5 Estrutura da dissertação	12
2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS	14
2.1. Evolução da Administração Pública no Brasil	14
2.2 A Administração Pública: conceitos e funções.....	27
2.2.1 Princípios da atividade administrativa.....	30
2.2.1.1 O princípio da Legalidade	33
2.2.1.2 Princípio da Impessoalidade	34
2.2.1.3 Princípio da Moralidade	35
2.2.1.4 Princípio da Publicidade	37
2.3 Princípio da Eficiência na Administração Pública.....	39
2.3.1 Eficiência e Eficácia na Administração Pública.....	44
2.3.2 Eficiência <i>versus</i> Legalidade	46
3 REGIME DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	52
3.1 A evolução do regime de concessão dos serviços públicos	52
3.2 Caracterizando a Concessão.....	59
3.2.1 A natureza jurídica da concessão.....	61
3.2.2 Licitação	62
3.2.3 Contrato de concessão	64
3.2.4 Extinção da concessão	66
4 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA COMO CRITÉRIO DE CONTROLE DA CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	68
4.1 Os mecanismos de controle da eficiência nos contratos de concessão do serviço público	77
4.2 O controle administrativo da eficiência no regime de concessão dos serviços públicos por meio da implementação das Agências Reguladoras.....	86
4.2.1 O processo histórico de implementação das Agências Reguladoras.....	87
4.2.2 As Agências Reguladoras e seus poderes administrativos, normativos e jurídicos	92
4.3 Pressupostos para a eficiência	97

4.3.1 Independência decisória	97
4.3.2 Independência de objetivos	100
4.3.3 Independência de instrumentos	101
4.3.4 Independência financeira.....	103
4.4 Mecanismos de controle da eficiência nas Agências Reguladoras	106
4.4.1 O contrato de gestão	106
4.4.2 Tribunal de Contas e o controle financeiro	107
4.4.3 Controle social.....	110
5 CONCLUSÃO.....	113
REFERÊNCIAS	118

1 INTRODUÇÃO

1.1 Temática

A prestação de serviços públicos, no Brasil, é um expediente que suscita grandes controvérsias quanto a sua eficiência, devido à inobservância de resultados positivos pela sociedade. Concepções diversas, tanto do âmbito administrativo quanto jurídico, tentam desvelar os vetores centrais da dicotomia entre os interesses sociais e a atuação pública, institutos que se tornam proeminentes na discussão sobre o papel do Estado na administração dos recursos e funções públicas.

Originalmente a prestação de serviços públicos efetivava-se exclusivamente pelos órgãos que compõem o aparelho estatal. Contudo, o crescimento e diversificação das carências sociais, e as contingências decorrentes da incapacidade de atender a essa demanda, fizeram aflorar a necessidade de busca de novas formas de gestão das atividades públicas e comerciais exercidas pelo Estado. Nesse contexto, surge o regime de concessão dos serviços públicos, como forma de otimizar a atuação da máquina administrativa por meio da parceria com a iniciativa privada.

O modelo de descentralização apresentava ainda a vantagem de não oferecer custos financeiros para a Administração Pública, além de eximi-la dos riscos econômicos comumente envolvidos na exploração desses tipos de atividade. A ideia era tornar alguns serviços mais especializados e incorporar preceitos da gestão privada (mais estratégicos e flexíveis) nas atividades públicas, o que permitiria alcançar melhores resultados em atividades com características industriais.

Apesar de se apresentar como um processo vantajoso, a concessão dos serviços públicos revelou-se, ao longo dos anos, um elemento complexo da gestão pública. Diversas atividades essenciais não lograram um desempenho satisfatório, comparativamente ao modelo de gestão anterior. As constantes reclamações da sociedade fizeram emergir a imperiosidade de implementar métodos de controle e fiscalização dos processos de concessão, assim como de todas as demais atividades desenvolvidas pelo Estado.

Nessa sequência, a Reforma administrativa, instituída pelo texto constitucional de 1998, propôs o rompimento com a estrutura rígida e burocrática do velho sistema estatal, o que deu início à sublevação da Eficiência como instrumento de otimização das funções públicas. A pretensão era, e ainda a é, de garantir a satisfação das demandas sociais – antes negligenciadas por posturas autocráticas e processos ineptos – com maior rapidez e

efetividade. Todavia, a aplicabilidade do princípio da Eficiência tornou-se um desafio para a Administração Pública, levantando diversas discussões sobre a sua efetividade diante das limitações impostas pelo modelo gerencial vigente.

1.2 Descrição do problema

Apesar de o Estado ser constantemente tratado como uma empresa, os gestores públicos – no intuito de alcançar a eficácia organizacional – acabam por prejudicar a utilização da Eficiência em toda a sua plenitude, principalmente no tocante à relação com outros princípios constitucionais, revestidos de pendor axiológico, *maxime*, o princípio da legalidade, que, por vezes, limita a aplicação das práticas que visam à eficiência dos processos.

Convém pôr em relevo que, para o alcance de uma gestão assertiva, torna-se crucial que princípios como a dignidade da pessoa humana, isonomia, moralidade, entre outros espalhados pela Constituição Federal sejam respeitados aquando da sua efetivação. Porém, da forma como a legislação foi positivada no Direito Administrativo, norteadada principalmente pelo princípio da legalidade, restou à Administração Pública uma discricionariedade muito restrita na execução das suas competências na prestação dos serviços públicos, o que enseja a busca por novas formas de aplicação e controle dos processos em que os princípios tendem ao conflito.

O pouco conhecimento prático acerca do uso e fiscalização do princípio da Eficiência na Administração Pública dificulta a verificação da sua efetividade enquanto ferramenta de controle das atividades realizadas em regime de concessão. As diferenças entre o que é eficaz e eficiente na prestação dos serviços podem comprometer a compreensão do que de fato se encaixa no conceito de Boa Administração Pública.

Cumprir esclarecer que a concepção de eficácia organizacional diz respeito ao alcance de metas e objetivos pré-determinados, enquanto a eficiência caracteriza-se pela melhor utilização dos recursos, sem grandes perdas à organização. Ocorre que, rotineiramente, o alcance de metas, principalmente as que visem ganho financeiro, acaba por suprimir a eficiência, que está diretamente ligada ao cumprimento de outros princípios constitucionais.

No intuito de assegurar que a qualidade e a eficiência se tornem pilares da Administração Pública nos regimes de concessão de serviços públicos, o Estado deu início ao processo de descentralização do controle sobre a prestação de serviços outorgada à iniciativa privada. Assim, surgiram as Agências Reguladoras, mecanismos independentes e

dotados de poderes administrativos, normativos e jurídicos, que atuam sob o regime jurídico de direito público na regulação da parceria público-privada nos contratos de concessão, e que visam essencialmente ao alcance da eficiência nas atividades estatais, de modo a atender satisfatoriamente aos interesses da população usuária.

Ocorre que, assim como as entidades da Administração Pública direta, as Agências Reguladoras (integrantes da Administração indireta) sofrem interferências externas políticas e econômicas, as quais tendem a corromper a sua autonomia decisória no exercício da função de controle e fiscalização do desempenho das concessionárias. Desta forma, fez-se imprescindível implementar alguns instrumentos de controle da eficiência dessas também chamadas autarquias especiais, as quais, como tal, precisam resguardar a sua independência decisória, de objetivos, instrumentos e financeira, ameaçadas pelas pressões político-partidárias e do sistema econômico regular.

A temática insurge em razão do descontentamento social perene com a prestação dos serviços públicos, ensejado pelos mesmos motivos, sem qualquer perspectiva de mudança por parte do poder estatal, no tocante à melhoria do controle sobre a efetivação das atribuições concedidas à esfera privada.

Em tempos de crise financeira em nível mundial, a possibilidade de execução de planos governamentais sem retorno algum à sociedade, configura-se um atentado à coletividade e aos princípios garantidores da vida social estampados na Constituição Federal brasileira. Assim sendo, urge a busca por mecanismos de melhoria de processos para o pleno exercício da Administração Pública.

Nessa lógica, conseguir garantir o cumprimento e fiscalização do princípio da Eficiência, no que diz respeito aos regimes de concessão, representaria a implementação de uma nova perspectiva para a gestão pública, mais valorativa e digna para a sociedade.

1.3 Justificativa

A Eficiência, antes de configurar um dos princípios norteadores da gestão pública, é conhecida como uma importante ferramenta de mensuração da prática administrativa – presenciada cotidianamente no alcance de metas e objetivos característicos do ambiente organizacional privado, o que justifica a ligação da problemática com a vivência acadêmica do autor da pesquisa, uma vez que sua primeira graduação procede do campo da gestão empresarial.

O tema traz imprescindíveis questionamentos sobre a privatização dos serviços públicos, uma das importantes medidas implementadas pelo conjunto de reformas da Administração Pública, a qual se mantém sustentada principalmente pela busca da melhoria e eficiência na prestação dos serviços, no sentido de garantir a satisfação do interesse público e do bem-estar social. Dessa forma, o desenvolvimento desta dissertação engloba a investigação sobre a utilização do princípio da Eficiência como ferramenta de controle dos processos de concessão dos serviços fundamentais da atividade estatal.

Destaca-se que o ponto de maior pertinência deste estudo residiu em investigar se é possível maximizar a fiscalização na prestação de serviço público em regime de concessão, promovendo uma descentralização das funções estatais com maior margem de segurança, pautada no princípio constitucional da Eficiência.

1.4 Objetivos

O objetivo geral desta dissertação consiste em investigar a utilização do princípio da Eficiência como ferramenta de controle do processo de concessão de serviços públicos.

1. Explanar sobre o processo de reformas da Administração Pública até o modelo atual;
2. Demonstrar o estado da discussão sobre um novo enfoque de concessão de serviço público derivado no fenômeno da privatização;
3. Estudar a descentralização do controle administrativo nos contratos de concessão de serviços públicos;
4. Analisar os mecanismos de controle administrativo da eficiência na execução dos contratos de serviço público, a partir das Agências Reguladoras;

Esta definição ajudou na tomada de decisão sobre os principais aspectos teóricos discutidos e os métodos mais adequados ao alcance dos resultados pretendidos, sob as visões abrangentes e específicas da temática, bem como trazer uma resposta satisfatória para a situação-problema ora instaurada.

1.5 Estrutura da dissertação

Para o desenvolvimento deste estudo, o trabalho foi dividido em cinco etapas, as quais foram traduzidas em capítulos. No segundo capítulo, foi feita uma breve contextualização histórica sobre a evolução da Administração Pública até o modelo vigente, seus conceitos e funções, além de discorrer sobre os princípios fundamentais que regem a sua atuação, especialmente o princípio da Eficiência, tema central desta dissertação.

O terceiro capítulo trata sobre o regime da concessão de serviços públicos e os seus mecanismos de descentralização do controle administrativo. O quarto capítulo aborda o princípio da Eficiência como um novo critério de controle do poder concedente sobre a execução do contrato de concessão. No quinto capítulo, são apresentadas as considerações finais do estudo ora produzido.

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

2.1. Evolução da Administração Pública no Brasil

A compreensão sobre o modelo de gestão pública brasileira atual perpassa pela evolução dos conceitos, fundamentos e práticas administrativas desenvolvidas ao longo dos tempos. Não há como aferir, de forma concludente, os determinantes da estrutura vigente sem lançar mão do deslindamento dos fatores que ensejaram a ruptura de antigos modelos para chegar ao conceito de gestão voltado para os resultados, flexibilização, satisfação social e eficiência dos processos. À vista disso, este capítulo oferece um passeio teórico sobre os modelos de administração pública desenvolvidos no Brasil, desde o período colonial até o atual sistema.

Não obstante, adverte-se que esta seção não se destina a esmiuçar, em amplitude, as condutas políticas adotadas pelos governos que comportaram as transformações e principais reformas administrativas do Estado, mas tão somente busca-se elucidar as circunstâncias determinantes do modelo de gestão atual, visando à melhor compreensão do tema abordado.

O termo “Estado” foi primeiramente utilizado por Maquiavel, ao dar significado ao sistema social construído a partir do exercício do poder¹. A concepção da palavra essencialmente esteve relacionada à configuração política das relações sociais, que admite a responsabilidade do poder público como mantenedor da estrutura político-social e provedor dos direitos sociais e do bem comum.

No Brasil, a cognição de Estado como ente supremo de uma sociedade tem raízes na configuração patriarcal instituída pela Coroa portuguesa no período colonial, a qual constituiu as bases para o primeiro modelo formal de administração pública do país, denominado ‘Patrimonialismo’². Esse sistema de governo baseava-se nos arquétipos administrativos dos Estados Absolutistas do século XVIII, caracterizados pela falta de separação entre o bem público e o particular, o que se refletia na predominância do clientelismo, corrupção e nepotismo nas práticas estatais³. “*Nos sistemas patrimoniais*

¹ Cf. DALLARI, Dalmo A. *Elementos de teoria geral do Estado*. 28ªed. São Paulo: Saraiva, 2009.

² A obra “Os donos do poder: formação do patronato brasileiro” reforça as origens do Patrimonialismo no Brasil, pontuando a extensão do sistema ao longo do período colonial (1500-1822), imperial (1822-1889) até a República velha (1889-1930). Na acepção do autor, esse regime fez com que a política fosse interpretada como uma forma de exercer poder sobre o patrimônio público, gerindo-o como se fosse uma propriedade particular. Cf. FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato brasileiro*, 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012.

³ Cf. WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. São Paulo: UnB, 2004. Para o autor, as principais características desse modelo são o personalismo e o paternalismo político. O primeiro fenômeno designa a rede de relações entre o agente público e o privado, em que ocorre troca de favores em prol de aprovações legislativas ou benefícios econômicos. O paternalismo, por seu turno, corresponde ao fenômeno sociopolítico referente ao poder pessoal do governante, que chega a ser considerado um pai para os seus governados, colocando em risco a legitimidade política do Estado, vez que o líder utiliza sua imagem para manipular e se colocar acima dos regimentos jurídicos na busca de interesses pessoais.

tradicionais não havia diferença entre as esferas política e econômica da sociedade. A ligação íntima entre esses aspectos é também uma característica predominante de sociedades em que o aparato estatal é grande e multifuncional e antecede, historicamente, ao surgimento de grupos de interesse autônomos e articulados. Nesses contextos, a busca do poder político não é simplesmente feita para fazer prevalecer esta ou aquela política, mas visa à posse de um patrimônio de grande valor, o controle direto de uma fonte substancial de riqueza”⁴.

Em lógica decorrência do contexto narrado, o país entrou em um caos político-administrativo financeiro, revelando a necessidade de uma reforma administrativa. Destarte, após a crise de 1929⁵, o Governo Vargas iniciou o movimento de implementação dos fundamentos burocráticos difundidos por Max Weber, os quais visavam não apenas à modernização da Administração Pública brasileira, mas claramente combater as mazelas instituídas pelo sistema Patrimonialista. *“O ápice dessa reforma só ocorre em 1936, com a criação do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), que tinha como principal finalidade modernizar a máquina administrativa utilizando os princípios do mérito, da centralização, da separação entre o público e o privado, hierarquia, impessoalidade, rigidez e da especialização e qualificação dos servidores. [...] Suas principais características são: o caráter legal das normas, a formalidade, a divisão do trabalho, a impessoalidade no relacionamento, hierarquização da autoridade, competência técnica e mérito no exercício do cargo”⁶.*

O período foi marcado também pela criação de vários órgãos especializados e empresas estatais, com destaque para a constituição da Companhia Vale do Rio Doce e a Companhia Siderúrgica Nacional, as quais se encontram atualmente privatizadas. Além disso, foram tomadas medidas em prol da racionalização dos processos estatais, por meio de diversas reformas, tais como: a reestruturação do Exército, reorganização do sistema judiciário, criação do Ministério de Instrução e Saúde Pública e Ministério do Trabalho,

⁴ Cf. SCHWARTZMAN, Simon. *Bases do autoritarismo brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1988, p. 36. Convém destacar que Schwartzman se vale dos preceitos weberianos, também adotados por Faoro, para explicitar a ideia de que o tradicionalismo inibe a urgência de uma economia mais racional, em razão da política financeira desenvolvida no regime patrimonialista.

⁵ A grande depressão americana, denominada de “Crise de 1929”, teve início com a queda da Bolsa de Valores de Nova York, nos EUA, em 1929, e foi considerada a mais longa e devastadora recessão econômica do mundo, a qual afetou diversos países, inclusive o Brasil, que mantinha relações com os EUA, referentes ao comércio do café. Cf. FERNANDES, Cláudio. *A crise de 1929*. [Em linha]. 2015. [Consultado 21 novembro 2017]. Disponível na World Wide Web: <http://historiadomundo.uol.com.br/idade-contemporanea/crisede29.htm>.

⁶ Cf. PORTAL Administração. *Administração pública brasileira: resumo completo*. [Em linha]. 2014. [Consultado 22 setembro 2017]. Disponível na World Wide Web: <http://www.portal-administracao.com/2014/06/administracao-publica-brasileira-modelos.html>.

consolidação das normas administrativas, economia de recursos, reorganização do Ministério da Agricultura, revisão do sistema tributário, entre outras ações⁷

Essa reforma baseava-se essencialmente no modelo burocrático defendido por Max Weber, que tinha como ponto de referência principal o serviço civil americano. “[A reforma] Estava voltada para a administração de pessoal, de material e do orçamento, para a revisão das estruturas administrativas e para a racionalização dos métodos de trabalho. A ênfase maior era dada à gestão de meios e às atividades de administração em geral, sem se preocupar com a racionalidade das atividades substantivas”.⁸

Durante algum tempo, o DASP conseguiu alcançar certo êxito no processo de modernização da máquina administrativa. Contudo, no início da redemocratização, ocorrida a partir de 1945, o excesso de autonomia das empresas estatais nos procedimentos de recrutamento dos seus servidores, tornava o concurso público facultativo, demonstrando que a meritocracia não tinha maior peso que os favoritismos herdados do modelo patrimonialista.⁹

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, as lideranças militares reforçaram as críticas ao governo Vargas, culminando na sua queda. A presidência da República foi então assumida pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, que ficou responsável pela transição do governo, convocação de novas eleições e da Assembleia Nacional Constituinte, que promulgou a Constituição de 1946, a qual [...] restabeleceu o estado de direito e as garantias individuais, restaurou a divisão de poderes da República, devolveu a autonomia dos estados, ampliou os direitos sociais dos trabalhadores, reorganizou o judiciário e previu a mudança de capital¹⁰.

Durante os governos de Getúlio Vargas, Juscelino Kubitschek, Jânio Quadros e João Goulart, muitas tentativas de efetivação da reforma administrativa foram implementadas, entretanto, sem resultados significativos. A justificativa se fundamentava na forte resistência das práticas clientelistas, que se mantinham à revelia dos preceitos burocráticos vigentes. Na tentativa de vencer os constantes desafios administrativos impostos pela evolução socioeconômica e política do país, em vez de instituir processos mais eficazes e organizados

⁷ Cf. WAHRLICH, Beatriz M. S. Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente. *Revista de Administração Pública*, 1974, vol. 8, pp. 27-75.

⁸ Cf. COSTA, Frederico L. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. *Revista de Administração de Empresas*, Rio de Janeiro, set./out., 2008, vol. 42, n° 5, pp. 845-846.

⁹ Cf. WAHRLICH, Beatriz M. S. *Ob. cit.*

¹⁰ Cf. WAHRLICH, Beatriz M. S. *Ob. cit.* p. 847.

na administração direta, recorria-se à criação de novas estruturas *ad hoc*, o que demonstrava a dificuldade de reformulação proposta pela reforma.¹¹

Apesar dos avanços escassos, os institutos criados para promover a reforma administrativa, como a Comissão de Simplificação Burocrática (COSB) e a Comissão de Estudos e Projetos Administrativos (CEPA), instituíram as bases para a criação do Decreto-Lei nº 200, de 1967, que prescreveu cinco importantes princípios para a descentralização da Administração Pública. São eles: [1] *o planejamento (princípio dominante)*; [2] *a expansão das empresas estatais (sociedades de economia mista, empresas públicas), órgãos independentes (fundações públicas) e semi-independentes (autarquias)*; [3] *fortalecimento do sistema de mérito*; [4] *criação de diretrizes de classificação de cargos*; e [5] *o reagrupamento de departamentos, divisões e serviços em 16 ministérios [...]*.¹²

Importa esclarecer que a reforma de 1967, embora tenha promovido um desenvolvimento perceptível na administração pública, acabou favorecendo um conflito entre as características burocráticas, formais e defasadas da Administração direta e o Estado tecnocrático e moderno da Administração indireta. A tentativa de tornar a Administração pública mais moderna, criando as estruturas da Administração indireta, não logrou resultados satisfatórios para a máquina estatal como um todo, tendo em vista que as estruturas diretas mantiveram-se em conformidade com os modelos autocráticos e burocráticos anteriores.

A crise política do regime militar, nos anos de 1970, agravou ainda mais a situação, concluindo a insustentabilidade do modelo administrativo burocrático no Brasil. A partir de então, tiveram início algumas medidas de combate aos problemas burocráticos, como a morosidade dos processos, ineficiência e falta de profissionalismo na prestação dos serviços públicos. Dessa forma, foram criados pelo poder Executivo, dois programas de reforma voltados ao aumento de eficácia e eficiência na administração pública: a desburocratização (1979) e a desestatização (1982). A desburocratização buscou essencialmente enxugar a máquina administrativa, suprimindo etapas desnecessárias, promovendo assim, maior dinamicidade aos processos, objetivando trazer ganhos para servidores e clientes¹³.

O programa de desestatização, por sua vez, buscava fortalecer o sistema de livre empresa. “*O papel do Estado, no campo econômico, é de caráter suplementar, e visa sobretudo encorajar e apoiar o setor privado; [...] promover a privatização das empresas*

¹¹ Cf. TORRES, Marcelo D. F. *Estado, democracia e administração pública no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

¹² Cf. COSTA, Frederico L. *Ob. cit.*, p. 850.

¹³ Cf. WAHRLICH, Beatriz M. S. *Ob. cit.*

*estatais nos casos em que o controle público se tenha tornado desnecessário ou injustificável; a privatização das empresas estatais não deverá alcançar nem enfraquecer as entidades que devam ser mantidas sob controle público, seja por motivos de segurança nacional, seja porque tais empresas criem, efetivamente condições favoráveis ao desenvolvimento do próprio setor privado nacional, ou ainda, quando contribuem para assegurar o controle nacional do processo de desenvolvimento.*¹⁴

Com a Nova República, vieram também novas promessas de reforma do Estado, que, além da reorganização do aparelho administrativo – tornando-o mais ágil e eficiente – pretendiam restaurar a cidadania e disponibilizar meios de concretização dos direitos dos cidadãos, seguindo os critérios de universalidade e acesso irrestrito. Para alcançar esse intento, o governo Sarney criou uma comissão, que tinha por objetivo reformular o papel do Estado, nos âmbitos Legislativo, Executivo e Judiciário, definindo as bases de atuação da Administração Pública. A medida visava o reajuste e racionalização das funções e processos estatais, planejar metas para os setores considerados primazes, como a organização da estrutura federal, profissionalização e valorização dos recursos humanos e informatização da máquina pública.¹⁵

O governo pretendia especialmente fortalecer a administração direta, que se acreditava ter sido negligenciada durante as reformas anteriores em prol da expansão dos órgãos da administração indireta. Nesse propósito, elaborou-se a primeira versão da Lei Orgânica da Administração Pública Federal, uma normativa que substituiu o Decreto-Lei nº 200/67 na missão de engendrar a reorganização estatal. A partir de então, diversos institutos foram criados para alcançar as ambições da nova reforma, denominada de regime gerencial, como a Escola Nacional de Administração Pública (Enap) e o Centro de Desenvolvimento da Administração Pública (Cedam), que se destinavam à formação de novos gestores e ao treinamento e capacitação de servidores públicos, respectivamente. Todavia, na prática, as medidas não foram levadas a efeito, e todos os esforços acabaram sendo direcionados apenas a estratégias tradicionais de racionalização dos recursos públicos.¹⁶

O cerne da problemática era a falta de planejamento e de métodos eficazes de implementação das medidas propostas. Além disso, havia uma clara dificuldade de integração entre os institutos responsáveis pelo desenvolvimento das reformas, impedindo

¹⁴ Cf. WAHRLICH, Beatriz M. S. *Ob. cit.*, p. 54.

¹⁵ Cf. MARCELINO, Gileno F. Em busca da flexibilidade do Estado: o desafio das reformas planejadas no Brasil. *Revista de Administração Pública*, 2003, vol. 37, nº 3, pp. 641-659.

¹⁶ Cf. COSTA, Frederico L. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. *Revista de Administração de Empresas*, Rio de Janeiro, set./out., 2008, vol. 42, nº 5, p. 845-846.

que os resultados fossem alcançados. Nesse ínterim, a Assembleia Nacional Constituinte elaborava a Carta Magna de 1988, que propunha uma verdadeira revolução na Administração Pública.¹⁷ “A Constituição de 1988 proclamou uma nova enunciação dos direitos de cidadania, ampliou os mecanismos de inclusão política e participação, estabeleceu larga faixa de intervenção do Estado no domínio econômico, redistribuiu os ingressos públicos entre as esferas de governo, diminuiu o aparato repressivo herdado do regime militar e institucionalizou os instrumentos de política social, dando-lhes substância de direção”.¹⁸

Importa salientar que, apesar do alardeado retrocesso gerencial, a CF/88 trouxe avanços relevantes, especialmente no que concerne à democratização do Estado. A fim de atender aos anseios sociais de participação nas decisões públicas, foram instaurados canais de intervenção popular, favorecendo maior controle da sociedade sobre a atuação da Administração Pública.

A postura do governo Sarney durante as tentativas de reforma na transição do modelo burocrático e as mudanças implementadas pela Carta de 1988 foram alvo de críticas severas, notadamente em relação ao plano gerencial, ao qual foram imputadas características do modelo burocrático de 1930. No plano político, condenou-se ainda a tentativa de retorno ao populismo, amplamente difundido nos anos de 1950, não considerando, com o devido rigor, a grave crise que o país atravessava.¹⁹

A partir de 1990, com o governo de Fernando Collor de Mello – primeiro presidente eleito pelo voto direto, depois de 30 anos – deu-se início a um período de grandes restrições quanto à intervenção estatal na sociedade, que visavam reduzir custos, revitalizar a economia, conter a inflação, e redefinir o papel do Estado diante das suas funções socioeconômicas.

O Plano de reforma pretendia, entre outras medidas, readotar o Cruzeiro como moeda, congelar preços e salários, bloquear contas correntes e poupanças de trabalhadores e empresários, além de efetuar a demissão de servidores públicos e enxugar a máquina estatal. Todavia, não houve um posicionamento estratégico bem definido, desaguando em artifícios de implementação mal estruturados e erráticos, especialmente no tocante aos processos de desestatização e racionalização, bases da reforma administrativa do governo²⁰. “A

¹⁷ Cf. MARCELINO, Gileno F. *Governo, imagem e sociedade*. Brasília: Funcep, 1988.

¹⁸ Cf. COSTA, Frederico L. *Ob. cit.*, p. 858.

¹⁹ Cf. BRESSER-PEREIRA, Luiz. C. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. Brasília: Editora 34 Ltda., 1998.

²⁰ Cf. BRESSER-PEREIRA, Luiz. C. *Ob. cit.*

*desestatização parte da premissa que não cabe ao Estado realizar determinadas funções, e a racionalização se apóia [sic] no critério da eficiência e parte do pressuposto que, entre as funções indelegáveis, o Estado pode, com menos recursos, realizar o mesmo volume de atividades ou, em outros casos, com o mesmo volume de recursos, realizar um maior número de atividades”.*²¹

Ainda cumpre ressaltar que a reforma administrativa do governo Collor desestruturou os mecanismos de incentivo cultural e contribuiu para a paralização de todos os programas sociais existentes no país, além de promover a desvalorização dos servidores públicos. “As medidas de racionalização foram conduzidas de maneira perversa e equivocada. Algumas das extinções tiveram que ser logo revistas, como a do Capes [Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior]²², por exemplo. Muitas das fusões, principalmente de ministérios, não eram convenientes, pois criavam superestruturas (como os ministérios da Economia e Infra-Estrutura [sic]) sujeitas a pressões de interesses poderosos, e dificultavam a supervisão que intentavam favorecer. Os cortes de pessoal, desnecessários, se examinarmos a administração como um todo, não trouxeram expressiva redução de custos”.²³

Em decorrência da alarmante recessão econômica, desemprego e insatisfação popular advindas das medidas impostas, associadas aos escândalos de corrupção, envolvendo o presidente e pessoas próximas, a Câmara aprovou, por maioria absoluta, o *impeachment* de Collor, que fora substituído pelo vice, Itamar Franco.

A reforma administrativa promovida pelo governo Itamar Franco teve caráter bem mais canhestro e conservador, devido às circunstâncias excepcionais da posse, limitando-se a tratar da reativação dos ministérios extintos pelo governo Collor e a dar seguimento ao processo de privatização, ainda que de forma claudicante.²⁴

O professor Luís Carlos Bresser-Pereira – ex-ministro nos governos de José Sarney (ministério da Fazenda) e Fernando Henrique Cardoso (ministério da Administração e Reforma do Estado, e da Ciência e Tecnologia) – foi um dos mais importantes nomes da reforma do Estado a partir dos anos de 1990, sendo o idealizador do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado - Pdrae, instrumento que tinha a pretensão de instaurar o

²¹ Cf. COSTA, Frederico L.; CAVALCANTI, Bianor S. Mudança organizacional do setor público. *Revista de Administração Pública*, 1991, vol. 25, nº 1, p. 82.

²² Agência governamental, vinculada ao Ministério da Educação e Cultura (MEC), que visa promover a expansão e consolidação dos cursos de pós-graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado) no Brasil. É a entidade responsável pela autorização para a abertura de novos cursos de pós-graduação e pela avaliação periódica dos cursos já existentes em todo país.

²³ Cf. COSTA, Frederico L. *Ob. Cit.*, p. 861.

²⁴ Cf. COSTA, Frederico L. *Ob. Cit.*

modelo de Administração gerencial, tendo como propostas basilares de reforma do Estado: o ajustamento fiscal contínuo; políticas econômicas que garantissem a concorrência interna e fortalecessem as empresas nacionais na disputa pelo mercado internacional; a reforma da Previdência social; otimização da estrutura de desenvolvimento e ampliação das políticas sociais; e a reorganização do aparelho estatal, com vistas a alcançar a eficiência na prestação dos serviços públicos.²⁵

O Pdrae considerava que o governo, no que concerne aos três poderes, não tinha problemas quanto a sua capacidade de governar, tendo em vista a legitimidade democrática e apoio social com a qual contava, por outro lado, sofria dificuldades relativas à governança, em razão das limitações decorrentes da inflexibilidade e ineficiência do aparelho administrativo estatal. No sentido de alcançar melhores resultados, a reforma propunha eximir o Estado da responsabilidade direta sobre o desenvolvimento econômico e social do país, passando a ser tão somente o agente provedor e regulador dessa competência. A proposta consistia em reforçar as suas funções reguladoras e coordenadoras, principalmente em âmbito federal, incentivando ainda a descentralização gradativa das funções executivas relativas à prestação de serviços sociais e de infraestrutura de competência dos governos estadual e municipal.²⁶ Para efetivar as propostas da administração pública gerencial tornava-se determinante implementar mudanças em três planos²⁷:

- Plano institucional-legal: por meio da reformulação de preceitos constitucionais e legislações pertinentes aos objetivos traçados;
- Plano cultural: por meio da internalização de uma nova mentalidade sobre a administração pública;
- Plano gerencial: por meio das atividades de execução da reforma.

O Pdrae pontuava particularmente a imprescindibilidade de redefinir os objetivos da Administração Pública, dando prioridade ao atendimento das necessidades do cidadão/cliente, assim como de aperfeiçoar os recursos de coordenação, planejamento, implementação e avaliação das políticas públicas. Também evidenciava a premência de normas mais flexíveis e procedimentos simplificados, além da descentralização das estruturas públicas. Outro ponto crítico apontado pelo Pdrae compreendia dar seguimento ao processo de profissionalização e capacitação contínua dos servidores públicos, meta

²⁵ Cf. COSTA, Frederico L. *Ob. Cit.*

²⁶ Cf. BRESSER-PEREIRA, Luiz. C. *Ob. cit.*

²⁷ Cf. MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO E REFORMA DO ESTADO - MARE. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, Imprensa oficial, 1995.

idealizada pelo modelo de administração burocrática, contudo, não levada a efeito durante sua vigência.²⁸

Compete por em evidência que, ao contrário da reforma burocrática, que buscou combater as vicissitudes do modelo Patrimonialista, a reforma proposta pelo modelo de administração gerencial não tinha a intenção de abolir totalmente as práticas burocráticas, mas aperfeiçoá-las, tornando-as mais flexíveis e eficazes.

Esta afirmativa, delineada de forma enfática entre os preceitos do Pdrae, é ratificada nas proposições de diversos estudiosos da seara administrativa²⁹. “[...] a administração gerencial está apoiada na anterior, da qual conserva, embora flexibilizando, alguns dos seus princípios fundamentais, como a admissão segundo rígidos critérios de mérito, a existência de um sistema estruturado e universal de remuneração, as carreiras, a avaliação constante de desempenho, o treinamento sistemático. A diferença fundamental está na forma de controle, que deixa de basear-se nos processos para concentrar-se nos resultados, e não na rigorosa profissionalização da administração pública, que continua um princípio fundamental.”³⁰

A reforma proposta pelo Pdrae (1995) amparava-se em cinco diretrizes principais: **“Institucionalização:** defende que a reforma só se torna viável a partir da alteração da base legal, por meio de ajustes na própria Constituição Federal; **Racionalização:** propõe o alcance da eficiência em decorrência do corte de gastos, sem perda de produtividade, atingindo a mesma quantidade de bens ou serviços (ou até mais), com a mesma quantidade de recursos; **Flexibilização:** designa maior autonomia aos gestores públicos na administração dos recursos humanos, materiais e financeiros colocados a sua disposição, estabelecendo o controle e cobrança a posteriori dos resultados; **Publicização:** flexibilização baseada na transferência de atividades não exclusivas do Estado para a competência de organizações públicas não estatais, sobretudo nas áreas da saúde, educação, cultura, ciência e tecnologia e meio ambiente; **Desestatização:** compreende os processos de privatização, terceirização e desregulamentação”³¹.

Todas essas diretrizes definidas pelo Plano Diretor foram contempladas na Emenda Constitucional nº 19, de junho de 1998, e em três projetos básicos de reforma: avaliação

²⁸ Cf. MARE. *Ob. cit.*

²⁹ Nesse sentido, Cf. MARE Apud GUIMARÃES, Pablo G. C. *Governo FHC x Governo Lula: evoluções e retrocessos na estrutura da administração pública brasileira*. 32 f. (Especialização) - Curso de Gestão Pública, Instituto A Vez do Mestre, Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2011, p. 16. [Em linha]. 2011. [Consultado 22 dezembro 2017]. Disponível na World Wide Web: http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k217314.pdf, e COSTA, Frederico L. *Ob. Cit.*

³⁰ Cf. MARE Apud GUIMARÃES, Pablo G. C. *Ob. Cit.*, p. 16.

³¹ Cf. COSTA, Frederico L. *Ob. Cit.*, p. 867 (grifo nosso).

estrutural, criação de agências executivas e organizações sociais, que visavam atender aos interesses de racionalização, flexibilização e publicização, respectivamente. Sublinhe-se que o governo Fernando Henrique Cardoso nunca promoveu a avaliação estrutural proposta, e o projeto de criação de agências executivas resultou na efetivação de uma única entidade: o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – Inmetro. Quanto às organizações sociais, apenas cinco foram criadas nesse período. Mesmo não fazendo parte das atribuições do Mare, tampouco estando delimitado entre as ações do Pdrae, o processo de privatização de empresas estatais foi a medida que obteve maior número de execuções, especialmente *nos setores de telefonia (Telebrás), mineração (Vale do Rio Doce) e financeiro (Banespa)*.³²

É imprescindível ressaltar que o processo de privatização inicialmente sofreu extrema rejeição por uma parcela significativa da população civil organizada, especialmente os partidos de oposição ao governo FHC, notadamente o Partido dos Trabalhadores (PT), a qual se justificava pela aceção de que essa modalidade de desestatização seria prejudicial ao país. De certo que o termo assumiu caráter negativo diante da opinião pública, posicionamento que se estende aos dias atuais. Ao revés do ideário popular proeminente, os resultados da privatização de empresas públicas, como da mineradora Vale do Rio Doce, se mostraram satisfatórios, conforme dados divulgados pela revista *Época*, em setembro de 2007, na qual se informava que a companhia, durante todo o período de controle estatal (1943 até 1997), pagou tributos na ordem de US\$ 1,582 bilhão, e, após a privatização, somente entre os anos de 1998 e 2007, pagou US\$ 5, 867 bilhões em impostos, demonstrando assim, um notório crescimento em seu desempenho³³.

Diante dos fatos, é forçoso concluir que, entre avanços e retrocessos das reformas do Estado, a Administração Pública obteve saltos significativos em termos de modernização, especialização técnica, flexibilização e publicidade, entretanto, ainda havia muito que ajustar para chegar ao resultado almejado.

O governo seguinte (2003-2011), no qual foi empossado o presidente Luís Inácio Lula da Silva, líder do partido de maior oposição ao governo FHC, causou certo temor entre economistas, técnicos e investidores quanto às medidas iniciais do seu mandato, considerando a forte contestação feita pelos petistas a praticamente todos os projetos da

³² Cf. COSTA, Frederico L. *Ob. Cit.*, p. 868.

³³ Cf. GUIMARÃES, Pablo G. C. *Ob. cit.*. Outro exemplo considerado exitoso no âmbito das privatizações diz respeito à exploração do setor de telecomunicações por empresas privadas. Antes, a aquisição de uma linha telefônica fixa chegava a custar, em média, R\$ 12 mil, sendo, portanto, uma regalia reservada às classes A e B. Atualmente, o mercado é amplamente disputado por várias companhias, o que se reverte em preços bem mais acessíveis e maior qualidade dos serviços.

reforma administrativa do governo anterior. Todavia, o posicionamento do governo Lula foi de continuidade aos avanços iniciados, priorizando a estabilidade econômica (políticas fiscais e monetárias), planejamento e as políticas públicas sociais. Assim, foram criados o Programa Nacional de Apoio à Modernização da Gestão e do Planejamento dos Estados e do Distrito Federal (Pnage) e o Programa de Modernização do Controle Externo dos Estados e Municípios Brasileiros (Promoex), institutos responsáveis pela modernização da administração pública, particularmente no que concerne aos estados³⁴.

Os princípios de instituição da qualidade na Administração Pública também foram preservados, por meio do Programa de Qualidade do Serviço Público (PQSP), criado em 1999 e baseado nos programas de qualidade total, provenientes da esfera administrativa privada. O objetivo central do PQSP consiste na realização de parcerias entre organizações, servidores públicos e sociedade civil, a fim de otimizar a prestação dos serviços públicos e promover a satisfação do cidadão-cliente. Sobre estes, buscava-se especialmente estimular a sua participação nas atividades estatais, como avaliadores dos serviços prestados.³⁵

Importa esclarecer que, apesar de não apresentar mudanças significativas na esfera administrativa, em relação ao que fora projetado no governo anterior, não se pode atestar que o governo Lula tenha efetivado um programa de reforma da gestão pública, tendo em vista que apenas ocorreram ações isoladas, dando seguimento ao que fora iniciado. Inclusive, foram negligenciadas pautas de grande relevância, como as reformas tributária e previdenciária.

Ao analisar os pontos positivos e negativos do governo Lula, pontua-se que, no que tange ao funcionalismo público, um dos problemas de maior impacto na gestão administrativa, foi o “inchaço” provocado pelo excesso na criação de cargos comissionados em vários setores da estrutura funcional do Estado, o que ia de encontro ao processo de enxugamento da máquina pública iniciado no governo FHC.³⁶

É forçoso constatar que o amplo loteamento dos cargos públicos intentava essencialmente fazer acomodações políticas, as quais garantiriam maior base e apoio popular ao governo, contudo aumentavam substancialmente os gastos públicos e comprometiam a eficiência da máquina administrativa. Além dessas questões, os diversos escândalos políticos

³⁴ Cf. GUIMARÃES, Pablo G. C. *Governo FHC x Governo Lula: evoluções e retrocessos na estrutura da administração pública brasileira*. 32 f. (Especialização) - Curso de Gestão Pública, Instituto A Vez do Mestre, Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2011 [Em linha]. 2011. [Consultado 22 dezembro 2017]. Disponível na World Wide Web: http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k217314.pdf.

³⁵ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Gestão. *Gespública contribui para a modernização da gestão em Sorocaba*. [Em linha]. Brasília: MP, SEGES, 2006. [Consultado 22 setembro 2017]. Disponível na World Wide Web: http://www.planejamento.gov.br/gestao/conteudo/noticias/noticias_2006/060908_sorocaba.

³⁶ Cf. GUIMARÃES, Pablo G. C. *Ob. cit.*

envolvendo práticas de corrupção – não exclusivo deste governo – tornaram ainda mais complexos os desafios de efetivar a reforma administrativa gerencial.

O governo seguinte, liderado pela presidente Dilma Rousseff, assim como o atual governo, conduzido pelo presidente Michel Temer, seu vice, não trouxe grandes avanços em relação aos governos anteriores, limitando-se a fazer reduções de cargos comissionados e ministérios, minimizando custos, porém não garantindo a eficiência da máquina pública.

Tecendo comentários acerca dessa matéria, conclui-se que a reforma gerencial não alcançou ainda os propósitos instituídos quando idealizada por Bresser-Pereira, na década de 1990, na qual se propunha uma administração pública de qualidade e eficiente, capaz de garantir a satisfação dos anseios sociais, com excelência e respeito aos princípios constitucionais.

Em Portugal, as reformas administrativas sofreram impactos de dois importantes movimentos: a abertura ao modelo democrático, em 1974, e a adesão à Comunidade Econômica Europeia, em 1986. Ao longo das últimas décadas do século XX, a Administração Pública portuguesa vivenciou significativas transformações promovidas pelo legislativo, notadamente apoiadas na consagração de fortes princípios voltados à configuração administrativa, em seus aspectos organizacionais e procedimentais, postulados na Constituição Portuguesa e no Código de Procedimento Administrativo³⁷.

A Constituição portuguesa buscava instituir uma administração menos burocrática e mais voltada aos interesses dos cidadãos, promovendo maior acesso aos serviços públicos e garantindo meios de participação da população interessada em contribuir com a gestão estatal de forma mais ativa. O Código de Procedimento Administrativo, por outro lado, depende da Constituição para criar mecanismos de modernização da máquina administrativa, os quais são baseados nos princípios gerais da Administração Pública, dentre eles: o princípio da participação, colaboração com os particulares, da desburocratização e da eficiência³⁸.

Não obstante, após a crise financeira internacional de 2008, o governo português passou a voltar sua atenção para a resolução das questões financeiras que assolavam o país, desaguando na celebração do acordo com a *troika*³⁹, em 2011, efetivado por meio do

³⁷ Cf. CARAPETO, Carlos, e FONSECA, Fátima. *Administração Pública: Modernização, Qualidade e Inovação*. Lisboa: Silabo, 2005.

³⁸ Cf. CANOTILHO, José G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

³⁹ Designação de derivação russa dada ao Comitê formado pelo Banco Central Europeu, Comissão Europeia e Fundo Monetário Internacional, criado para ajudar países em dificuldade financeira. Cf. ECONOMIAS. *Troika em Portugal*. [Em linha]. 2016. [Consultado 21 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://www.economias.pt/troika/>.

Memorando de Entendimento⁴⁰. O expediente, ainda assim, resultou na perda de boa parte da soberania do Estado sobre o processo de reforma da Administração Pública, pois as medidas instituídas pela *troika* acabaram sendo traduzidas em planos de reforma, alguns aplicados sem qualquer análise ou apreciação que pudesse dar base à implementação das ações propostas. As diretivas principais giravam em torno da redução dos custos do Estado e de promoção de maior eficiência no desempenho da Administração Pública, para tanto, conforme acordado no Memorando de Entendimento, seria necessário “*eliminar as estruturas sobrepostas na estrutura do Estado, reduzindo o número de organismos e entidades, mantendo a qualidade na prestação do serviço público*”.⁴¹

Em outras palavras, buscava-se racionalizar a máquina pública sem que houvesse perda na qualidade dos serviços, porém as metas de redução dos serviços e do quadro de dirigentes não se cumpriu totalmente da forma como planejado. Mesmo superando o objetivo inicial, muitas das competências existentes nas instituições públicas apenas foram transferidas para outras estruturas, algumas criadas especialmente para esse fim, representando, na verdade, uma fusão desses institutos em vez de uma extinção.

O governo português, ao longo dos anos seguintes, conseguiu retomar, mesmo que lentamente, o crescimento econômico e a competitividade do país. Dados confirmados pelo Fundo Monetário Internacional, que fez projeções de crescimento em torno de 2% para o ano de 2018. Esse crescimento deve ser sustentado, segundo o FMI, por um conjunto de políticas voltadas à reforma no mercado de trabalho e de produto, que, comprovadamente, aumentam a resiliência do país frente aos impactos das crises econômicas. Além disso, as perspectivas apontam que o país possui uma boa margem para melhorar a qualidade da Administração Pública.⁴²

Diante do exposto, e com vista a contemplar os interesses desta dissertação, convém fazer uma breve explanação do que a doutrina concebe como “Administração Pública”, advertindo-se, todavia, que as proposições aqui delineadas não podem ser consideradas finitas e suficientes, dada a complexidade do tema frente à diversidade contextual a que está sujeito. Sendo assim, a próxima seção tem por objetivo estabelecer algumas definições sobre

⁴⁰ Documento em que foram firmadas as medidas exigidas pela *troika* ao governo para equilibrar as contas públicas e promover o aumento da competitividade do país.

⁴¹ Cf. MADUREIRA, César. A reforma da Administração Pública Central no Portugal democrático: do período pós-revolucionário à intervenção da *troika*. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, 2015, vol. 49, nº 3, p. 9.

⁴² Cf. JORNAL DE NOTÍCIAS. *FMI mantém crescimento português nos 2,5% em 2017 e 2% em 2018*. [Em linha]. 2017. [Consultado em: 21 dez. 2017]. Disponível na World Wide Web: <https://www.jn.pt/economia/interior/fundo-mantem-crescimento-portugues-nos-25-em-2017-e-2-em-2018-8831766.html>.

a Administração Pública, de modo que se tornem mais compreensíveis as suas funções e responsabilidades diante das necessidades sociais.

2.2 A Administração Pública: conceitos e funções

No Brasil, a Administração Pública, em especial, tem sido um ponto nevrálgico das funções do Estado, mormente no período de crise política que se estende há alguns anos. Esse protagonismo viceja diversas argumentações sobre os determinantes da atuação estatal.

O termo ‘administração’ provém do “*latim ad (direção) e minister (obediência), ou seja, o administrador dirige obedecendo à vontade de quem o contratou*”⁴³. Nessa configuração, o administrador público é aquele que executa sua função no intuito de atender às necessidades de quem o colocou nessa posição (os cidadãos).

Em uma definição mais clássica, a Administração Pública é retratada como o conjunto de aparelhos de que dispõe o Estado para assegurar a realização dos serviços demandados pela população⁴⁴. Portanto, o Estado, enquanto “coisa pública”, ou seja, pertencente à coletividade, tem o papel de organizar a sociedade, utilizando os instrumentos oportunos ao seu desenvolvimento e bem-estar⁴⁵.

O conceito de Administração Pública também pode ser abordado em dois sentidos distintos: 1) sentido objetivo, material ou funcional; e 2) sentido subjetivo, formal ou orgânico. No sentido objetivo, a Administração Pública é caracterizada como a ação concreta e contínua exercida pelo Estado, sujeita ao regime jurídico de direito público, para a efetivação dos interesses da sociedade. Em sentido subjetivo, a Administração Pública alberga a reunião de institutos e pessoas jurídicas as quais a lei designa a responsabilidade pela atividade administrativa estatal⁴⁶.

Compreende-se que conceituar a Administração Pública não é uma tarefa simples, posto que imaginá-la apenas como mera atividade executória não satisfaz o entendimento sobre suas competências⁴⁷. Esse pensamento simplista decorre da Teoria da Separação dos Poderes – desenvolvida por Montesquieu em sua obra intitulada “O espírito das leis”, e contemplada na Constituição Federal brasileira – a qual visou dividir o poder do Estado em três funções. São elas: legislativa, judiciária e executiva.

⁴³ Cf. BACHTOLD, Ciro. *Noções de Administração Pública*. Curitiba: Instituto Federal Paraná, 2012, p. 31.

⁴⁴ Cf. MEIRELLES, Hely. L. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: RT, 1985.

⁴⁵ Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

⁴⁶ Cf. DI PIETRO, Maria S. Z. *Direito Administrativo*. 18^ªed. São Paulo: Atlas, 2005.

⁴⁷ Crítica feita por Guilherme Carvalho e Sousa à definição simplista empregada à Administração Pública, decorrente da teoria da separação dos poderes. Cf. SOUSA, Guilherme. C. *O direito privado na administração pública: necessidade de utilização e reserva constitucional do direito administrativo à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

Cada função cabe predominantemente a um correspondente Poder estatal – respectivamente os poderes Legislativo, Judiciário e Executivo – sendo estes autônomos, complementares e igualmente importantes. Logo, não há que se falar em supremacia de um Poder sobre outro, pois estabelecem uma relação de cooperação e controle mútuo (Sistema de freios e contrapesos), na qual se sustenta o equilíbrio da ordem social.

Sobreleva-se, ainda, que cada um dos poderes pode, em certa medida, exercer funções típicas de outro. Para exemplificar essa assertiva, citam-se: as Medidas Provisórias (MP) adotadas pelo poder Executivo, que possuem força de lei, demonstrando, destarte, claro exercício da função legislativa, e os julgamentos pertinentes aos litígios administrativos internos, que evidenciam o uso da função jurisdicional; os representantes do poder Legislativo, ao dispor sobre sua estrutura funcional, criando cargos, estabelecendo salários, etc., exercem a função administrativa, e cumprem a função jurisdicional quando o Senado se utiliza da prerrogativa de julgar o presidente da República em crimes de responsabilidade, avalizada pelo artigo 62 da CF; o judiciário, porquanto elabora seu regimento interno, também se vale da função legislativa, e desempenha a função executiva ao gerir os processos administrativos concernentes, por exemplo, aos trâmites de contratação, férias e licenças dos membros do judiciário⁴⁸.

Observa-se assim, que uma função não é exclusiva de determinado poder, visto que tal configuração tornaria inviável preservar a autonomia e independência dos poderes, como prescreve a Constituição Federal. À vista disso, cada poder tem, nas funções atípicas, um instrumento de autopreservação.

Definir Administração Pública perpassa ainda pela apreciação do que rege o Direito Administrativo. *“Naturalmente, Direito administrativo e Administração pública não são sinônimos. Porém se encontram estritamente vinculados. A doutrina administrativa sempre concordou em considerar que o Direito administrativo é o conjunto de normas jurídicas regulamentadoras da Administração Pública. A doutrina, portanto, de modo quase unânime, sempre sustentou que o objeto do conjunto normativo “Direito administrativo” é a Administração pública; então, o que deve ser entendido por Direito administrativo dependerá do que se entenda por Administração pública. Isso explica porque a busca do*

⁴⁸ Cf. DIREITO CONSTITUCIONAL. *Separação dos poderes, tripartição, funções típicas e atípicas*. [Em linha]. [201?]. [Consultado 21 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <http://direitoconstitucional.blog.br/separacao-dos-poderes-triparticao-funcoes-tipicas-e-atipicas/>.

conceito de Direito administrativo consistiu, em grande parte, na busca do conceito de Administração pública”.⁴⁹

Em tempo, compete ao Direito administrativo traduzir, nas ações do Estado, os ordenamentos legais, os quais limitam, disciplinam e orientam a atividade administrativa, de forma que sejam respeitados os princípios fundamentais impostos pela Constituição Federal. Esse regime jurídico, responsável pela condução do aparelho estatal, representa o conjunto de atributos e implicações que classificam o Direito administrativo, e que privilegiam a Administração pública, ao colocá-la em uma posição vertical na relação jurídico-administrativa⁵⁰.

Convém esclarecer que o regime de direito público decorre da normatização de interesses pertinentes à coletividade e não dos anseios particulares no que tange a suas singularidades. No Direito administrativo, essa caracterização normativa se substancia na consagração de dois princípios basilares: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade dos interesses públicos; ambos implícitos na Constituição, todavia com o mesmo peso jurídico dos demais princípios manifestados de forma explícita.⁵¹

Observa-se, contudo, que os impactos perniciosos do individualismo característico da vida moderna entranham-se cada vez mais nas relações privadas, chegando à esfera pública, comprometendo as funções estatais. Nesse caso, cumpre ao corpo jurídico formular instrumentos normativos capazes de combater as consequências danosas dessas influências no setor público, de modo a preservar a supremacia do interesse público primário⁵².

Cumpre destacar que, apesar de o regime jurídico administrativo locar os interesses públicos acima dos privados com a finalidade de atingir o bem comum, as restrições impostas à Administração limitam a atividade pública a fins e princípios específicos, circunstância que pode acarretar desvios de poder e consequentes sansões, como a nulidade do ato administrativo.

⁴⁹ Cf. PUIGPELAT, 2003 apud SOUSA, Guilherme. C. *Op. cit.*, p. 12 (tradução do autor).

⁵⁰ Cf. DI PIETRO, Maria S. Z. *Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

⁵¹ Cf. MELLO, Celso A. B. *Curso de direito administrativo*. 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁵² Cf. CARVALHO, Raquel M. U. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Editora Jus Podivrm, 2008.

2.2.1 Princípios da atividade administrativa

A apreensão sobre a atuação da Administração Pública consubstancia-se essencialmente nos seus princípios fundamentais, os quais alicerçam o próprio sentido do Estado, porquanto voltados ao atendimento das necessidades e aspirações sociais⁵³.

Diante dos desafios de alcançar a efetividade dos direitos previstos na Constituição Federal, o regime jurídico administrativo dispõe de instrumentos essenciais, que servem de parâmetro e regulador da atuação pública, chamados princípios constitucionais. São esses princípios, explícitos e implícitos, que esteiam as escolhas administrativas e ordenam as prioridades do Estado, sendo também ferramentas legitimadoras das decisões tomadas e recursos obrigatórios para o exercício adequado das funções que cabem à Administração pública⁵⁴.

Constatada a essencialidade dos princípios constitucionais na função interpretativa jurisdicional e de eficácia dos demais institutos normativos, sobreleva-se a gravidade da violação desse postulado. *“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a forma mais grave de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, costumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.”*⁵⁵

Pode-se arguir, destarte, que os princípios são a fonte de todo sistema administrativo público, constituindo a base sobre a qual se apoiam as atividades que visam à promoção do interesse e necessidades sociais. Para os princípios chegarem ao centro do ordenamento jurídico, alcançando o *status* de norma, percorreu-se um longo processo de quebra da convicção de que estes seriam apenas constructos axiológicos, sem aplicabilidade jurídica direta. Todavia, a nova ordem pós-positivista ensejava a busca pela reaproximação do direito com a ética, inspirando a revalorização da justiça e a legitimação da democracia, o que dava amparo aos ideais eminentes nos princípios constitucionais, elevando-os à categoria de pilstras do Estado Democrático de Direito⁵⁶.

⁵³ Cf. MELLO, Celso A. B. *Ob. Cit.* O pensamento encontra respaldo na visão de Boaventura Santos, quando avulta que a busca pelo Estado Social intenciona a humanização do aparelho estatal, buscando diminuir as desigualdades sociais e defender os preceitos da existência digna. Sendo assim, o interesse da Administração Pública passa a ser, principalmente, o bem comum, SANTOS, Boaventura S. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2000.

⁵⁴ Cf. NEVES, Marcelo. *Entre Hidras e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

⁵⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, advertindo sobre a gravidade da transgressão de um princípio constitucional. Cf. MELLO, Celso A. B. *Curso de direito administrativo*. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 943.

⁵⁶ Cf. CANOTILHO, José G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

A partir dessa reestruturação ideológica, o ordenamento jurídico contemporâneo passou a ser um sistema normativo aberto, composto por regras e princípios, donde “as regras são mais objetivas e incidem de forma restrita sobre situações específicas e os princípios são mais abstratos e possuem uma finalidade mais destacada”⁵⁷. “[...] as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica, previsibilidade e objetividade das condutas, ao passo que os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto. Por conseguinte, os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição, passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do Direito infraconstitucional de forma que a constitucionalidade repercute também em toda Administração Pública”.⁵⁸

As idiosincrasias entre princípios e regras podem ser sucintamente classificadas conforme a seguir⁵⁹:

- Quanto ao nível de abstração: as regras destinam-se apenas a circunstâncias específicas, enquanto os princípios possuem aplicabilidade ampla;
- Quanto à importância: os princípios são a fonte de todos os segmentos do Direito, enquanto as regras se originam e são subordinadas aos princípios;
- Quanto à incidência de antinomias: havendo conflito entre princípios, estes devem sempre caminhar para a conciliação; entre as regras, todavia, esta ocorrência leva à revogação ou anulação de uma das normativas;
- Quanto à aplicabilidade: em decorrência do alto grau de abstração dos princípios, estes possuem pouca utilização imediata no caso concreto, geralmente recorrendo à intervenção de regras, apenas na ausência ou quando há conflito entre estas, os princípios são aplicados de forma direta.

Os princípios, além das mencionadas características distintivas em relação às regras, possuem, entre si, níveis de abstração diversos, o que acaba por criar classificações entre os mesmos. Sendo então divididos, em:

- “Princípios fundamentais: são aqueles expressos explicita ou implicitamente no texto da Carta Magna, em seus artigos 1º a 4º. No que importa ao direito

⁵⁷ Cf. CANOTILHO, José G. Ob. Cit., p. 1160.

⁵⁸ Cf. RESENDES, José A. *A concretização do princípio constitucional da eficiência na administração pública no Estado constitucional brasileiro*. [Em linha]. 197 f. (Tese Doutorado) - Curso de Direito, Centro Universitário "Eurípedes de Marília" - Univem, Marília, 2010, p. 41. [Consultado 12 dezembro 2017]. Disponível na World Wide Web: <https://www.univem.edu.br/servico/aplicativos/mestrado_dir/dissertacoes/a_concretizacao_do_principio_constitucional_da_eficiencia__1188_pt.pdf>.

⁵⁹ Cf. MOREIRA, Diogo de F., Neto. *Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação*. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, out./nov. 1992, vol. 190, pp. 1-44.

administrativo, constam os princípios da segurança jurídica, o republicano, o democrático, da cidadania, da dignidade da pessoa humana e o de participação;

- *Princípios gerais: são aqueles aplicáveis a qualquer ramificação do direito. São eles: princípios da igualdade, legitimidade, legalidade, publicidade, responsabilidade, responsividade, sindicabilidade, sancionabilidade, realidade e ponderação;*
- *Princípios gerais de direito público: são aqueles considerados mais determinantes no direito público. São eles: os princípios da subsidiariedade, presunção da validade, indisponibilidade do interesse público, do devido processo legal, da motivação, do contraditório e da descentralização;*
- *Princípios gerais de direito administrativo: são aqueles que orientam as funções administrativas. São eles: finalidade, impessoalidade, moralidade administrativa, discricionariedade, consensualidade, razoabilidade, proporcionalidade, executoriedade, continuidade, especialidade, hierárquico, monocrático, colegiado, disciplinador, eficiência, economicidade e autotutela;*
- *Princípios setoriais de direito administrativo: são aqueles aplicáveis a áreas específicas da Administração pública: princípio da administração pública federal, dos serviços públicos, da licitação, do processo administrativo*⁶⁰;

A teoria dos princípios, criada por Robert Alexy, é bem recente. Existem ainda muitas divergências quanto ao número e caracterização dos princípios, o que leva à banalização da sua definição, ficando esta função relegada aos desígnios arbitrários dos doutrinadores, que, no intuito de contemplar toda a carga temática pertinente, fazem valer como princípio qualquer norma, por mais específica que seja⁶¹.

Conforme previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, *caput*, a Administração pública – direta e indireta – é regida por cinco princípios explícitos, são eles: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. Além destes, embora não expressos no texto constitucional, são reconhecidos como princípios igualmente determinantes da atuação estatal, por exemplo: a Supremacia do Interesse público, a Indisponibilidade do Interesse público, a Razoabilidade, a Autotutela, e a Motivação.

⁶⁰ MOREIRA, Alexandre M. F. *Princípios do Direito Administrativo*. [Em linha]. 2009, s. p. [Consultado 21 dezembro 2017]. Disponível na World Wide Web: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/537053/artigos-principios-do-direito-administrativo>.

⁶¹ Para fins práticos, segue-se a recomendação de Moreira (2009), que se utiliza de um recurso didático para delimitar a compreensão dos princípios basilares da Administração pública, considerando tão somente aqueles que são reconhecidos pela Constituição Federal e pela lei. Enfatizando que todos os princípios incidem em maior ou menor grau na conduta dos gestores públicos, a depender do caso concreto, sendo imprescindível que estejam em sincronia para atingir os resultados almejados, resguardando os direitos sociais e o interesse público.

Para fins objetivos, aqui são abordados apenas os princípios fundamentais expressos formalmente na Constituição Federal.

2.2.1.1 O princípio da Legalidade

O princípio da Legalidade é tido como elemento estrutural do Direito Administrativo, sendo, portanto, recurso capital para as ações do Estado. A noção de legalidade norteia toda e qualquer análise sobre a *performance* da Administração Pública, oportunizando o entendimento dos seus aspectos fundantes e da relação que esta mantém com os demais princípios quando da convergência destes para uma mesma matéria.

Esse princípio impõe uma postura muito restrita e formal ao Poder Executivo, condicionando a atuação estatal aos limites da lei. Em face disso, resta plenamente cabível conceber que os agentes públicos agem tão somente dentro dos parâmetros normativos afixados pelo Poder Legislativo, dos quais se tornam reféns, possuindo discricionariedade limitada⁶².

Observando por uma perspectiva histórica, a Legalidade se enquadra como um princípio específico do Estado de Direito, inicialmente aplicado na defesa dos direitos individuais e interpretado pelo prisma da vinculação negativa, o que implicava dizer que a Administração Pública estaria livre para fazer tudo o que a lei não coibisse. Posteriormente o princípio passou a englobar todas as funções administrativas estatais, legitimando a doutrina da vinculação positiva, a qual determina que a Administração Pública somente possa fazer o que esteja previsto em lei⁶³.

Em razão do aumento das responsabilidades da Administração Pública no novo Estado Social de Direito, marcado pelo revigoramento do Poder Executivo, o princípio da Legalidade sofreu mudanças significativas, passando a incorporar os atos normativos emanados por este poder e a abarcar todas as funções da Administração Pública. O acréscimo das ponderações axiológicas ao contexto formal das leis também imprimiu uma nova concepção para a legalidade, que, além do aspecto formal, passou a considerar especialmente “*todos os valores e princípios contidos implícita e explicitamente no ordenamento jurídico*”.⁶⁴

O Estado – enquanto representante da sociedade, defensor dos direitos dos cidadãos e promotor das prerrogativas legais que lhes cabem – utiliza-se do princípio da Legalidade

⁶² Cf. MELLO, Celso A. B. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁶³ Cf. DI PIETRO, Maria S. Z. *Direito Administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

⁶⁴ Cf. DI PIETRO, Maria S. Z. *Ob. cit.*, p. 3.

com a finalidade de salvaguardar a segurança jurídica, instrumento crucial para garantir a ordem social e a efetivação das políticas públicas abonadas pela Constituição Federal⁶⁵.

Resta claro avultar que a segurança jurídica alcança ampla relevância no Direito administrativo em razão de estar voltada para os interesses dos indivíduos e não do Estado, sendo recurso imperioso nas relações estabelecidas entre estes agentes.

A legalidade, atualmente, não representa somente a relação de poder da Administração Pública com a lei, a qual unicamente pode ser mensurada dentro dos parâmetros do direito positivado, mas constitui um elo essencial com o sistema de valores eleitos como critérios fundamentais pela sociedade, traduzidos, em grande parte, pelos princípios constitucionais⁶⁶.

Dando continuidade ao esclarecimento proposto nesta seção, apresenta-se, a seguir, o princípio da Impessoalidade, também instrumento crucial da atuação do Estado nas relações administrativas e jurídicas.

2.2.1.2 Princípio da Impessoalidade

Assim como o princípio da Legalidade, o princípio da Impessoalidade decorre da inserção dos ideais difundidos pelo novo Estado de Direito, em que a Constituição de 1988 consagra a busca pela justiça comum, isenta de privilégios, apartidária, objetivando a res pública em detrimento da privada.

O princípio da Impessoalidade está entre os pilares do poder executivo, aliás, não somente deste, mas de todos os poderes estatais⁶⁷. O referido sustentáculo encontra base nos ideais do Estado de Direito, nas premissas democráticas, republicanas e nos direitos fundamentais, dentre os quais se destaca o direito à igualdade de tratamento por parte do Estado para com todos que estão sob sua tutela, matéria que sustenta o princípio da Isonomia.

O Estado de Direito dá suporte ao princípio da Impessoalidade porquanto representa o fim dos sistemas absolutistas, nos quais a vontade do Estado era tão somente um reflexo da vontade do monarca. No Estado de Direito, a vontade do Estado é sistematizada pela lei, visando ao interesse coletivo e não de pessoas específicas. Quanto ao ideal democrático, balizado na soberania popular, este concebe que todos os indivíduos possuem o mesmo valor diante da escolha dos seus representantes, os quais se tornam responsáveis pela criação

⁶⁵ Cf. ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁶⁶ Cf. RAMOS, Gisela. G. Princípios jurídicos. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

⁶⁷ Cf. AMARAL, Jasson. H. Breves notas sobre o princípio da impessoalidade. [Em linha]. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, 2006, vol. 11, p. 1064. [Consultado 24 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <<https://jus.com.br/artigos/8387>>.

de normas equitativamente válidas para todos, pautando-se em critérios que contemplem os interesses individuais e coletivos daqueles que detêm a titularidade da soberania (cidadãos)⁶⁸.

No que se refere ao princípio da igualdade (ou isonomia), apesar de a doutrina tentar distingui-lo do princípio da Impessoalidade, há entre estes uma relação de similitude inegável⁶⁹, inclusive, as bases para essa interpretação encontram-se no preâmbulo do texto constitucional, no qual se enfatiza que “*Todos são iguais perante a lei*” (Art. 5º, *caput*, CF/88)⁷⁰, portanto, assim também deve ser para a Administração Pública. Nesse sentido, o maior óbice à impessoalidade estatal reside na figura dos próprios agentes que desempenham a atividade pública, pois seus interesses e ambições emergem mais naturalmente quando expostos ao poder, donde vislumbram a chance de concretizá-los, mesmo valendo-se de expedientes que ferem a lisura das normas estabelecidas⁷¹.

Diante de tais contingências, surge a necessidade de atuação de outro princípio fundamental, talvez o mais importante para a garantia de que sejam cumpridos todos os demais: o princípio da Moralidade.

2.2.1.3 Princípio da Moralidade

A ideia de moralidade administrativa foi inicialmente introduzida no âmbito do direito através dos estudos de Maurice Hauriou, doutrinador francês que, em sua obra *Précis de Droit Administratif*, reforça a concepção da moral para além do aspecto comum relacionado à conduta individual, compreendendo-a como um conjunto de regras de conduta impostas ao agente público, com o intuito de promover o bem comum. Nesse sentido, a Administração Pública é vista como uma entidade orientada não apenas para a subordinação à lei, mas também a exercer uma determinada honestidade profissional⁷².

Convém sublinhar que a expressão “honestidade profissional” desvela aqui um caráter mais finalístico do princípio da moralidade, quando verificado sob a ótica da legalidade. A essa relação, aliás, é imputado um valor incontestável no ordenamento jurídico, porquanto

⁶⁸ Cf. AMARAL, Jasson. *Ob. cit.*

⁶⁹ Tese defendida pela ex-ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha e o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello. MELLO, Celso A. B. *Curso de direito administrativo*. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008 e ROCHA, Carmen L. A. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

⁷⁰ Cf. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. [Em linha]. 1988. [Consultado 22 setembro 2017]. Disponível na World Wide Web: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

⁷¹ Tal ponderação já havia sido feita por Ives Gandra da Silva Martins, ao avultar que se torna inviável falar de impessoalidade sem conjugá-la à moralidade, outro princípio basilar da Administração Pública e que dá ao primeiro maior força de efeito, ao fomentar condutas mais éticas, justas e isonômicas diante do exercício das funções públicas. Cf. MARTINS, Ives G. S. Os princípios da moralidade pública e da impessoalidade da Administração. *Boletim de Direito Administrativo*, 1992, pp. 1-12.

⁷² Cf. MOREIRA, Diogo de F., Neto. Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, out./nov. 1992, vol. 190, pp. 1-44.

qualquer ato da Administração Pública que infrinja a moralidade é passível de anulação, ratificando o papel de controle que este princípio exerce como instrumento de validação da atuação estatal.

No Art. 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal de 1988⁷³, lê-se que “*qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa [...]*”, o que sublinha a moralidade como um elemento central da Administração Pública, sendo cabíveis sanções em casos de agravo a esse princípio, tal qual ao princípio da legalidade.

Ocorre, contudo, que a relação estabelecida entre esses princípios não goza de consenso doutrinário. Para alguns catedráticos, a moralidade trata-se tão somente de parte integrante da legalidade, não havendo justificativas para mantê-lo como um princípio autônomo. Esse entendimento parte da ideia desenvolvida ao longo do tempo que sustenta a vinculação da falta de moral administrativa ao desvio de poder, circunstância caracterizada pelo uso da máquina pública para fins impróprios, evidenciando a ocorrência de má-fé por parte dos agentes envolvidos quando do desempenho de suas funções⁷⁴. A licitação é um exemplo comum de processos muito sujeitos à incidência de conluio para beneficiar determinados *players*. Conduta que, se comprovada, enseja intervenção judicial e a anulação do ato. Ao agente administrativo, portanto, cabe distinguir o que está de acordo e contra a moralidade, optando sempre pelo que for justo, honesto, conveniente e lícito, ou seja, tudo aquilo que representa a boa-fé na sua conduta.

A boa-fé, aqui apontada, ocorre tanto subjetiva como objetivamente no âmbito do Direito administrativo. A boa-fé subjetiva diz respeito ao exame das reais intenções do agente público, averiguando o seu nível de discernimento do que seja ou não lícito. Objetivamente está relacionada ao comportamento do agente, ou seja, compreende a atitude que gerou a quebra ou não da moralidade, e não a intenção. No intuito de resguardar o cumprimento do princípio da Moralidade, foram criados alguns mecanismos de coerção das práticas administrativas imorais, como a Ação Popular, a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), com destaque para a Ação de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), que trouxe grandes avanços para a efetivação da moralidade na Administração Pública. “[...] merece menção o artigo 15, inciso V, que inclui entre as hipóteses de perda ou suspensão

⁷³ Cf. BRASIL *Ob. Cit.*

⁷⁴ Cf. SANTOS, Lúcio R. de A. *Princípio da Moralidade Administrativa*. [Em linha]. mai. 2015. [Consultado em: 21 jan. 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9094/Principio-da-moralidade-administrativa>.

dos direitos políticos a de ‘improbidade administrativa’, nos termos do artigo 37, inciso IV. Por sua vez, o artigo V, inciso LXXIII, ampliou os casos de cabimento de ação popular, para incluir, entre outros, os que impliquem a moralidade administrativa”⁷⁵.

Observa-se que o princípio da Moralidade faz-se presente de forma indissociável no Direito Administrativo, constituindo uma importante ferramenta de garantia da legalidade, por meio da qual o agente administrativo legitima suas ações.

Importa realçar que a efetividade dos princípios da Moralidade e Legalidade na Administração Pública depende do controle, tanto por parte da sociedade, como do próprio Estado. Com a finalidade de favorecer essa prática, surgiu o princípio da Publicidade.

2.2.1.4 Princípio da Publicidade

O princípio da Publicidade possui intrínseca ligação com a moralidade, tendo em vista que é fundamental tornar públicos os atos da Administração, de modo que se torne possível verificar a idoneidade dos mesmos⁷⁶.

Inegável que todo cidadão tem direito à informação sobre as decisões tomadas por seus representantes e servidores públicos, como bem rege a Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso XXXIII⁷⁷: *“Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”*.

Para que a sociedade tome conhecimento dos atos da Administração Pública, estes devem ser publicados e divulgados, desencadeando-se assim a sua eficácia. Sendo assim, o princípio da publicidade abrange todas as atividades desempenhadas pelo Estado, não somente no que concerne à divulgação oficial dos atos administrativos, mas, inclusive, em relação à conduta interna de seus agentes. Contudo, existem exceções para a efetivação da publicidade, restrições originadas para salvaguardar a segurança do Estado ou da sociedade, preservar a intimidade das partes envolvidas ou para atender ao interesse social⁷⁸.

Cumprir frisar que a publicidade deve ser prestada por todos os poderes estatais: Legislativo, Judiciário e Executivo. Ao Legislativo cabe informar o uso dos recursos públicos, tanto na sua própria manutenção quanto na concretização do planejamento do

⁷⁵ Cf. DI PIETRO, Maria S. Z. *Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 77.

⁷⁶ Cf. FERNANDES, Flávio S. *Prestação de contas: instrumento de transparência da Administração*. [Em linha]. 1997. [Consultado 12 dezembro 2017]. Disponível na World Wide Web: <https://jus.com.br/artigos/335/prestacao-de-contas>.

⁷⁷ Cf. BRASIL *Ob. Cit.*

⁷⁸ Cf. MEIRELLES, Hely. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

governo vigente. De acordo com o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal⁷⁹, ao Judiciário impende publicar e fundamentar todas as suas decisões, sob a pena de nulidade do ato, como exemplifica a ementa a seguir:

*“RECURSO DE REVISTA. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. REDUÇÃO. PARCELA CTVA NA GRATIFICAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 93, INC. IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A v. decisão deixou de apreciar o pedido do autor com relação à norma legal ou interna que autorize a redução salarial e em relação à perda de função, em face da Súmula nº 372 do C. TST. Apreciou a eg. Corte Regional o tema no recurso ordinário do reclamante, ao qual negou provimento, por entender que a norma interna define o plus, com o fim de complementar a remuneração do empregado, mas não delimita qualquer fundamento acerca da redução, deixando, assim, de apreciar as questões trazidas pelo reclamante que foram objeto de embargos de declaração, sem qualquer fundamentação ou apreciação do tema, a denotar a ofensa ao art. 93, inc. IX, da Constituição Federal. A apreciação da prova é limitada à instância ordinária. Ausente a delimitação dos fundamentos norteadores do decisum, resta clara a nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional. Recurso de revista conhecido e provido”.*⁸⁰

O poder Executivo, por sua vez, é citado explicitamente no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988⁸¹, sobre o dever da Administração Pública, de qualquer dos poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de obedecer, entre outros princípios, ao da publicidade, primando pela máxima transparência sobre todos os seus atos.

A Publicidade, na verdade, é subprincípio da Transparência Administrativa, um dos princípios gerais do Estado, o qual abarca outros dois importantes subprincípios, da Motivação e da Participação Popular. A convergência desses subprincípios possibilita a participação do administrado de forma mais ativa na condução das atividades administrativas, sendo este, além de destinatário e fiscal das decisões tomadas, um agente colaborador do processo gerencial.⁸²

Todos os princípios abordados até aqui (Legalidade, Impessoalidade, Moralidade e Publicidade) são igualmente determinantes para a Boa Administração pública, todavia, o

⁷⁹ Cf. BRASIL. *Ob. cit.*

⁸⁰ Cf. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - TST. RECURSO DE REVISTA. RR108009120055150124 10800-91.91.2005.5.15.0124. Relator: Aloysio Corrêa da Veiga. DJ: 12 agosto 2009. [Em linha]. 2009 [Consultado 28 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5353549/recurso-de-revista-rr-108009120055150124-10800-9120055150124>.

⁸¹ Cf. BRASIL. *Ob. cit.*

⁸² Cf. MARTINS, Wallace P., Jr. *Transparência administrativa: publicidade, motivação, participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2012.

papel do Estado ampliou-se, devido, em grande parte, às novas exigências sociais decorrentes das constantes evoluções tecnológicas, científicas e organizacionais ocorridas ao longo dos anos. A falta de capacidade de atendimento da demanda aflorou insatisfações em vários setores da sociedade, o que fez urgir a imprescindibilidade de adotar mecanismos de modernização e eficiência da estrutura administrativa do Estado. Dessa forma, o princípio da Eficiência, antes implícito entre os postulados da Carta Magna, torna-se formalmente expresso como instrumento de otimização das funções públicas.

Para compreender como se deu esse processo, a próxima seção se destina ao esclarecimento do contexto em que se desenvolveu a busca pela melhoria das funções estatais, e em que medida o princípio da Eficiência tem impactado na Administração Pública, perpassando pela abordagem doutrinária a respeito do referido princípio.

2.3 Princípio da Eficiência na Administração Pública

As reformas da Administração Pública no Brasil, assim como em Portugal, trouxeram consideráveis melhorias no que tange à gestão e prestação dos serviços públicos, incentivando, inclusive, a participação popular nas decisões gerenciais. Porém, é forçoso constatar que esses governos ainda sofrem forte influência do modelo hierárquico de poder, pautado em decisões centralizadas, o que não permite alcançar avanços significativos diante dos anseios da sociedade.

A internacionalização das economias e das políticas públicas, propiciada pelo fenômeno da globalização, desencadeou grandes desafios para a Administração Pública, que passou a ser bombardeada por inúmeras exigências dessa nova configuração organizacional e social. Este processo tem fomentado constantes reajustes estruturais e institucionais como estratégia de legitimação da autoridade decisória da Administração Pública. As reformas, nesse sentido, constituem a principal ferramenta de conciliação entre as conquistas granjeadas pelo Estado de Direito e as imposições de modernização da máquina pública, ancoradas no modelo de economia privada.⁸³

As reformas da Administração Pública ocorridas nos países da Europa ocidental, Estados Unidos e América do Sul (a exemplo do Brasil) foram especialmente fundamentadas em três abordagens, a saber: 1) transferência de competências do setor público para o privado, tanto por meio da privatização da gestão dos serviços quanto das próprias instituições públicas, que passaram a estar somente sujeitas ao controle estatal; 2)

⁸³ Cf. CARAPETO, Carlos e FONSECA, Fátima. *Administração Pública: Modernização, Qualidade e Inovação*. Lisboa: Silabo, 2005.

adoção de políticas de racionalização de recursos financeiros e humanos em prol do aumento da produtividade da Administração Pública; 3) busca pela inovação nas práticas de gestão pública, no intuito de atingir maior eficiência nos resultados.

Essas diretrizes tiveram forte influência do colapso sofrido pelo modelo burocrático e da conseqüente ascensão do sistema de gestão gerencial, designando a busca por soluções para os problemas estatais por meio de duas vertentes relacionadas ao setor privado: a adoção de formas jurídico-privadas de organização e funcionalismo da Administração Pública, e importação de técnicas e conceitos de gestão e avaliação de resultados das empresas privadas. Nesse enfoque, a Administração Pública brasileira passou a incorporar os conceitos do sistema de gestão pela qualidade total como mecanismo de implementação de novas diretrizes para o desempenho das atividades públicas⁸⁴.

O culto ao privado provém do conceito da “*New Public Management*”⁸⁵, donde se equipara a Administração Pública a uma empresa e o cidadão ao seu cliente. Na lógica de mercado, o centro das ambições organizacionais é o cliente, a quem são direcionadas todas as estratégias, visando sua satisfação e fidelização. Seguindo essa premissa, o Estado tem o dever de criar mecanismos de satisfação das expectativas da população, primando pela qualidade dos serviços prestados e pela garantia do bem-estar social, com máxima presteza e eficiência⁸⁶.

Vale explicar que esse ordenamento tem suporte na ideia de que o mercado, por sua natureza competitiva e capitalista, foi impulsionado ao longo do tempo a otimizar processos e estratégias produtivas e gerenciais, visando alcançar resultados superiores. As práticas da melhoria contínua, avaliação de desempenho, contratação por competência, entre outras, tornaram-se modelos de práticas da Boa Administração, reverberando positivamente na Administração Pública.

A concessão dos direitos de exploração e execução dos serviços públicos para o setor privado teve como pretensão maior a busca pela eficiência como solução para os problemas gerados pela estrutura complexa e burocratizada da Administração Pública⁸⁷. Nesse fito, a concretização⁸⁸ jurídica do princípio da Eficiência, realizada por meio da Emenda

⁸⁴Cf. AUGER, Jacques. Réforme de l'administration publique: Suède. *Coup d'oeil*, 1998, vol. 4, n° 2.

⁸⁵Teoria que defende a incorporação de princípios do setor privado na gestão pública, o que possibilita maior margem de atuação ao agente público, tendo, por contrapeso, um controle gerencial mais incisivo por parte do Estado. ESTORNINHO, Maria J. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.

⁸⁶Cf. ESTORNINHO, Maria J. *A fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 1999.

⁸⁷Cf. GONÇALVES, Pedro C. *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, 2005.

⁸⁸Eros Roberto Grau explica que “a concretização implica um caminhar do texto da norma para a norma concreta (norma jurídica), que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado; a concretização somente se realiza em sua plenitude no passo seguinte, quando é definida a

Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, e expressa no *caput* do artigo 37, da CF/88, tornou-se um passo decisivo rumo ao processo de modernização e efetividade da máquina pública. Os princípios celebrados no artigo 37 da CF/88 (Legalidade, Impessoalidade, Moralidade e Publicidade), em comunhão com o princípio da Eficiência, tornaram-se os parâmetros da Boa Administração, da mesma forma com que os princípios da Imparcialidade, Igualdade e Justiça Social tornaram-se instrumentos de racionalização da atividade administrativa portuguesa⁸⁹.

O dever de Boa Administração tem raízes na doutrina italiana⁹⁰, sendo positivado no Brasil por meio da Lei 200/67, a qual designa que toda atividade proveniente do poder Executivo deva ser submetida ao controle de resultados e à exigibilidade da eficiência administrativa, dando ênfase à meritocracia e aos mecanismos de penalização dos agentes públicos comprovadamente incompetentes e desidiosos. A premissa implica a responsabilidade que cabe ao agente público de agir com presteza, proficiência e alta rentabilidade no desempenho de suas funções, valendo-se de todos os expedientes legais e possíveis para promover a materialização das aspirações sociais.

A Carta Constitucional portuguesa de 1976, em seu artigo 267º, nº 1, explicita a necessidade da desburocratização estatal como mecanismo de implementação da qualidade na Administração Pública, demonstrando, em seguida (nº 2), a preocupação com a conexão entre os processos de descentralização e desconcentração das competências estatais e o princípio da unidade de ação da Administração Pública, o qual responde pelo controle administrativo, designadamente a tutela e a superintendência, e os poderes de direção. Já o princípio da Eficiência encontra respaldo no artigo 81º, letra c, da Constituição da República Portuguesa, no qual está evidenciado que o Estado tem como prioridade garantir o amplo aproveitamento dos recursos produtivos, primando pela eficiência do setor público. O artigo 10º do Código de Procedimento Administrativo, de 1991, também orienta o uso da desburocratização e eficiência como instrumentos precípuos a toda e qualquer atividade administrativa⁹¹.

[...] o princípio da eficiência tem por característica disciplinar a atividade administrativa nos seus resultados e não apenas na sua consistência interna (legalidade estrita, moralidade, impessoalidade). Por assim dizer, é um princípio para fora e não para dentro.

norma decisão, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto". Cf. GRAU, Eros R. *Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 19.

⁸⁹ Cf. Batista, Onório Alves, Jr. Princípio constitucional da eficiência administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

⁹⁰ Expressão consagrada no direito italiano por Guido Falzone.

⁹¹ Cf. OTERO, Paulo. *Conceito e fundamento da hierarquia administrativa*. Coimbra: Ed.Coimbra, 1992.

*Não é um princípio condição, mas um princípio fim, isto é, não impõe apenas limites (condição formal de competência), mas impõe resultados (condição material de atuação). Por seu intermédio, a atividade administrativa continua submetida à legalidade, muito mais, porém, à legalidade enquanto relação solidária entre meios e fins e pela qual se responsabiliza o administrador.*⁹²

O novo Código de Procedimentos Administrativos Português⁹³, implementado pelo Decreto-Lei nº 4/2015, de 7 de janeiro, dispõe, em seu artigo 5º, sobre o princípio da Boa Administração, no qual determina que *a Administração Pública deve ser eficiente na prossecução do interesse público, deve-se reger por critérios de economicidade e deve agir com rapidez. Pelo lado da eficiência, ficam proibidas na atividade administrativa a culpa grave, o dolo, o erro indesculpável, a corrupção, as medidas impertinentes, inúteis ou dilatórias, assim como se impõe que na atividade administrativa os meios se adequem aos fins. Pelo lado da economicidade, está-se a dizer que a Administração tem de ser poupada ao gastar dinheiro dos contribuintes. Por celeridade, quer-se significar que o interesse público exige que a sua prossecução seja o mais rápida possível*⁹⁴. Ressalta-se que o CPA/2015 não se posiciona em relação à definição da Boa Administração como um dever, como o faz o Direito italiano, ou um direito dos cidadãos, como designa a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em seu artigo 41º.

Pode-se arguir que a Eficiência é um princípio que impulsiona a Administração Pública a agir de forma otimizada, com vistas a obter resultados superiores dentro dos interesses públicos, adequando os meios necessários aos fins que se pretende conceber. Dessa forma, exige tanto o uso máximo dos recursos existentes, quanto um resultado

⁹² Cf. FERRAZ, Tércio S., Jr. Como regular as Agências Reguladoras? *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, fev./mar./abr. 2009, vol. 17, nº 10, p.10.

⁹³ O novo Código de Procedimentos Administrativos é resultado da revisão do antigo CPA de 1991, realiza por iniciativa do Governo, em 2012, por meio de uma comissão composta por importantes juristas e doutrinadores do Direito português, entre os quais os professores Sérvulo Correia, Rui Machete, Vieira de Andrade, entre outros. A comissão entregou, em julho de 2013, o Anteprojeto de Revisão à Ministra da Justiça, que posteriormente foi submetido a debate público, por um período que se estendeu por quatro meses. O CPA foi então autorizado por lei, com algumas inclusões e alterações realizadas pelo Governo, entrando em vigor no dia 8 de abril de 2015. *As alterações no Código foram muitas e profunda. Numa palavra, o novo CPA é muito diferente do anterior, de tal modo, que o Governo, no Preâmbulo por si redigido para o Código, deixou dito, de modo enfático, que estamos perante um “novo” Código.* Cf. QUADROS, Fausto. A revisão do Código de Procedimentos Administrativos: principais inovações. In: O novo Código de Procedimentos Administrativos. Conferências do CEJ 2014-2015. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários- CEJ, 2016, p. 9-30. Os fatores que motivaram a revisão foram: a) as revisões da Constituição da República levadas a cabo desde a entrada em vigor do CPA de 1991; b) as inovações atendíveis da demais legislação ordinária que se entrecruza com o CPA (por exemplo, a Lei da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e das demais Entidades Públicas e o Código dos Contratos Públicos); c) as lacunas do Código anterior (por exemplo, a omissão de referência à Administração eletrónica e a ausência de definição do regime substantivo dos regulamentos); d) os contributos da doutrina e da jurisprudência administrativas que entretanto se tinham acumulado (por exemplo, em matéria de invalidade e revogação do ato administrativo); e) os ensinamentos do Direito Comparado, concretamente dos Direitos alemão e italiano (por exemplo, em matéria de Administração eletrónica, de auxílio administrativo e de conferências procedimentais); f) as exigências que o Direito da União Europeia coloca ao procedimento administrativo português, por força, tanto dos Tratados, como do seu Direito derivado, como, sobretudo, da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) que obriga os Estados membros, inclusive a Administração Pública e os tribunais nacionais (por exemplo, em matéria de revogação de atos administrativos constitutivos de direitos e de responsabilidade extracontratual da Administração). Cf. QUADROS, Fausto. A revisão do Código de Procedimentos Administrativos: principais inovações. In: O novo Código de Procedimentos Administrativos. Conferências do CEJ 2014-2015. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários- CEJ, 2016, p. 13-14.

⁹⁴ Cf. QUADROS, Fausto. *Ob. cit.*, p. 16.

quantitativa e qualitativamente proeminente no que diz respeito ao atendimento das necessidades daqueles que dependem dos serviços públicos.

O princípio da Eficiência pode ser interpretado sob duas perspectivas: a primeira voltada ao comportamento do agente público e a segunda, à estrutura, organização e disciplina da Administração Pública, sendo ambos responsáveis pela otimização dos resultados da gestão pública. *“O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar melhores resultados na prestação do serviço público”*.⁹⁵

No propósito de tornar-se efetivo na amplitude da Administração Pública, o princípio jurídico da Eficiência passou a desmembrar-se em subprincípios, assim definidos⁹⁶:

1. Universalidade dos resultados - determina que não deva haver favoritismo ou discriminação na prestação do serviço público;
2. Produtividade - determina a racionalização no uso dos recursos da Administração pública;
3. Economicidade - determina a otimização do capital e o estabelecimento de tarifas acessíveis para os serviços públicos;
4. Qualidade - determina a melhoria dos resultados sob a perspectiva do cliente;
5. Celeridade e presteza- determina que o agente público deva primar pelo atendimento adequado e rápido das necessidades do usuário;
6. Continuidade dos serviços - determina a busca ininterrupta e perene do bem-estar do cidadão;
7. Desburocratização - determina que devam ser abolidas as práticas morosas e longas nos procedimentos administrativos e as infraestruturas desnecessariamente complexas. Também orienta a descentralização e desconcentração política e administrativa, e a ampliação dos limites discricionários nas decisões gerenciais, favorecendo o aumento do controle administrativo.

Discute-se, todavia, que o atingimento da eficiência nas atividades administrativas não representa a garantia de conquista dos resultados pretensos pela Administração Pública.

⁹⁵ Cf. DI PIETRO, Maria S. Z. *Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 84.

⁹⁶ Cf. BATISTA, Onofre. A. Jr. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Ocorre que, muitas vezes, a falta de distinção entre o que sejam eficiência e eficácia, expressões usuais do âmbito da administração privada e hodiernamente adotadas pela administração pública, leva a uma interpretação equivocada do que compreende cada uma dessas vertentes da qualidade administrativa, comprometendo a percepção dos resultados alcançados, o que torna oportuna uma breve elucidação das mesmas.

2.3.1 Eficiência e Eficácia na Administração Pública

Os termos ‘eficiência’ e ‘eficácia’ são provenientes da dinâmica organizacional privada, na qual se persegue o melhor resultado possível com o menor uso dos recursos, ou, em uma definição simplista: fazer mais com menos. Nesse sentido, a eficiência engloba os métodos utilizados para conquistar o que se planeja, enquanto a eficácia representa o alcance, de fato, desses objetivos.

A eficiência representa a relação entre os custos e os benefícios envolvidos no exercício de uma atividade, designando a melhor maneira de efetuar os processos cabíveis, visando à racionalização dos recursos⁹⁷. Vale esclarecer que ser eficiente não significa necessariamente ser eficaz, e vice-versa. No âmbito administrativo privado, uma organização é eficiente quando consegue obter o volume de produção pretendido com o menor gasto de insumos, e é eficaz quando atinge a meta estabelecida, não importando necessariamente se é feito o menor uso dos recursos.

Quando se faz uma avaliação sobre qual dessas grandezas possui maior relevância para o desempenho de um administrador, tende-se a crer que a eficácia seja mais significativa, considerando que um gestor eficaz saberá escolher os métodos certos para alcançar os objetivos estabelecidos, possibilitando a eficiência dos processos⁹⁸. Sendo assim, percebe-se clara a relação entre as grandezas, descartando-se, contudo, que haja dependência entre as mesmas.

No âmbito da Administração Pública, não há distinção que mereça nota no que diz respeito à finalidade das grandezas abordadas: a eficácia, nesse contexto, também se detém ao atingimento dos resultados, e a eficiência, aos meios de alcançá-los com menor dispêndio dos recursos (públicos), o que permite maximizar o que fora planejado⁹⁹.

Pode-se dizer que a diferença maior entre os âmbitos público e privado, nesse aspecto, se impõe no alcance dos resultados, pois as ações públicas, especialmente da esfera federal,

⁹⁷ Cf. CHIAVENATO, Idalberto. *Recursos humanos na Empresa: pessoas, organizações e sistemas*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

⁹⁸ Cf. STONER, James A. F. e FREEMAN, R. Edward. *Administração*. Rio de Janeiro: Prentice-Hall, 1995, p. 136-239.

⁹⁹ Cf. TORRES, Marcelo D. F. Estado, democracia e administração pública no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

possuem grande abrangência, conseqüentemente seus efeitos atingem avultadas proporções, principalmente em se tratando de serviços essenciais e exclusivos do Estado.

No direito português, a relação entre eficiência e eficácia se apoia no plano legal. A eficácia se estabelece como um princípio jurídico, consagrado no art. 267º, nº 2, em que se determina que a utilização da descentralização e desconcentração administrativa não deva causar prejuízo à eficácia dos órgãos estatais. Deste postulado, advém o princípio da eficiência, promulgado pelo Decreto-lei nº 442, de 15 de novembro de 1991 e disposto no art. 10º do Código de Procedimento Administrativo¹⁰⁰.

Convém ressaltar, todavia, que as terminologias “eficiência e eficácia” acabam gerando certa confusão na doutrina portuguesa. Para alguns doutrinadores, os termos possuem interpretações distintas. Uns acreditam que a eficácia não pode ser confundida com a simples consecução de normas e atos jurídicos, tampouco com a eficiência refletida na racionalização dos recursos; outros tantos os consideram termos equipolentes¹⁰¹. Interpretação também comumente defendida na bibliografia brasileira, como é possível verificar no dicionário Aurélio Buarque de Holanda, no qual, de fato, são tratados como sinônimos.

A Constituição espanhola de 1978, em seu artigo 103.1, também enquadra a eficácia como um dos princípios fundamentais da Administração Pública, sendo o princípio da eficiência apenas seu viés de efetivação. [...] *os princípios de hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, também referidos no mencionado preceptivo [art. 103.1 da CF/1978], não são nada caso não se projetem em direção à finalidade a alcançar, qual seja uma atuação eficaz da Administração. [...] o princípio da eficácia seria o objetivo a ser perseguido, enquanto os demais não passam dos meios com os quais aquele será obtido.*¹⁰²

Na doutrina argentina, os termos eficácia e eficiência são tidos como equivalentes, e representam os mais recentes valores do direito contemporâneo, os quais exprimem os anseios da sociedade em abolir definitivamente o modelo administrativo ineficiente e burocrático de outrora. Além das interpretações gerais extraídas da Constituição Federal, a Lei 19.549, de 3 de abril de 1972, a qual disciplina as atividades administrativas, traz entre seus trâmites a imposição da eficácia a toda ação do Estado¹⁰³.

¹⁰⁰ Cf. MONCADA, Luís S. C. Direito Público e eficácia. In: *Estudos de Direito Público*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 171.

¹⁰¹ Cf. BOTELHO, José M. S., ESTEVES, Américo J. P., PINHO, José C. *Código do Procedimento Administrativo anotado - comentado - jurisprudência*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.

¹⁰² TREVIANO, Ernesto G. *Constitución española. Sinopsis artículo 103*. [Em linha]. Diciembre 2003. [Mayo 2017]. [Consultado 22 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=103&tipo=2>.

¹⁰³ Cf. DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 5ª ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

Na própria Constituição brasileira verifica-se a distinção entre os termos eficácia e eficiência, quando, em seu artigo 74 – o qual define o sistema de controle interno integrado entre os três poderes – enfatiza que se deva [...] *comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, [...]*¹⁰⁴. O que leva ao questionamento sobre a elevação da eficiência à magnitude de princípio fundamental e a eficácia não, sendo que aquele trata tão somente dos meios e este dos fins, ambos necessários ao dever da Boa Administração. Sobre essa discussão, alguns doutrinadores¹⁰⁵ defendem que o legislador, ao delinear o princípio da Eficiência, estaria querendo englobar em sua abrangência também a eficácia, compreendendo que sejam termos afins e complementares. Quanto ao artigo 74, por se tratar do controle interno estatal, sofreu muita influência da seara administrativa, o que justificaria a distinção entre os termos.

Embora sejam conceitos parecidos, pode-se arguir que a eficiência e eficácia possuem particularidades distintas na gestão pública e privada, características essas que se somam no propósito de tornar a Administração mais transparente, célere, organizada, produtiva, economicamente racional e proba.

Alguns representantes do Direito administrativo¹⁰⁶, contudo, alertam para os óbices à aplicabilidade do princípio da Eficiência na Administração Pública, especialmente quando confrontado com os demais princípios fundamentais, donde se destaca a controversa relação com o princípio da Legalidade.

2.3.2 Eficiência *versus* Legalidade

Sabe-se que o Estado não possui recursos suficientes para atender a todas as demandas sociais, mormente em meio aos constantes desvios do patrimônio público, realizados por aqueles que deveriam geri-lo com responsabilidade e idoneidade. Desse modo, tornou-se crucial buscar meios de utilizar os recursos disponíveis de forma mais econômica e efetiva, visando à consecução dos interesses dos cidadãos. Assim sendo, a eficiência conquistou o *status* de princípio basilar da Administração Pública, juntamente com a Legalidade, Moralidade, Impessoalidade e Publicidade. Todavia, a prática administrativa por vezes coloca em xeque essa relação, que, à priori, deve ser harmoniosa.

¹⁰⁴ Cf. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. [Em linha]. 1988. [Consultado 22 setembro 2017]. Disponível na World Wide Web: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

¹⁰⁵ Concepção defendida por doutrinadores como Alexandre Moraes e Maria Sylvania Zanella Di Pietro, expoentes do Direito administrativo brasileiro.

¹⁰⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello e Lúcia Valle Figueiredo são alguns dos defensores da frágil aplicabilidade da eficiência na Administração Pública. Bandeira de Mello tem um parecer crítico sobre a aplicação da eficiência na Administração Pública, apesar de concordar que seja algo de valor incontestável, o doutrinador acredita que juridicamente se trata apenas de um adereço acoplado ao artigo 37, sem competência fática. Cf. MELLO, Celso A. B. *Curso de direito administrativo*. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

O princípio da Eficiência foi instituído para agregar-se aos demais, e não sobrepor-se a eles, especialmente ao da Legalidade, sob pena de causar prejuízos, tanto à segurança jurídica quanto ao próprio Estado de Direito¹⁰⁷. Contudo, cabe observar que a adequada atuação da eficiência, em algumas circunstâncias, torna-se limitada pela legislação. O administrador acaba tendo restringida a sua discricionariedade, ficando engessado diante de decisões que implicam na flexibilidade da Lei em prol da maximização dos resultados da ação pública.

A discussão é complexa, pois a Legalidade constitui a base de todo ordenamento jurídico-administrativo, na qual estão delineadas as regras a que estão sujeitos os agentes públicos, as quais são responsáveis pelo embargo de quaisquer desvios de conduta e finalidade da ação estatal. Sem a rígida obediência a essas normas, corre-se o risco de corromper a estabilidade das relações jurídicas, comprometendo a lisura da gestão pública, como também impossibilitando a garantia mínima desejável de certeza e previsibilidade no gerenciamento da dinâmica social.

Para conceber como se desenvolve o conflito na relação entre os princípios em questão, faz-se pertinente recorrer aos critérios de eficiência contemplados na ciência socioeconômica, na qual o termo relaciona-se com a maximização do aproveitamento das riquezas e do bem-estar social.

No âmbito da Economia, a eficiência compreende a análise do custo-benefício de determinada decisão frente aos seus dispêndios e resultados, ou seja, refere-se à comparação feita entre os benefícios e custos econômicos e sociais de cada escolha. Para o exercício desse exame, utiliza-se o que se denomina de *Eficiência de Pareto*, preceito este transportado para o âmbito do Direito como instrumento capaz de aferir a aplicabilidade de uma norma. No caso, para que uma nova norma atinja a *Eficiência de Pareto*¹⁰⁸, esta deve se conjecturar de tal forma que o produto resultante seja superior ao *status quo ante*, sem que nenhum dos agentes socioeconômicos envolvidos sofra perdas. Em outras palavras, os recursos normativos devem ser organizados de modo que nenhuma reformulação seja capaz de melhorar o bem-estar de alguém sem prejudicar o de outrem. Nessa configuração, qualquer mudança proposta dificilmente obterá aquiescência, tendo em conta que, para isso,

¹⁰⁷ Cf. DI PIETRO, Maria S. Z. *Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

¹⁰⁸ Teoria criada pelo economista e sociólogo italiano Vilfredo Pareto.

os “ganhadores” devem expressamente compensar os “perdedores”. Sem o cumprimento dessa exigência, estes últimos podem vetar a alteração proposta¹⁰⁹.

No ordenamento jurídico, são poucos os casos em que as decisões tomadas resultam em benefícios para todos os envolvidos, o que acaba evidenciando que uma sentença judicial não se encaixa na teoria da *Eficiência de Pareto*. Destarte, ao tratar de políticas públicas, a teoria econômica buscou superar os obstáculos verificados quando da utilização da *Eficiência de Pareto* com a adoção de outro critério: o da *Eficiência de Kaldor-Hicks*. Esse conceito determina que possam existir “*ganhos sociais maiores do que perdas individuais globais, por meio de um sistema de compensação social.*”¹¹⁰ O que significa dizer que, em qualquer alteração existem ganhadores e perdedores, sendo aceitável somente que o ganho total seja superior à perda total para que se considere eficiente essa modificação, ou seja, a mudança é válida se os benefícios ultrapassarem os custos empreendidos.

A partir do conceito exposto, pode-se deduzir que uma lei só é eficiente quando as benesses alcançadas pela mesma superam os custos impostos pela sua aplicação, sendo estes gastos os mínimos possíveis. Por conseguinte, a norma jurídica, ao perseguir a eficiência, deve privilegiar a criação de incentivos de tal maneira que não impliquem em desperdícios de recursos.

Impende acentuar que o ideal, no que tange à relação típica entre a eficiência e a legalidade, é que estes princípios estejam justapostos, tanto no processo de elaboração da norma, quanto da sua aplicação prática (notadamente na incidência de atos discricionários). Nesse sentido, o legislador e o administrador devem forçosamente escolher a alternativa mais eficiente, tanto no aspecto objetivo, considerando o conteúdo dos benefícios e custos, quanto no aspecto subjetivo, avaliando os sujeitos sobre os quais recaem os efeitos da norma. Entretanto, no cotidiano da prática administrativa, ocorrem situações que fogem ao modelo ótimo, chamadas de interações atípicas entre os princípios, nas quais o administrador se vê diante de alternativas conflitantes, em que a opção administrativa não se mostra a mais eficiente para a consecução do interesse público. A partir desse cenário, evidenciam-se duas configurações abarcadas pelo Direito administrativo: 1) quando a escolha supostamente ineficiente é também ilegal; e 2) quando a escolha ineficiente é legal.¹¹¹

¹⁰⁹ MENEGUIN, Fernando B., SANTOS, Pedro Felipe de O. *Há incompatibilidade entre eficiência e legalidade?* [Em linha]. Agosto 2013. [Consultado 22 janeiro 2018]. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa - CONLEG Senado. [Texto para discussão nº 133]. Disponível na World Wide Web: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/homeestudoslegislativos>.

¹¹⁰ BOTELHO, Martinho M. A eficiência e o efeito Kaldor-Hicks: a questão da compensação social. *Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*. ISSN: 2526-0057. Brasília, vol. 2, nº 1, 2016, p. 31.

¹¹¹ Cf. MENEGUIN, Fernando B., SANTOS, Pedro Felipe de O. *Ob. cit.*

Nas circunstâncias em que a opção ineficiente é também um ato ilegal, a solução é simples, visto que não restam dúvidas sobre a pertinência da intervenção judicial no sentido de tornar nulo o ato administrativo impugnado e reestabelecer o status legal, visto que, conforme o Princípio da Legalidade, nenhuma ação estatal pode fugir ao fim que a lei determina. Nesses casos, a interação atípica não é analisada pelo viés da eficiência administrativa, mas certamente pela legalidade. Sendo assim, a transgressão à norma implica em agravo ao administrado, presumidamente ineficiente. Como exemplo pode-se citar os casos de inobservância dos prazos legais da Administração Pública para emitir decisões em processos administrativos¹¹².

Quando a opção é legal, contudo seu cumprimento traz prejuízos à eficiência da Administração Pública, tem-se uma situação mais complexa, em que o Poder Judiciário tende, excepcionalmente, a mitigar a submissão à rigidez legal, em favor de um desfecho que possibilite a otimização dos resultados, aumentando os benefícios e reduzindo custos, tanto para a gestão pública, quanto para seus administrados¹¹³. Um exemplo dessa situação se verifica comumente em casos de licenciamento de importação ou exportação de produtos perecíveis¹¹⁴ ou mesmo em trâmites de posse e nomeação de aprovados em concursos

¹¹² “AGRAVO LEGAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCLUSÃO DE AUDITORIA DE VALORES DEVIDOS ENTRE A DATA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E A CONCESSÃO EFETIVA DO BENEFÍCIO. DEMORA INJUSTIFICADA DA ADMINISTRAÇÃO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. CARÁTER ALIMENTAR DO BENEFÍCIO. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO AUTOR. OCORRÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. VIA INADEQUADA PARA A COBRANÇA DE VALORES EM ATRASO. SÚMULA Nº 269 DO E. STF. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO. - O mandado de segurança é ação de cunho constitucional que tem por objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. - Cuida-se, in casu, de conduta tida como ilegal de autoridade pública, qual seja, a do Gerente Regional do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS - SP consistente na morosidade administrativa para a conclusão da auditoria dos valores devidos entre a data do requerimento administrativo iniciado em 12.09.2003 e a data da concessão do benefício de aposentadoria, em 28.02.2005, não ocorrendo qualquer justificação plausível, em ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência, continuidade do serviço público e razoabilidade. - A injustificada demora para concluir a auditoria referente aos valores devidos pelo INSS entre a data do requerimento administrativo e a data da concessão do benefício de aposentadoria (NB nº 42/130.736.735-3), caracteriza situação de omissão que violou direito líquido e certo do impetrante ao pagamento dos proventos mensais atrasados, maculando, principalmente, o princípio da eficiência da administração pública contido no caput do artigo 37 da Constituição Federal. - O princípio da eficiência, introduzido no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 19/98, representa o que há de mais moderno em termos de legislação atinente à função pública, preconizando que a atividade administrativa deve ser exercida com presteza e ao menor custo. - Consigne-se, por oportuno, que o benefício previdenciário de aposentadoria possui inquestionável caráter alimentar, sendo certo que a morosidade administrativa - não encontra qualquer respaldo no ordenamento jurídico, constituindo verdadeira afronta aos prefalados princípios administrativos que regem a atividade administrativa. - De todo o exposto e, tendo em vista ainda que a Constituição da República prevê o direito do segurado à prestação do serviço previdenciário (artigos 6º e 201), não merece prosperar a conduta da Administração, a ensejar, em última análise, que o direito dos administrados fique subordinado ao arbítrio do administrador. - Ademais, há que se observar o princípio da razoável duração do processo, disposto no inciso LXXVIII (acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004), sem descuidar, contudo, dos princípios do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, contidos nos incisos LIV e LV, ambos do artigo 5º da Constituição Federal. - Desta feita, evidenciada a demora para conclusão da auditoria, resta patente a ilegalidade - por omissão - da autoridade pública, a ferir o direito líquido e certo do Impetrante. - Contudo a cobrança dos valores atrasados não pode ser deferida em sede de Mandado de Segurança. - Com efeito, o mandamus não se presta para fins de pagamento de parcelas devidas anteriormente à sua propositura, a teor do que a Súmula nº 269, do E. Supremo Tribunal Federal. - Agravo legal desprovido”. Cf. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL -TRF-3 - AMS: 6754 SP 0006754-38.2005.4.03.6183, Relator: juiz convocado Helio Nogueira, DJ: 03 setembro 2012, Sétima Turma. [Em linha]. [Consultado 28 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22374732/apelacao-civel-ams-6754-sp-0006754-3820054036183-trf3>.

¹¹³ Cf. MENEGUIN, Fernando B., SANTOS, Pedro Felipe de O. *Ob. cit.*, p. 10.

¹¹⁴ “ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. GREVE DE SERVIDORES. SERVIÇO DE SANIDADE VEGETAL DA DELEGACIA FEDERAL DO MINISTÉRIO DA AGRICULTURA. COMPROVAÇÃO DA RECUSA NO DESEMBARAÇO. LIBERAÇÃO DE MERCADORIAS IMPORTADAS. PERECIBILIDADE DOS PRODUTOS. NECESSIDADE DA PRESENÇA DE PLENAS CONDIÇÕES SANITÁRIAS. EQUILÍBRIO ENTRE OS DIREITOS ENVOLVIDOS. SEGURANÇA CONCEDIDA. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS. I - Comprovada a recusa em se proceder ao desembaraço aduaneiro, na medida em que uma das

públicos, em que a Administração Pública excede em formalidades que prejudicam a finalidade do processo em tratativa¹¹⁵.

O dilema entre a legalidade e a eficiência também já foi abordado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) em alguns acórdãos que tratavam da aplicação de recursos públicos. Os julgados demonstraram que houve predileção pela flexibilização do princípio da legalidade quando a finalidade era obter maior retorno dos investimentos em favor da sociedade, o que se percebe ser uma tendência para casos similares.

Exemplificando essa assertiva, cita-se a Lei nº 8.666, de 1993, artigo 38, parágrafo único, no qual está especificado que “*as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração*”¹¹⁶. Ainda que de entendimento do TCU que assim se cumprisse nos casos citados, na busca pela economicidade dos recursos financeiros, de pessoal e materiais utilizados nos devidos processos, o Plenário TCU admitiu, através do Acórdão nº 392, de 2006¹¹⁷, a adoção de minutas padronizadas de editais e contratos, sem a exigência de averiguação de todos estes pela assessoria jurídica.

Tanto o Poder judiciário quanto o Tribunal de Contas da União contemplam a possibilidade de afastamento pontual das normas que se mostrem ineficientes ao interesse público, desde que seja garantido que: a) não haja prejuízo ao erário; b) não seja maculada a

Autoridades Impetradas em suas informações atestou a ocorrência da greve. II - Considerando o entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Injunção n. 670/ES, aos servidores públicos civis aplica-se a Lei n. 7.783/89, pelo que, conquanto o direito de greve seja uma garantia constitucional, assegurada inclusive aos servidores públicos, deve ser exercido nos termos e nos limites da lei, devendo ser mantidos os serviços essenciais, de forma a não prejudicar os direitos dos demais cidadãos. III - A greve dos engenheiros agrônomos do Serviço de Sanidade Vegetal da Delegacia Federal do Ministério da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária do Estado de São Paulo/SP não pode prejudicar a liberação de mercadorias perecíveis, porquanto essa descontinuidade do serviço pode trazer prejuízos irreparáveis ao particular. IV - Observância do equilíbrio entre os interesses envolvidos, quais sejam, o perecimento da mercadoria importada (pêssegos frescos), de um lado, e a necessidade de que elas estivessem em plenas condições sanitárias, de outro. V - Apelação e Remessa Oficial improvida.”. Cf. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL-3 - AMS: 38467 SP 96.03.038467-4, Relator: Desembargadora Federal Regina Costa, DJ: 10 setembro 2009, Sexta Turma. [Em linha]. [Consultado 28 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17815905/apelacao-em-mandado-de-seguranca-ams-38467-sp-9603038467-4-trf3>.

¹¹⁵ *PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE NÍVEL MÉDIO (TÉCNICO). CANDIDATO COM NÍVEL SUPERIOR. PRIMAZIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA EFICIÊNCIA. POSSE. SENTENÇA PROCEDENTE. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Trata-se de agravo regimental interposto de decisão em que mantida sentença na qual foi deferida posse no cargo de Técnico em Laboratório Generalista da Universidade Federal de Alfenas, afastando-se óbice referente à escolaridade, em razão do impetrante possuir formação em nível superior na área de Zootecnia, superior à exigida no edital. 2. É assente na jurisprudência desta Corte entendimento no sentido de que “a comprovação de que o candidato a cargo público possui grau de escolaridade superior ao exigido pelo edital do certame lhe confere direito líquido e certo à nomeação e posse, não se mostrando razoável impedir seu acesso ao serviço público” (REOMS 0000224-22.2010.4.01.4300/TO, Rel. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, e-DJF1 p.111 de 25/03/2013). No mesmo sentido: AMS 0001544-37.2010.4.01.4000/PI, Rel. Desembargador Federal Kassio Nunes Marques, Sexta Turma, DJe 04/02/2014; AMS 2009.40.00.000042-1/PI, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, DJe 17/08/2012. 3. Não se trata de negar aplicação aos princípios da legalidade, impessoalidade e isonomia, mas, sim, de privilegiar os princípios da razoabilidade e eficiência, já que a Administração, por meio de concurso público, busca selecionar o candidato mais capacitado (AMS 2009.40.00.000042-1/PI, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, DJe 17/08/2012). 4. Decisão, em que negado seguimento à apelação e à remessa oficial, mantida. 5. Agravo regimental improvido. Cf. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 1 - AGRAC: 00011854420114013809 0001185-44.2011.4.01.3809, Relator: Desembargador federal João Batista Moreira, DJ: 04 novembro 2015, Quinta Turma. Data de Publicação: 17 novembro 2015 e DJF1, p. 344.*

¹¹⁶ Cf. BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. [Em linha]. [Consultado 28 dezembro 2017]. Disponível na World Wide Web: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11307667/artigo-38-da-lei-n-8666-de-21-de-junho-de-1993>.

¹¹⁷ Cf. PLENÁRIO TCU. Acórdão 392/2006, Processo nº 0800.107/2005-4. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. DOU: 31 março 2006.

boa-fé e integridade dos agentes envolvidos; c) não sejam violados os demais princípios e garantias constitucionais; e d) os benefícios obtidos superem os custos da decisão, tanto para a Administração pública quanto para os administrados¹¹⁸. Alerta-se que a flexibilização da estrita legalidade deve obrigatoriamente estar pautada nesses critérios objetivos, de modo a evitar que seja dirigida a qualquer normativa arbitrariamente impugnada pelo gestor público, sob o risco de tornar cabível o entendimento de que os fins de interesse público justificam qualquer tipo de transgressão à legalidade.

Importa ressaltar que a eficiência deve ser incorporada às análises jurídico-administrativas, não como um excludente da legalidade, mas como um instrumento de otimização dos recursos públicos, voltada ao favorecimento do bem-estar social. Nesse propósito, basta que o ordenamento jurídico privilegie uma reinterpretação da norma de forma compatível com o princípio da eficiência, buscando um equilíbrio necessário entre as essas duas grandezas essenciais da Boa Administração.

Como explanado anteriormente, na busca pela efetivação da eficiência na Administração Pública, o Estado recorreu às ferramentas da gestão privada, notadamente a descentralização e desconcentração dos serviços públicos, o que caracterizou o início de um processo de reestruturação da atividade administrativa.

¹¹⁸ Cf. MENEGUIN, Fernando B., SANTOS, Pedro Felipe de O. *Ob. cit.*

3 REGIME DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

3.1 A evolução do regime de concessão dos serviços públicos

O alastramento da parceria entre o Estado e o setor privado no que tange à prestação dos serviços públicos remonta ao final do século XIX e início do século XX¹¹⁹, por ocasião do desenvolvimento do ‘Estado Social’, quando o Estado passou a assumir novas incumbências na esfera social e econômica. Essas atividades demandavam grandes investimentos financeiros e mão de obra especializada, o que fez urgir a necessidade de adotar novos modelos gerenciais para a Administração Pública. Nesses modelos, passaram a ser incorporados os conceitos de especialização e empregados recursos da gestão privada, que se mostram mais flexíveis e compatíveis com as recentes responsabilidades estatais¹²⁰.

Assim, as relações jurídicas contratuais como instrumento de prestação de serviços públicos se concretizaram como uma das formas de o Estado combater os problemas internos da Administração, ao assumir uma postura mais efetiva diante do mercado econômico. Adotando, para tal, as noções de qualidade e concorrência na gestão e execução dos serviços públicos essenciais.

Essa conjuntura deu ensejo à legitimação do regime de concessão, que emergiu como uma alternativa de outorgar a prestação dos serviços públicos essenciais aos particulares, eximindo a Administração do ônus financeiro e de mão de obra inerente às atividades, além de isentá-la dos riscos econômicos envolvidos¹²¹.

O regime de concessão, no Brasil, a princípio aplicou-se ao setor de ferrovias, apoiado na Lei Geral nº 641, de 26 de junho de 1852. Contudo, a exploração da atividade não se mostrou lucrativa para as empresas autorizadas. O Estado não conseguiu promover as condições essenciais de exploração, o que acabou fomentando o desinteresse da iniciativa privada em aplicar recursos nessa área, de modo que só restou aos governos federal e estadual estatizá-la, no intuito de manter a prestação do serviço à população¹²². Esse período coincidiu com o movimento de ‘nacionalização’, marcado pelo processo de encampação dos

¹¹⁹ No final do século XX, conforme explanado no capítulo 2 desta dissertação, a Reforma Administrativa redimensionou a figura do Estado, restringindo-lhe o caráter intervencionista e protetor e tornando-o um agente regulador da atividade econômica, instituindo a privatização e desregulação como premissas do modelo neoliberal.

¹²⁰ Cf. GROTTI, Dinorá A. M. *A experiência brasileira nas concessões de serviço público*. [Em linha]. *Interesse Público*, Belo Horizonte, vol. 9, nº 42, mar. 2007. [Consultado 21 dezembro 2017]. Disponível na World Wide Web: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38544>>.

¹²¹ Cf. ESTORNINHO, Maria J. *A fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 1999.

¹²² Cf. BANER, Johnson et al. *Serviços públicos no Brasil: mudanças e perspectivas: concessão, regulamentação, privatização e melhoria da gestão pública*. São Paulo: Edgard Blücher, 1996.

serviços concedidos¹²³. Também tiveram destaque, nesse processo, os setores de energia elétrica e telecomunicações¹²⁴.

Com o passar do tempo, o modelo sofreu modificações, influenciadas pelas cláusulas de garantia de juros e pela Teoria da Imprevisão¹²⁵, que culminou na participação do Estado nos prejuízos decorrentes da outorga da concessão. Porém, a nova configuração não foi exitosa, levando a um declive do regime de concessão, que fora – após a segunda guerra mundial – superado pela criação das empresas jurídicas de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista), que pretendiam instituir maior flexibilidade e eficiência às atividades desempenhadas pela Administração Pública, com fulcro no modelo de gestão das empresas privadas¹²⁶. Nesse arquétipo, o Estado continua a exercer o controle sobre a concessionária, em contrapartida, porquanto seja acionista majoritário, arroga os riscos inerentes à atividade, deixando assim, de usufruir da maior vantagem do regime de concessão, que é executar os serviços públicos sem precisar dispendir grandes recursos financeiros.

Os constantes conflitos entre os interesses públicos e privados decorrentes do novo modelo, desvelaram as desvantagens da sociedade de economia mista, instauradas pela dicotomia entre a busca pelo bem comum e a lucratividade, fomentando a redução das

¹²³ Encampação diz respeito ao processo de *retomada coercitiva do serviço pelo poder concedente, durante o prazo de concessão, e por interesse público. Sendo vedado ao concessionário se opor ao ato, todavia, tem direito à indenização* nos termos do artigo 36, da Lei nº 8.987, de 1995. Cf. MEIRELLES, Hely L. *Direito Administrativo brasileiro*. 33ª ed. São Paulo. 2007, p. 400.

¹²⁴ O setor de energia elétrica, até meados do século XX, foi majoritariamente financiado pela iniciativa privada, todavia, em face do aumento do controle exercido pelo Governo, inclusive sobre a determinação das tarifas praticadas, houve um declínio significativo da participação de particulares no setor. O modelo passou a apresentar sinais de desgaste a partir da década de 90, devido, especialmente, à forte dependência de recursos subsidiados e a fundo perdido, o que fomentou a idealização e implementação de um novo instituto jurídico, concretizado por meio do Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Nacional (RE-SEB). Destarte, o Estado passou a adotar duas principais vertentes setoriais: de um lado, a União, criando grandes empresas de geração de energia; de outro, os governos estaduais, criando distribuidoras. A estratégia foi complementada pela criação da Eletrobrás, por meio da Lei nº 3.890-A/61, sendo regulamentada posteriormente pelo Decreto nº 1.178/62). Cf. WALTENBERG, David. O direito da energia elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo, 2000. No que diz respeito ao setor de Telecomunicações, os serviços eram inicialmente prestados pelo Sistema Nacional de Telecomunicações (criado por meio da Lei nº 4.117) sob a jurisdição da União. A partir de 1965, passou a ser de responsabilidade da Embratel, empresa pública criada para interligar as principais capitais do país e para assumir a prestação dos serviços internacionais quando expirava o prazo de concessão das empresas estrangeiras. Com a criação da Telebrás, em 1972, iniciou-se o processo de aquisição das empresas que prestavam serviços no país e também a transformação da Embratel em uma empresa de economia mista subsidiária da Telebrás, que passou a ser a concessionária geral para a exploração dos serviços de telecomunicações em todo o país. Posteriormente, a Constituição de 1988 estabeleceu que apenas a União fosse responsável por essa função, diretamente ou por meio de concessão a empresas sob o controle acionário do Estado. Em consequência dessas medidas, o Sistema Telebrás, em conjunto com as empresas municipais CETERP e SERCOMTEL, a CRT e a privada CTBC, foram, até meados da década de 1990, responsáveis pelo fornecimento dos serviços de telecomunicações no Brasil. Cf. HERRERA, Alejandra. *Introdução ao estudo da Lei Geral de Telecomunicações do Brasil*. São Paulo: Singular, 2001, p. 35-36.

¹²⁵ A Teoria da Imprevisão tem origem na Idade Média, conhecida na época como cláusula *rebus sic stantibus* (das coisas como estão, estando assim as coisas). Foi propagada inicialmente na França, pelo Conselho de Bordeaux. A teoria determina que, nos contratos de execução póstera e duvidosa, na qual houvesse a probabilidade de ocorrências negativas para uma das partes, caberia ao ordenamento jurídico garantir a proteção da parte comprometida. No Direito brasileiro, a teoria encontra suporte no Código Civil, de 2002, em seu artigo 478, que trata da onerosidade excessiva. *Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.* Cf. GONZALES, Nariman F. “*Rebus sic stantibus*”, *Teoria da Imprevisão, Onerosidade Excessiva, Lesão Objetiva e Enorme: análise acerca da cláusula “rebus sic stantibus”, da teoria da Imprevisão, da Onerosidade Excessiva, e da Lesão Objetiva e Enorme.* [Em linha]. 2016. [Consultado 20 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://narimanfg.jusbrasil.com.br/artigos/328135172/rebus-sic-stantibus-teoria-da-imprevisao-onerosidade-excessiva-lesao-objetiva-e-enorme>.

¹²⁶ Cf. PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 32, p. 1-15, abr./jun. 1953.

sociedades de economia minoritária, que foram, aos poucos, sendo substituídas pelas sociedades de economia majoritária. A modalidade de concessão então volta a ser utilizada pelo Estado, dessa vez, outorgando a execução dos serviços públicos aos organismos da Administração indireta ou descentralizada, diferentemente do modelo anterior, em que os concessionários provinham do setor privado¹²⁷.

As modalidades de prestação de serviços foram se diversificando com o passar dos anos, instituindo novas formas de ajustes, resultantes de consensos entre agentes econômicos, chamadas de parcerias, nas quais se evidenciou o movimento de contratualização¹²⁸, que marcou a transição da Administração Pública coercitiva para a Administração Pública consensual. Nesse molde, o acordo passa a substituir os tradicionais atos unilaterais designados pela Administração Pública, possibilitando a participação dos administrados nas decisões.

Não obstante, o Brasil, em meio às mudanças de paradigmas socioeconômicos e políticos do novo milênio, sofreu forte influência de três principais mudanças estruturais: a abertura ao capital estrangeiro; flexibilização dos monopólios estatais; e a privatização. Movimentos que revelavam a tendência reducionista da máquina estatal, favorecendo o retorno ao modelo de concessão voltado ao setor privado, nos mesmos moldes da primeira versão elaborada no século XIX, ou seja, sem implicações financeiras para a Administração Pública, mas sob um novo contorno e novas circunstâncias, notadamente influenciadas pelas concepções de serviço público moldadas no Estado Democrático de Direito¹²⁹.

A adoção crescente da concessão de serviços públicos, denominada, nessa nova configuração, como ato jurídico de direito público, espelha o resgate de um mecanismo liberal, hodiernamente sujeito às novas premissas axiológicas do Estado, que integra, por exemplo, os princípios do Interesse público, Proporcionalidade, Dignidade da Pessoa Humana e Igualdade, os quais passaram a impactar nos princípios aplicados diretamente aos serviços públicos: mutabilidade do regime jurídico, tratamento igualitário dos usuários, e busca pela Eficiência como princípio garantidor do bem comum¹³⁰.

Em decorrência da democratização do exercício do poder concernente ao Estado, as relações colaborativas com o setor privado foram retomadas, todavia, em moldes que

¹²⁷ Cf. CRETELLA, José Jr. Regime jurídico das empresas públicas. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, vol. 237, nº 823-5, março 1972.

¹²⁸ O termo “contratualização” advém da palavra contrato, mas não se restringe ao seu significado material, abrange, além da concretização jurídica de um pacto de vontades, também toda a atividade ou modo de relação entre indivíduos. Cf. PONTIER, Jean-Marie. *Les contrats de plan entre l'État et les régions*. Paris: PUF, 1998, p. 7.

¹²⁹ Cf. GONÇALVES, Pedro. A concessão de serviços públicos. Coimbra: Almedina, 1999.

¹³⁰ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanela. *Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

submetem os concessionários à natureza pública dos interesses estatais, nos quais prevalece o equilíbrio entre a satisfação da função social da propriedade e os propósitos capitalistas da esfera privada. Assim, a relação estabelecida entre a Administração pública e os particulares assume um caráter de equipolência entre as partes, à medida que formalizam o vínculo de subordinação ao interesse público e a boa-fé contratual¹³¹.

O novo contrato de concessão de serviços públicos encontra amparo nas concepções formuladas no Estado “pós-social” contemporâneo, donde o serviço público passa a ser visto como atividade pública de natureza econômica, no que tange ao fornecimento de bens e prestação de serviços. Esse posicionamento deu abertura a diversos debates sobre o propósito da União Europeia, tendo em vista que não há um consenso entre os Estados-membros sobre a definição de serviços públicos, principalmente devido às distinções políticas e econômicas de cada país componente. Com as reformas da Administração Pública, iniciadas em 1980, os países europeus, que defendiam o monopólio estatal na prestação dos serviços públicos, passaram a contemplar a concorrência prevista nos tratados comunitários, razão pela qual não houve inicialmente uma diferenciação expressa entre os conceitos de serviço público e atividade econômica, sendo adotada a expressão ‘serviços públicos de interesse geral’ para denominar o conjunto de atividades estatais¹³².

A designação dada ao serviço público passou por diversas modificações ao longo do tempo, que afetaram diretamente a modalidade de concessão¹³³. A extinção do monopólio estatal sobre a prestação do serviço público ensejou o aumento dos dispositivos de competição, importante viés de efetivação do princípio da Eficiência. O contrato de concessão também sofreu alterações, tornando-se um instrumento de formalização do compromisso dos concessionários em melhorar a qualidade dos serviços prestados e aumentar a eficiência da sua gestão. Destarte, o êxito da concessão se reflete em serviços satisfatórios e tarifas exíguas para os usuários. O poder concedente, nesse caso, torna-se o instituto responsável pela regulamentação da atuação dos concessionários, no sentido de garantir a adequada prestação dos serviços públicos.

A concessão, por ser uma técnica vinculada ao exercício do poder público, tem o dever de atender às demandas essenciais dos usuários, premissa diretamente relacionada ao princípio da Dignidade da pessoa humana, posto que o Estado tenha o dever de suprir as necessidades básicas da sociedade, responsabilidade da qual não pode se eximir, mesmo em

¹³¹ Cf. JUSTEN, Marçal Fº. *Teoria Geral das Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003.

¹³² Cf. MARTINS, Ana M. G. A emergência de um novo direito comunitário da concorrência: as concessões de serviços públicos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa: Ed. Coimbra, 2001.

¹³³ Cf. JUSTEN, Marçal Fº. *Ob. cit.*

face da delegação da execução e gestão dos serviços aos particulares, pois estes continuam qualificados como serviços de natureza pública, e que estão sob a égide dos princípios contemplados pelo Estado Democrático de Direito.

A empresa concessionária, apesar de seguir axiomas pautados na livre concorrência, máximo lucro e tutela do sistema privado, a partir do momento em que assume a função pública, fica restrita aos interesses públicos e ao regime de controle do Estado. Conforme rege o novo contrato de concessão de natureza “trilateral” – que exige o equilíbrio entre os interesses do Estado, da concessionária e da sociedade – não se admite mais que o interesse público, em caráter abstrato, seja alegado como fundamento para subverter direitos e necessidades, quer seja de entidades particulares sob o regime de concessão, quer seja dos usuários dos serviços¹³⁴.

É oportuno ressaltar, que a incumbência de executar e gerir os serviços públicos, delegada à iniciativa privada, não muda a natureza jurídica da atividade, que continua a ser pública, assim como não altera a sua titularidade, que ainda pertence ao Estado, portanto, este continua a responder pelas consequências da concessão, ou seja, pelo modelo de gestão e execução dos serviços utilizado e pelos resultados dos atos praticados pelas concessionárias, principalmente porque cabe ao Estado a decisão final sobre o processo de escolha dessas instituições privadas, além da intervenção, fiscalização, e, quando necessário e de interesse público, da rescisão do contrato de concessão. Nesse sentido, a busca pela eficiência na prestação dos serviços se torna uma responsabilidade compartilhada entre o poder concedente e a concessionária.

O dever do Estado de garantir o atendimento das demandas sociais e controlar as ações dos entes privados resulta como uma compensação pela desestatização, visto que, em razão da natureza pública das atividades, o Estado não pode se eximir do encargo sobre a promoção do mínimo de serviços básicos necessários ao bem-estar e qualidade de vida da população, conforme rege a Constituição portuguesa, em seu artigo 9º, letra d, e a Carta brasileira, em seu artigo 3º, inciso IV¹³⁵.

Em Portugal, o mecanismo de concessão seguiu a linha de liberalização das atividades públicas, disseminada na União Europeia, especialmente no que tange àquelas prestadas sob o regime de monopólio, tais como os serviços de distribuição de água, energia elétrica, gás, transportes ferroviários e telecomunicações. O principal argumento para que o Estado fosse

¹³⁴ Cf. JUSTEN, Marçal Fº. *Ob. cit.*

¹³⁵ Cf. GONÇALVES, Pedro C. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999.

o detentor direto da gestão e execução desses serviços essenciais se assentava na proposta de garantir o atendimento a todos os cidadãos, de forma igualitária e a preços módicos, contudo, esse pressuposto sofreu impactos da evolução tecnológica e de estruturas gerenciais e operacionais, que demandavam estratégias de modernização e melhoria na prestação dos serviços públicos. Dessa forma, a concessão passou a ser uma alternativa de aprimoramento e eficiência da função estatal. O princípio da concorrência, defendido pela Comissão Europeia (CE) como um dos vetores de otimização dos serviços públicos, contribuiu significativamente para o processo de implementação da técnica de concessão¹³⁶.

O Estado português, todavia, não se isentou de suas responsabilidades mediante a concessão dos serviços, como enfatizado anteriormente, e, seguindo a tendência de outros países europeus, descentralizou o poder de controle e fiscalização sobre a atuação das concessionárias, consagrando, no regime da sua Administração Pública independente, instituições reguladoras para essa finalidade, atribuindo-lhes poderes de regulamentação e sanção sobre as parcerias público-privadas.

Atualmente, como Estado-Membro da União Europeia, Portugal está vinculado às Diretivas da União Europeia de Contratação Pública, que são atos normativos provenientes da União, e que, para ser efetivados na ordem interna do Estado, precisam obrigatoriamente passar pelo processo de transposição¹³⁷, salvo ocorram atrasos no prazo previsto na legislação europeia, nesse caso, as Diretivas podem ser aplicadas antecipadamente. Até o presente, as Diretivas vigentes são: a 2014/23/UE (trata dos contratos de concessão), a 2014/24/UE (abrange das aquisições, serviços e obras; é conhecida como “Diretiva dos setores clássicos”) e 2014/24/UE (regula a adjudicação dos contratos de organizações dos segmentos de água, energia, transporte e serviços postais; é conhecida como “Diretivas dos setores especiais”)¹³⁸.

¹³⁶ Cf. MARTINS, Ana M. G. A emergência de um novo direito comunitário da concorrência: as concessões de serviços públicos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa: Ed. Coimbra, 2001.

¹³⁷ O prazo para a transposição das Diretivas expirou em abril de 2016, mas Portugal, até o mês de junho de 2017, ainda não as havia regulamentado no ordenamento interno. *O anteprojeto de Decreto-Lei que transpõe as mencionadas Diretivas para o ordenamento jurídico português já foi aprovado pelo Conselho de Ministros e depende agora de promulgação do Presidente da república e publicação no Diário da república. As alterações trazidas pelo anteprojeto vão ao encontro daquilo que tem sido preocupação no Direito Europeu no tema da contratação pública: flexibilização e simplificação dos procedimentos adjudicatórios; promoção das pequenas empresas; centralização de compras; e utilização da contratação pública para implantação de políticas ligadas à sustentabilidade e a questões sociais*. Cf. OLIVEIRA, Rafael S. *Como é a contratação pública em Portugal? Contratação pública em Portugal e as Diretivas Europeias*. [Em linha]. 2017. [Consultado 28 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=10768&n=como-%C3%A9-a-contrata%C3%A7%C3%A3o-p%C3%BAblica-em-portugal.

¹³⁸ Cabe ressaltar que, desde 2002, Portugal adota a prática de contratação pública eletrônica, regimentada pelo Decreto-Lei nº143-A/2008, o qual *Estabelece os termos a que deve obedecer a apresentação e recepção de propostas, candidaturas e soluções no âmbito do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de Janeiro*. Cf. PORTUGAL. *Código dos Contratos Públicos - CCP*. [Em linha]. 2013, p. 2. [Consultado 22 mar. 2018]. Disponível na World Wide Web: http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/base_docs/PortRegulamentares_TCOOut.2013.pdf.

No Brasil, a desestatização, implementada pela Lei 8.031/90¹³⁹, não se restringiu à alienação de participações societárias do Estado ou a obliteração de empresas e venda de seus ativos, essas medidas foram apenas o início de um processo que buscava promover maior eficiência às atividades públicas. Atualmente a desestatização abrange a transferência da execução e gestão das tarefas tipicamente públicas, passando o Estado a ser um agente controlador e fiscalizador, de forma análoga ao que se apresentava na União Europeia, com influência do modelo norte-americano das Agências Reguladoras. No Brasil, essas Agências se assemelham juridicamente às autarquias¹⁴⁰ institucionais especiais e fazem parte da Administração indireta¹⁴¹.

A transferência dos serviços públicos no Estado brasileiro vem sendo desenvolvida por meio de concessões ou permissões, especialmente na exploração dos setores de telecomunicações, energia elétrica, água e tratamento de esgotos, transporte terrestre e aquaviário, entre outros. A concessão e a permissão como mecanismos de desestatização implicaram maior morosidade ao processo, além de onerá-lo em algumas circunstâncias, todavia, por outro lado, o tornaram mais transparente e técnico.

Diante do exposto, convém aprofundar-se nas características principais da técnica de concessão, no intuito de verificar as implicações de suas peculiaridades na melhoria e eficiência da prestação dos serviços públicos.

¹³⁹ A lei 8.031, de 12 de abril de 1990, criou o Programa Nacional de Desestatização (PND), instituto idealizado inicialmente de forma reducionista, igualado à privatização. A distinção entre os termos “desestatização” e “privatização” encontra-se na sua constituição formal. Nesse sentido, a desestatização possui um caráter ideológico, na perspectiva de atender a *um anseio da sociedade contemporânea por mais democracia e maior autonomia para deliberar sobre seu próprio destino, sem a tutela onipresente do Estado*, enquanto a privatização encontra-se no campo da realidade concreta, objetiva pelo direito, consubstanciado nos atos e leis correntes. *A privatização é apenas o termo que nomeia a simples transferência das empresas de propriedade do Estado e as atividades por ela exercidas para a iniciativa privada, mediante as mais diversas formas de transição de capital aos particulares.* Cf. AMARAL, Marcos T. A Fº apud PINTO, Cláudia M. B. *O processo de privatização e desestatização do Estado brasileiro.* [Em linha]. 2009, p. 1. [Consultado 22 dezembro 2017]. Disponível na World Wide Web: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12228>>. A Lei 8.031/90 vigorou até o ano de 1997, quando foi revogada pela Lei 9.491/97, que passou a ser a normativa regulamentar do PND. Conforme o artigo 2º desta lei, a desestatização assume caráter mais amplo, abrangendo as seguintes modalidades: (I) alienação, pela União, de direitos que lhes assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade; (II) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade; (III) a transferência ou outorga de direitos sobre os bens móveis e imóveis da União, nos termos da referida lei. Dentro dessas modalidades, foram inclusos outros tipos de atos e contratos administrativos que não importam em alienação patrimonial do Estado, especificamente os incisos VI e VII do art. 4º da Lei, que incluem a possibilidade de utilização de concessão, permissão ou autorização de exploração de serviços públicos, bem como o aforamento, remição de foro, permuta, cessão, concessão de direito real de uso resolúvel de bens imóveis de domínio da União. Cf. VIOLA, Ricardo R. Breve análise acerca do PND - Programa Nacional de Desestatização. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, vol. 14, nº 94, nov. 2011, s. p. [Em linha]. [Consultado 22 setembro 2017]. Disponível na World Wide Web: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10630.

¹⁴⁰ Etimologicamente a palavra autarquia é formada pela justaposição dos termos *autos* (próprio) e *arquia* (governo, comando, direção), que significa “autogoverno, direção própria, comando próprio”. Cf. TREVIZANI, Karla Maria. *Agências reguladoras e o princípio da eficiência.* 125f. (Monografia) - Curso de Direito, Departamento de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, PR. [Em linha]. 2001, p. 56. [Consultado 28 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/38936>.

¹⁴¹ Cf. PINTO, Cláudia M. B. *O processo de privatização e desestatização do Estado brasileiro.* [Em linha]. [Consultado 22 dezembro 2017]. Disponível na World Wide Web: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12228>>.

3.2 Caracterizando a Concessão

A doutrina, ao tratar da concessão, não é uníssona quanto ao seu conceito. Para alguns, a sua definição se dá em sentido amplo, enquanto outros a veem de forma mais circunscrita. O entendimento mais abrangente sobre o tema tem bases na doutrina italiana, que considera a concessão como qualquer ato unilateral (quanto a sua outorga) ou bilateral (quanto à relação com a concessionária), por meio do qual são transferidos direitos e poderes à iniciativa privada. Essa visão, todavia, não é plenamente aceita pela doutrina brasileira, devido às fortes influências do direito francês no que tange à questão contratual. Em uma perspectiva menos ampla, predominante no Brasil, a concessão se divide em duas categorias, são elas a concessão translativa e a concessão constitutiva, e abarcam ainda três modalidades: de serviço público, de obra pública e de uso de bem público¹⁴².

A concessão translativa consiste na transição de um agente a outro, de direitos e deveres pertinentes ao exercício de atividades cabíveis ao concedente, e que passam a ser assumidas pelo concessionário, v. g. as concessões de serviço e de obra pública, as concessões patrocinadas e as administrativas. A concessão constitutiva, por seu turno, ocorre quando o Estado confere poderes ao concessionário, de menor magnitude que os seus, para que este faça uso de um bem público¹⁴³. Pode-se arguir que ambas as modalidades se equivalem quando avaliadas sob o prisma formal, pois as duas vertentes tratam de contrato administrativo sujeito ao regime publicístico. Por outro lado, na perspectiva material, existem distinções entre as formas, haja vista que a concessão translativa se estabelece mediante outorga de função própria do Estado, na qual são transferidos poderes, direitos, benefícios ou uso da Administração Pública, e a concessão constitutiva formaliza-se a partir da delegação de uso de um bem público, na qual os poderes e direitos são de menor escala, criados em função do ato de concessão.

Entre as modalidades mencionadas, a concessão de serviço público, regulamentada pela Lei 8.987/95¹⁴⁴, configura-se pela passagem da execução do serviço público, da Administração para o ente particular, seja este pessoa jurídica ou consórcio de empresas, por meio de licitação, para que a desenvolva por sua conta e risco, durante prazo determinado. Quanto à remuneração do concessionário, esta provém de tarifas cobradas diretamente aos usuários, ou de meios alternativos desinentes da exploração do serviço. A concessão

¹⁴² Cf. BARROS, Jéssica M. Concessão de serviço público. [Em linha]. 2015. [Consultado 21 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://mbjessica.jusbrasil.com.br/artigos/187628846/concessao-do-servico-publico>.

¹⁴³ Cf. DI PIETRO, Maria S. Z. *Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁴⁴ Cf. BRASIL. *Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. [Em linha]. 1995. [Consultado 15 fevereiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/107702/lei-de-concessoes-lei-8987-95>.

patrocinada, instaurada pela Lei 11.079/04¹⁴⁵, é uma modalidade que abrange a prestação de serviços e obras públicas decorrentes da parceria público-privada. A remuneração, nesse caso, engloba, adicionalmente à tarifa cobrada aos usuários, uma contraprestação pecuniária por parte do concedente. A Lei 11.079/04 contempla ainda a concessão do tipo administrativa, na qual a Administração Pública torna-se direta ou indiretamente usuária dos serviços prestados, sejam eles de execução de obra pública ou fornecimento e instalação de bens. Sendo a remuneração formada essencialmente pela contraprestação pecuniária paga pelo concedente ao concessionário¹⁴⁶.

Quanto à concessão de uso de bem público, esta se estabelece quando a Administração permite que um ente particular faça uso de um bem público, mediante remuneração definida pela própria Administração ou pela lei cabível. Na modalidade de concessão precedida de obra pública, tem-se caracterizado um contrato de construção, conservação, restauração, benfeitoria de quaisquer obras de interesse público, firmado por meio de licitação, entre a Administração e uma pessoa jurídica ou consórcio de empresas, para levá-lo a efeito por sua conta e risco, tendo como contrapartida a remuneração decorrente da exploração do serviço ou obra por prazo determinado (art. 2º, inciso III, da Lei 8.987/95)¹⁴⁷.

*Desta forma, conclui-se que a concessão de serviço público é o instituto por meio do qual o poder estatal transfere o exercício de um serviço público a um particular, que aceita prestá-lo em seu próprio nome, por sua conta e risco, consoante condições determinadas unilateralmente pelo Estado, mas sob o amparo contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, no qual lhe cabe auferir remuneração decorrente da exploração do serviço prestado, em geral e basicamente por meio de cobrança de tarifas de forma direta aos usuários do serviço*¹⁴⁸.

Verifica-se, portanto, que a concessão de serviço público consiste em um contrato administrativo, caracterizado pela transferência de poderes e deveres do poder público ao privado, sob premissas fixadas e alteráveis unilateralmente, pertinentes à execução de funções que são próprias do Estado, mediante remuneração proveniente de cobrança de encargos.

¹⁴⁵ BRASIL. Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. [Em linha]. [Consultado 28 dezembro 2017]. Disponível na World Wide Web: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/96990/lei-11079-04>.

¹⁴⁶ Cf. BARROS, Jéssica M. *Ob. cit.*

¹⁴⁷ Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁴⁸ Cf. MELLO, Celso A. B. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 725 – 726.

Convém sobrelevar que, apesar de o contrato de concessão se qualificar pela remuneração proveniente de tarifas cobradas diretamente do usuário dos serviços prestados, nem todas as formas de concessão seguem essa premissa, como é o caso da exploração do segmento de rádio e televisão, no qual os concessionários auferem rendimentos a partir de mensagens publicitárias cobradas de anunciantes. Ainda assim, pode-se considerar válido o contrato de concessão, pois a característica principal está presente na parceria público-privada, que é a remuneração decorrente da exploração da atividade. Em geral, a regra não é rígida quanto às formas de remuneração, podendo, inclusive, o poder concedente subsidiar parcialmente o concessionário.

3.2.1 A natureza jurídica da concessão

Existem diversas correntes que tratam da natureza jurídica da concessão de serviço público, pois não há consenso estabelecido sobre a questão. Entre as teorias defendidas no direito brasileiro, podem ser citadas: (a) **as teorias unilaterais**, divididas em dois grupos, o primeiro considera a vigência de ato unilateral por parte da Administração Pública, visto que esta detém o controle sobre a determinação das cláusulas que regem o contrato de concessão, constituindo uma situação de desigualdade entre as partes; o segundo grupo acredita haver dois atos unilaterais, um, por parte da Administração Pública, ao estabelecer unilateralmente as cláusulas da concessão, e outro, por parte da concessionária, que aceita as imposições formalizadas pelo poder concedente; (b) **teorias bilaterais**, segmentadas em três grupos: o primeiro defende a concessão como um contrato de direito privado, tendo em vista o entendimento de que não haja acordo de vontades entre as partes, desta forma, assemelha-se aos contratos de cunho do direito comum; o segundo grupo se fundamenta na ideia de que se trata de contrato de direito público, a julgar pela sua submissão ao regime jurídico publicístico, revogável e excepcional ao direito comum; (c) **teoria mista**, que admite haver apenas um ato unilateral da Administração Pública na determinação das condições contratuais de concessão, e um contrato relativo à garantia do equilíbrio econômico-financeiro, estabelecido pelo direito privado¹⁴⁹.

Apesar das várias interpretações doutrinárias sobre a natureza jurídica da concessão, ratifica-se que esta possui natureza essencialmente contratual. É de entendimento comum que, em algumas circunstâncias, todas as obrigações contratuais sobrevêm do próprio ato de concessão, e, em outras, uma parte das obrigações já está previamente definida no ordenamento jurídico, vinculando os parceiros contratuais. Contudo, salienta-se que tais

¹⁴⁹ Cf. DI PIETRO, Maria S. Z. *Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ocorrências não desqualificam a natureza contratual da concessão, da mesma maneira como não perdem essa natureza os contratos de adesão em geral, visto que a delegação do objeto de contrato (serviço público, obra pública ou uso de bem público) será efetuada unicamente por meio de manifestação explícita de ambos os contratantes, implicando na aquiescência das premissas previamente estabelecidas em contrato pela Administração Pública. Além disso, ao lado das cláusulas regulamentares, constam também dispositivos pertinentes ao aspecto financeiro e contratual propriamente dito, nas quais são delimitados os prazos, estipuladas as formas de remuneração, os critérios de rescisão, e ainda outros requisitos não fixados em lei¹⁵⁰.

3.2.2 Licitação

Consoante o art. 175 da Constituição Federal de 1988¹⁵¹, a concessão necessariamente deve ser precedida de processo licitatório, sendo sua outorga efetivada sem exclusividade, posto que não seja permitida a contratação direta, como dispõe o art. 37, inciso XXI da CF/88. Desta forma, não são viáveis ao processo de concessão as dispensas de licitações previstas na Lei de Licitações (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993)¹⁵². Excetuam-se os casos em que a contratação por licitação for inexequível por questões técnicas e econômicas, devendo ser sumariamente justificada.

A licitação deve, sobretudo, primar pelo interesse público e pela legalidade, princípio o qual exige que a delegação de execução dos serviços públicos só possa ser efetuada mediante lei autorizadora. Além destes, devem ser observados também os princípios da impessoalidade, igualdade, moralidade e publicidade, consoante o artigo 14 da Lei 8.897/95, pois não deve haver nenhum aspecto de cunho subjetivo ou pessoal que interfira no processo licitatório, assim como é importante promover igualdade de condições para que todos os interessados em formar parcerias com a Administração Pública, possam fazê-lo sem distinções arbitrárias. A observância da moralidade designa maior licitude e correção aos procedimentos de licitação, e a publicidade os torna mais acessíveis ao público por meio da divulgação dos atos que o compõem.

De acordo com o art. 2º da Lei 8.666/93, a licitação para concessão de serviços e obras públicas deve seguir a modalidade de concorrência. Destarte, no sentido de garantir a lisura

¹⁵⁰ Cf. DI PIETRO, Maria S. Z. *Ob. cit.*

¹⁵¹ BRASIL. *Art. 175 da Constituição Federal de 1988*. 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. [Em linha]. 1998. [Consultado 25 fevereiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10659529/artigo-175-da-constituicao-federal-de-1988>.

¹⁵² BRASIL. *Lei 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. [Em linha]. 1993. [Consultado 22 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/103866/lei-de-licitacoes-lei-8666-93>.

e imparcialidade do processo, o art. 3º, da mesma lei, condena explicitamente a imposição de qualquer cláusula que delimite ou malogre o seu caráter competitivo, que formalize distinções ou parâmetros em razão da naturalidade ou localização dos licitantes, ou de qualquer outra peculiaridade descabida ou irrelevante para o contexto contratual do objeto de concessão, impingindo a repressão de práticas que atentem contra o direito de apresentação dos interessados ante a Administração Pública.

Quanto ao julgamento do certame, o art. 15 da lei 8.987/95 estipula os seguintes critérios: *menor tarifa sobre a prestação do serviço público (I) e maior oferta do concessionário pela outorga da concessão (II); (III) combinação em pares dos critérios I, II e IV do dispositivo legal; melhor proposta técnica com preço fixado no edital (IV); melhor proposta decorrente da combinação dos requisitos de menor tarifa do serviço e melhor técnica (V); melhor proposta decorrente da combinação dos requisitos de maior oferta pela concessão e melhor técnica (VI); ou a melhor oferta pela outorga após avaliação das propostas técnicas (VII)¹⁵³.*

Vale salientar que, em face ao item II do referido dispositivo, delinea-se a necessidade de certa restrição interpretativa, tendo em mente o seu reflexo nos itens III, IV e VII, de modo a evitar que estes sejam taxados de inconstitucionais, dada a possibilidade de desvio de poder inculcada na escolha baseada na melhor oferta do concessionário pela outorga de concessão. A ressalva encontra fundamento na ideia de que a prestação de serviços públicos se destina à satisfação dos interesses públicos e não a auferir ganhos financeiros para o Estado¹⁵⁴. Portanto, elevar o critério de maior valor pago pela concessão contribui indiretamente para que o candidato à prestação do serviço público ofereça tarifa maior ao usuário, o que entra em conflito com as premissas que regem o próprio instituto da licitação.

Destaca-se ainda que a licitação de concessão de serviços públicos, de acordo com o art. 23-A da Lei 8.987/95, viabiliza a resolução de conflitos contratuais por meio de instrumentos privados, inclusive a arbitragem, a ser efetuada no Brasil, e em língua pátria. Ademais, à Administração Pública, enquanto concedente, compete publicar ato comprobatório de utilidade da outorga de concessão ou permissão, antes do lançamento do respectivo edital, definindo seu objeto, área e prazo, da mesma forma lhe é facultado

¹⁵³ Cf. BARROS, Jéssica M. Concessão de serviço público. [Em linha]. 2015. [Consultado 21 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://mbjessica.jusbrasil.com.br/artigos/187628846/concessao-do-servico-publico>.

¹⁵⁴ Cf. MELLO, Celso A. B. *Curso de direito administrativo*. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

decretar que o vencedor do certame, em caso de consórcio, se constitua em empresa antes da celebração do contrato, conforme estipulado no art. 20 da Lei de Concessões¹⁵⁵.

3.2.3 Contrato de concessão

O contrato de concessão é o passo seguinte ao fim do certame licitatório, no qual devem ser pormenorizadas todas as premissas referentes ao objeto da concessão, ao poder concedente, definição da área, forma e intervalo de exploração da atividade, assim como os direitos e deveres de todas as partes envolvidas. Deve contemplar ainda os meios de fiscalização, reversão e encampação, e de proceder a uma eventual indenização do concessionário. As cláusulas regulamentares só podem ser alteradas por decisão unilateral da Administração Pública, sempre no propósito do melhor atendimento ao usuário. Sendo que, no caso de haver desequilíbrios econômico-financeiros em virtude de eventuais alterações contratuais, deverão ser reajustadas as cláusulas pertinentes à remuneração do concessionário, no intuito de adequar as tarifas aos ônus advindos das mudanças feitas¹⁵⁶.

Adverte-se que, em razão da exigência prévia de licitação, não é facultado ao concessionário transferir a concessão a um terceiro ente, caso contrário, estaria estabelecido um mecanismo de fraude para o princípio licitatório. Entretanto, é forçoso considerar a possibilidade de transferência em face do previsto no art. 27 da Lei 8.987/95¹⁵⁷, que determina essa viabilidade mediante prévia anuência da Administração Pública, caso o pretendente à substituição esteja apto a assumir a prestação do serviço, atendendo aos critérios técnicos, financeiros, jurídicos e fiscais exigidos, além de comprometer-se com o cumprimento de todas as determinações formalizadas em contrato. Somente será considerada a extinção ato, se houver, por parte do concessionário, alguma falta relativa aos requisitos previstos no artigo supracitado. Existe ainda a oportunidade ensejada pelo art. 26 da mesma lei, que confere ao concessionário a faculdade de subconcessão dos serviços públicos por intermédio de prévia concorrência, e desde que o subconcessionário assumira todos os direitos e deveres do concessionário¹⁵⁸.

Importa, contudo, que não se confunda a subconcessão com a contratação de terceiros, posto que esta segunda modalidade, prevista no art. 25 da Lei 8.987/95¹⁵⁹, só se justifica nos

¹⁵⁵ Cf. BARROS, Jéssica M. *Ob. cit.*

¹⁵⁶ Cf. MEIRELLES, Hely L. *Direito Administrativo brasileiro*. 33ª ed. São Paulo. Malheiros 2007.

¹⁵⁷ BRASIL. *Art. 27 da Lei 8.987 de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. [Em linha]. 1995. [Consultado 11 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11578429/artigo-27-da-lei-n-8987-de-13-de-fevereiro-de-1995>.

¹⁵⁸ Cf. MELLO, Celso A. B. *Ob. cit.*

¹⁵⁹ Cf. BRASIL. *Art. 25 da Lei 8.987 de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. [Em linha]. 1995. [Consultado 11 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11578741/artigo-25-da-lei-n-8987-de-13-de-fevereiro-de-1995>.

casos em que sejam desenvolvidas *atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados, acatando os regulamentos estabelecidos na modalidade do serviço outorgado*. Compete esclarecer que a natureza *intuitu personae* do contrato de concessão não permite que a contratação de terceiros se destine à execução das principais tarefas concedidas, de outra forma, incorreria em defraudamento do propósito da licitação e desvirtuamento do contrato, considerando que o serviço concedido não estaria sendo realizado pelo vencedor do processo licitatório.

Sobre o prazo de duração da concessão, este se encontra regulamentado pelo art. 2º, II e III, da Lei 8.987/95, o qual estipula que esse período seja impreterivelmente determinado, ressaltando-se a impossibilidade de aplicação dos prazos previstos no art. 57 da Lei 8.666/93, porquanto a concessão não depende de crédito para custeá-la, tampouco é exequível em um curto prazo, haja vista ser preciso maior tempo de vigência para o resgate dos investimentos, especialmente se antecedido de obra pública¹⁶⁰.

Considerando que a titularidade dos serviços públicos concedidos aos particulares permanece sob a tutela do Estado em razão do interesse público, a Administração Pública pode acessar, durante toda a vigência do contrato, os recursos necessários para harmonizar a concessão aos interesses públicos, utilizando de todas as prerrogativas que lhe cabem enquanto poder concedente, tais como: o poder de inspeção e fiscalização, alteração unilateral dos regulamentos fixados em contrato, extinção da concessão antes do término do prazo estabelecido, intervenção e aplicação de sanções ao concessionário. Em compensação, o concessionário tem direito à segurança quanto ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato por parte do poder concedente, assim como de não ser cobrado por desempenho alheio ao objeto do contrato.

Insta por em evidência que a obrigação cabível ao concessionário por prejuízos causados a terceiros ou usuários em razão do exercício da atividade pública, é objetiva, pois expande o princípio disposto no art. 37, §6º da CF¹⁶¹, às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Nesses termos, o Estado responde subsidiariamente na hipótese de insuficiência de recursos da concessionária, contudo, apenas quando os prejuízos decorrem exclusivamente da execução dos serviços. Circunstancialmente poderá existir

160 Cf. DI PIETRO, Maria S. Z. *Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

161 De acordo com o art. 37, §6º da CF/88, *As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*. Cf. BRASIL. Art. 37, § 6º da Constituição da República Federativa do Brasil. [Em linha]. 1988. [Consultado 22 setembro 2017]. Disponível na World Wide Web: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10710882/paragrafo-6-artigo-37-da-constituicao-federal-de-1988>.

responsabilidade solidária, caso seja comprovada a ineficiência do processo licitatório ou do dever de fiscalização do Estado.

No que concerne aos direitos do usuário, o Estado tem a obrigação de prestar serviços adequados a sua necessidade, em conformidade com os princípios fundamentais da Administração Pública, assim, se houver falhas nesse fornecimento, o cidadão poderá cobrar judicialmente o devido atendimento pelo concessionário¹⁶².

3.2.4 Extinção da concessão

O art. 35 da Lei 8.987/95¹⁶³ prevê as formas de extinção do contrato de concessão, quais sejam: *I - advento do termo contratual; II - encampação; III - caducidade; IV - rescisão; V - anulação; e VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.*

O advento do termo contratual diz respeito ao fim do prazo de concessão, portanto, encerramento do contrato, fato que determina a integração dos bens utilizados na prestação dos serviços ao patrimônio do poder concedente, conforme o § 1º da referida lei. A encampação, por sua vez, consiste na rescisão unilateral do contrato, por conveniência administrativa e interesse público, sem qualquer motivação por parte do concessionário. Nessa circunstância, cabe ao poder público ressarcir o concessionário pelos ônus comprovados, indenizando o capital que o concessionário deixará de perceber, assim como o montante não amortizado, revertido em bens ao concedente. Sobre a caducidade, esta se caracteriza por rescisão unilateral motivada pela inadimplência comissiva ou omissiva, por dolo ou culpa do concessionário, considerada transgressão grave de compromisso contratual¹⁶⁴.

A extinção por rescisão poderá ocorrer por viés judicial ou consensual, sendo o primeiro caso incitado por inadimplência do concedente ou do concessionário. Quando a culpa for do concedente, um juiz será designado para arbitrar a composição dos lucros que o concessionário deixou de auferir devido à extinção. A rescisão consensual ocorrerá quando houver consenso entre as partes sobre a necessidade prévia de término da relação jurídica contratual, e a composição entre as partes será feita de forma complacente. A extinção por anulação se compõe na outorga realizada com vício jurídico, ou seja, quando houver

¹⁶² Cf. BARROS, Jéssica M. Concessão de serviço público. [Em linha]. 2015. [Consultado 21 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://mbjessica.jusbrasil.com.br/artigos/187628846/concessao-do-servico-publico>.

¹⁶³ Cf. BRASIL. Art. 35, da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. [Em linha]. 1995. [Consultado 15 fevereiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Art.+35+da+Lei+8987%2F95>.

¹⁶⁴ Cf. DI PIETRO, Maria S. Z. *Ob. cit.*

violação do Direito por parte do concessionário. Se não comprovada má-fé, deverá ressarcir o concedente pelas despesas realizadas, e, caso o serviço já estiver em andamento, a indenização deverá abranger as parcelas não amortizadas, com restituição dos bens¹⁶⁵.

Por fim, tem-se a rescisão por falência ou extinção da concessionária, e falecimento ou incapacidade do titular da empresa. Nessa hipótese, a extinção será efetivada por decreto judicial de falência, ocasionado pela insolvência decorrente da incapacidade gerencial da concessionária sobre o serviço concedido. O decreto extingue automaticamente o contrato, mesmo antes da extinção solicitada pelo poder concedente, pois fica caracterizada a incompetência administrativa do concessionário para dar continuidade à prestação do serviço. Assim como nas demais hipóteses de extinção, os bens do concessionário serão revertidos ao patrimônio do Estado, salvo aqueles não relacionados à prestação do serviço, estes serão destinados à indenização dos credores.

Pode-se arguir que a concessão é um mecanismo elaborado no intento de garantir a melhor forma de atender ao usuário, buscando, na iniciativa privada, os recursos que possibilitem maior eficiência e, conseqüentemente, maior qualidade de vida e satisfação dos administrados. Nesse sentido, a Administração Pública, exercendo seu poder de regulamentação e controle, instituiu um novo critério jurídico de controle administrativo: o princípio da Eficiência.

¹⁶⁵ Cf. DI PIETRO, Maria S. Z. *Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

4 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA COMO CRITÉRIO DE CONTROLE DA CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A outorga da prestação de serviços públicos aos particulares de certo trouxe um alargamento das incumbências de regulação e controle do poder estatal, que se mantém detentor da titularidade dessas atividades, portanto, responsável por assegurar a eficiência da sua execução. A descentralização das funções exclusivas do Estado e a crescente busca pela eficiência administrativa acabaram por favorecer a ampliação da faculdade discricionária do poder público¹⁶⁶, o que se justifica pela necessidade de extensão da margem de escolha da Administração diante dos desafios de melhoria dos serviços prestados, favorecendo a possibilidade de atender às exigências quanto ao serviço mais adequado, barato, efetivo e que principalmente atenda satisfatoriamente ao interesse público e bem-estar social. O aumento do poder discricionário, fundamentado no princípio da Eficiência, permitiu a instituição de um novo critério jurídico de controle da Administração Pública, alçado à categoria de princípio constitucional, ao qual todas as instâncias do poder estatal e demais institutos que exercem atividades públicas, como as concessionárias, passam a estar intrinsecamente vinculadas.

Em tempo, para alcançar o maior nível possível de eficiência na prestação dos serviços públicos, entende-se que a Administração deve gozar de maiores privilégios discricionários, inclusive porque, muitas vezes, as alternativas de resolução dos problemas que envolvem a gestão e a execução dos serviços públicos passam por interpretações complexas em razão das peculiaridades do caso concreto e das constantes e dinâmicas alterações do cenário econômico, político e social do país, que geram conflitos quando confrontadas com as limitações impostas pela submissão legal do ato administrativo.

A gestão desenvolvida e praticada pelo ente concessionário também demanda uma margem de livre escolha, o que se converte, em última análise, em um reconhecimento, por parte do poder concedente, do próprio serviço prestado. O controle exercido pelo Estado, pautado no princípio da Eficiência, se propõe contemplar não apenas as ações singulares da gestão exercida pelo concessionário, mas avaliar o exercício da atividade em aspectos universais, o que implica atenção quanto à economicidade, produtividade e continuidade dos serviços, assim como ponderar sobre a correção estabelecida com os princípios constitucionais, atualmente vinculados a todas as instâncias da Administração Pública¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Cf. GONÇALVES, Pedro C. A concessão de serviços públicos. Coimbra: Almedina, 1999.

¹⁶⁷ Cf. BATISTA, Onofre. A. Jr. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Destarte, o poder concedente passa a aquilatar os resultados alcançados a partir do atendimento dos interesses e necessidades dos administrados.

O fator crítico quanto ao controle da eficiência do contrato de concessão de serviços públicos se consubstancia na definição dos seus limites, ou seja, em saber se o poder concedente – sob a justificativa de utilizar os poderes públicos para extinguir uma situação problemática – pode interferir na gestão interna exercida pelo concessionário ou lhe cabe tão somente avaliar se os objetivos delineados no contrato e os resultados alcançados estão em consonância com os princípios constitucionais e o interesse público, e se atendem ao critério qualitativo e quantitativo pleiteado pelo princípio da Eficiência.

Face às considerações aduzidas, faz-se mister ressaltar as dificuldades encontradas, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, para consolidar o próprio conceito de eficiência. Mesmo os fundamentos advindos de outros campos do saber, principalmente das ciências econômicas, não são capazes de dar densidade jurídica à concepção do termo, visto que apenas a apreciação técnica e econômica, de forma isolada, não constitui base para a função de controle pretensa pelo princípio da Eficiência no âmbito da Administração Pública, no tocante à concessão de serviços, ou ainda de forma geral. Portanto, o entendimento sobre eficiência deve englobar, além desses parâmetros, outras diretrizes principiológicas edificadas pela Constituição Federal, que norteiam todas as atividades públicas que atingem diretamente a vida em sociedade.

Nesse contexto, as ponderações pautadas no interesse público, muitas vezes, recaem sobre o poder concedente enquanto agente político, o que pode significar a vigência de controles sociais não institucionalizados, como meio de pressionar os mecanismos de controle que atuam sobre as empresas concessionárias. Por outro lado, o princípio da Eficiência surge no ordenamento jurídico-administrativo como um viés de ampliação da margem de livre decisão administrativa daqueles que exercem a atividade pública. Essa liberdade de atuação administrativa, contudo, é delimitada pelo instrumento legal, constituindo uma autodeterminação administrativa apenas parcial.

Esse espaço de liberdade decisória incide essencialmente sobre a gestão dos serviços públicos outorgados aos particulares, e se divide no ordenamento jurídico-administrativo em duas modalidades: a margem de livre apreciação e a discricionariedade. A margem de livre apreciação corresponde à liberdade concedida por lei à Administração Pública de apreciação de situações que remetem às premissas das suas decisões, as quais se encontram presentes

nas previsões normativas jurídicas, enquanto a discricionariedade diz respeito à liberdade de escolha entre diversas opções de atuação administrativa juridicamente admissíveis¹⁶⁸.

Importa destacar que a distinção entre as modalidades de livre decisão viceja discussão no âmbito jurídico-administrativo, conforme se pode observar na análise do Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA), de 16 de fevereiro de 2017, no qual se aprecia a permissibilidade de controle judicial sobre as decisões tomadas pela Administração Pública nesse espaço de limitada autonomia decisória. O acórdão propõe um recurso de revista ao STA, destinado à avaliação da validade legal do despacho nº 16.477, de 14 de agosto de 2006, no qual foi determinada a dispensa total da Avaliação de Impacto Ambiental (AIA) no projeto de co-icinerção de resíduos perigosos no Centro de Produção de Souselas, pelo então Ministro do Ambiente, Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional, medida justificada pelo disposto no Art. 3º do Decreto Lei nº 69, de 3 de maio de 2000¹⁶⁹.

A questão envolve a constatação da natureza facultativa da autonomia decisória conferida à Administração pela norma supracitada no caso em apreço, verificando se a decisão decorre da liberdade discricionária de optar por uma entre várias alternativas legalmente viáveis, ou se caracteriza a margem de livre apreciação, na qual competiria à Administração formalizar constructos indeterminados na previsão normativa, de modo a viabilizar sua aplicação no caso concreto.

A configuração delineada leva a crer que se trata de uma decisão ensejada pela margem de livre apreciação, na qual a norma avaliza a Administração Pública a definir o que se enquadra como “circunstâncias excepcionais”, sob a obrigatoriedade de apresentar argumentos que justifiquem essa singularidade. A situação, em si, não traz nenhuma novidade ao ordenamento jurídico-administrativo, visto que a Administração Pública tem o dever de fundamentar quaisquer decisões que originem atos administrativos, consoante regulamenta o Art. 152 do novo Código de Procedimento Administrativo português (aprovado pelo Decreto-Lei nº 4, de 7 de janeiro de 2015)¹⁷⁰, que acaba representando uma forma de limitação da liberdade concedida ao poder público.

O acórdão em análise enfatiza a necessidade de justificativa do que seja considerado como “circunstâncias excepcionais” pela Administração Pública, de modo a validar a

¹⁶⁸ Cf. SOUSA, Marcelo R.; MATOS, André S. *Direito administrativo geral -Tomo I - Introdução e princípios fundamentais*. 3ª ed. Lisboa: Ed. Dom Quixote, 2008.

¹⁶⁹ Conforme disposto no art. 3º/1 do Decreto Lei nº 69/2000 *Em circunstâncias excepcionais e devidamente fundamentadas, o licenciamento ou a autorização de um projeto específico pode, por iniciativa do proponente e mediante despacho do ministro responsável pela área do ambiente e do ministro tutelar, ser efectuado com dispensa, total ou parcial, do procedimento de AIA.*

¹⁷⁰ Cf. BRASIL. Código de Procedimento Administrativo. [Em linha] 2015. [Consultado 22 fevereiro 2018]. Disponível na World Wide Web: https://dre.pt/home/-/dre/66041468/details/maximized?p_auth=a0a2asGQ.

dispensa da AIA, o que demonstra, a rigor, a imprescindibilidade de recorrer constantemente à valoração de conceitos indeterminados para aplicar o recurso da margem de livre apreciação, envolvendo inevitavelmente a perda de alguma segurança jurídica¹⁷¹. Entretanto, avalia-se que os benefícios são superiores às desvantagens observadas, na medida em que se pode alcançar maior justiça e adequação jurídica ao caso concreto, além de favorecer, em algumas circunstâncias, uma maior uniformidade apreciativa, porquanto se evita a padronização normativa no tratamento de casos que, observados minuciosamente, apresentam disparidades relevantes¹⁷².

No caso em questão, foi esclarecida a razão da excepcionalidade alegada para a dispensa da AIA no despacho: a urgência de execução do projeto e a inexistência de riscos significativos ao meio ambiente, comprovada por prévia avaliação. Resta claro, contudo, que o Tribunal Administrativo, ao emitir parecer substitutivo sobre o tema, excedeu os seus poderes de investigação, invadindo um domínio reservado à Administração¹⁷³.

Em face das considerações expostas, exsurge clara e insofismável a dificuldade na interpretação terminológica entre os conceitos de margem de livre apreciação e discricionariedade normativa. Apesar de a doutrina especificar claramente as distinções existentes entre as modalidades, percebe-se a equivalência empregada entre os termos no caso em análise, o que demonstra a falta de percepção sobre o que rege a norma quanto à valoração do pressuposto de “circunstâncias excepcionais”, que caracteriza explicitamente a incidência da margem de livre apreciação e não de discricionariedade.

Em outra perspectiva, analisa-se a possibilidade de controle jurisdicional sobre atos do poder público que se enquadram na margem de liberdade decisória da Administração. O que parece ser inadmissível na medida em que tal exercício significaria a criação de um poder administrativo paralelo, que violaria o princípio da separação dos poderes. Desta forma, cabe ao Tribunal Administrativo o mérito sobre a apreciação da oportunidade e conveniência do ato administrativo em relação ao interesse público legalmente definido, ou seja, não lhe compete substituir a Administração na função de valoração dos conceitos indeterminados¹⁷⁴

¹⁷¹ Cf. SOUSA, Marcelo R.; MATOS, André S. *Ob. cit.*

¹⁷² *Ibidem.*

¹⁷³ O professor espanhol Jaime Rodríguez-Aranha Muñoz explica que la discrecionalidad es una propiedad propia de gobiernos y administraciones que permite a éstos profundizar en la adecuación a la razón y a la justicia en el ejercicio del poder público. Hasta tal punto que cuando las altas instancias de gobierno y administración de lo público se esfuerzan seriamente por argumentar y motivar el ejercicio de poderes discricionales están realizando cabalmente el Estado de Derecho. En sentido contrario, cuando esse espacio de apreciación para seleccionar las más justa y razonable de las distintas opciones legalmente posibles se orienta hacia la oscuridad o la opacidad, con nulas o mínimas justificaciones, se descende al tenebroso mundo de la arbitrariedad. Cf. RODRIGUES-ARANHA, Jaime. El Derecho fundamental a la Buena Administración en la Constitución Española y en la Unión Europea. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, vol. 1, n° 2, Santa Fé, Argentina, julio/diciembre, 2014, ISSN 2362-583X, p. 78.

¹⁷⁴ Os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles que não possuem um sentido preciso e inequívoco, e, portanto, demandam uma atividade interpretativa da norma jurídica na qual estão inseridos. A indeterminação conceitual abre espaço para diversas possibilidades

envolvidos na sua faculdade de autonomia decisória, mas apenas apreciar a presença de vícios formais e de procedimento no ato proferido, salvo quando a Administração incorrer em juízo ostensivamente inconcebível ou comprovadamente equivocado¹⁷⁵.

A discricionariedade procedimental, retratada no artigo 56º do novo Código de Procedimento Administrativo português como princípio de Adequação Procedimental, oportuniza ao agente responsável, *estruturar o procedimento à luz dos interesses públicos de participação, da eficiência, da economicidade e da celeridade na preparação da decisão*. Inclui ainda a possibilidade de o órgão competente pela decisão final poder acordar com os interessados os termos do procedimento, conforme rege o artigo 57º (acordos endoprocedimentais) do novo CPA¹⁷⁶.

Em lógica transposição dos argumentos narrados ao contexto do processo de concessão, verifica-se que a gestão dos serviços públicos exercida pela esfera privada e comprometida com a eficiência administrativa possui, portanto, um grau de liberdade decisória cerceado por lei e pelo contrato de concessão. Nesse raciocínio, a função desempenhada pela empresa concessionária deve pautar-se na legalidade e no instrumento contratual, além de vincular a sua margem de livre decisão aos preceitos jurídicos e institutos constitucionais, notadamente respeitando o interesse público, pressuposto implícito na busca pelo eficiente atendimento das necessidades básicas do cidadão.

Ao mesmo tempo, convém pôr em relevo que o controle da eficiência não deve se restringir à observância da conformidade expressa na ação isolada efetuada pela empresa concessionária, tampouco à lei ou às ponderações sobre a aplicação adequada do poder discricionário na gestão das atividades públicas, deve, sobretudo, ater-se às relações abstrusas que se desenvolvem entre os diversos interesses públicos delegados aos mais variados institutos subjetivos do ordenamento pluralista. Em suma, todos os aspectos envolvidos na tomada de decisão da Administração Pública em relação ao desempenho gerencial do concessionário devem ser levados em consideração. Essa é a premissa básica de congruência finalística proposta pela eficiência, na qual se fundamenta a persecução do bem

de aplicação do Direito, o que faz com que a função interpretativa tenha estreita relação com a atividade discricionária, permitindo ao jurista uma margem maior de apreciação no caso concreto. Contudo, a liberdade de escolha conferida à Administração Pública, mesmo recaindo sobre circunstâncias de difícil interpretação, tem o dever de manter-se vinculada aos limites legais, sob a pena de incorrer em arbitrariedade, e, conseqüentemente tornar-se passível de controle jurisdicional. Cf. FERNANDES, Ilanit V. N. *A discricionariedade administrativa face ao princípio da Boa Administração*. 60f. (Dissertação de mestrado). Faculdade de Direito - Faculdade do Porto. Porto, 2015, p. 17.

¹⁷⁵ Cf. SOUSA, Marcelo R.; MATOS, André S. *Ob. cit.*

¹⁷⁶ Cf. QUADROS, Fausto. A revisão do Código de Procedimentos Administrativos: principais inovações. In: *O novo Código de Procedimentos Administrativos*. Conferências do CEJ 2014-2015. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários- CEJ, 2016, p. 101.

comum e do melhor custo-benefício no atendimento do interesse público, em uma perspectiva global¹⁷⁷.

Verifica-se, pois, que a obrigação do Estado de garantir a eficiência na prestação dos serviços públicos, de forma perene, econômica e universal, não pode desconsiderar o controle sobre as políticas gerenciais da própria concessionária, quando estas estão intrinsecamente relacionadas ao desenvolvimento das tarefas públicas. A contribuição do poder concedente no processo decisório das empresas prestadoras de serviços públicos, efetivada por meio das comunicações obrigatórias requeridas por lei ou por dispositivos contratuais, assim como os processos de fiscalização e intervenção estatal, são instrumentos que viabilizam o controle da gestão em aspecto geral. No que tange à economicidade enquanto fator característico da eficiência na execução das atividades públicas, tanto a Constituição brasileira quanto portuguesa oportunizaram a realização do controle por meio dos Tribunais de Contas, considerando estes, órgãos capacitados a apreciar os componentes econômico-financeiros dos contratos de concessão.

Pode-se inferir, a partir do exposto, que o princípio da Eficiência como critério de controle, intima a Administração Pública a analisar se o concessionário buscou o melhor recurso para solucionar as problemáticas envolvidas na gestão e execução dos serviços e no cumprimento do contrato. Essa solução deve passar necessariamente pela maximização do atendimento ao usuário e pela maior consideração aos valores defendidos pelo ordenamento jurídico, em consonância com os interesses intervenientes no contrato de concessão¹⁷⁸.

Impende avultar que os atos administrativos hoje praticados pelas empresas concessionárias devem necessariamente estar vinculados ao dever da Boa Administração, e consequentemente ao princípio da Eficiência, assim como a todos os demais princípios que regem a Administração Pública, especialmente os atos que ensejam decisões discricionárias que envolvem a ponderação do interesse público. O conceito de Boa Administração se desenvolve de forma paralela à ampliação da atividade discricionária, fomentando novas teorias acerca da sua aplicabilidade na Administração Pública e das formas de controle jurídico-administrativo¹⁷⁹.

A observação e o controle da eficiência das atividades gerenciais, tanto em aspectos globais quanto individuais, obedecem ao princípio do interesse público, que distancia a

¹⁷⁷ Cf. BATISTA, Onofre. A. Jr. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

¹⁷⁸ Cf. BATISTA, Onofre. A. Jr. *Ob. cit.*

¹⁷⁹ Cf. MOREIRA, Diogo de F., Neto. *Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação*. Revista de Direito Administrativo - RDA, Rio de Janeiro, out./nov. 1992, vol. 190, pp. 1-44.

eficiência jurídico-administrativa da abordagem voltada apenas ao conteúdo técnico. Todavia, não se despreza a necessidade de atender às exigências de caráter eminentemente técnico da atividade pública, que demandam conhecimentos e profissionais especializados e aptos à execução dos serviços. Nesse aspecto, o óbice se encontra na regulamentação jurídica sobre a competência técnica exigida para o exercício da atividade, que deve ser devidamente formalizada pelo poder concedente por meio de normas jurídicas e cláusulas contratuais. Nesse sentido, o controle da eficiência na gestão praticada pelo concessionário pressupõe o controle de um conjunto de atos discricionários que podem ser técnicos ou apenas administrativos.¹⁸⁰

Sobreleva notar que o controle da eficiência por parte do poder concedente sobre a gestão e execução da atividade pública outorgada ao agente privado consubstancia-se essencialmente em duas circunstâncias: 1) o controle da eficiência sobre ação administrativa de gestão ou execução das atividades públicas realizada com transgressão de norma regulamentar ou de cláusula contratual; e 2) o controle da eficiência baseado no descumprimento de cláusula contratual ou de regra legal que dá abertura ao ato discricionário por parte do concessionário na gestão ou execução da atividade pública, o que enseja a ponderação axiológica do princípio da Eficiência em relação ao ato praticado pelo concessionário à luz dos demais princípios constitucionais.

A primeira hipótese não viceja grande alteração, uma vez que o poder concedente terá base na conduta administrativa do concessionário, sob a qual a norma ou o dispositivo contratual já prevê determinada contrapartida jurídico-administrativa. O imbróglio se detém na segunda hipótese, na qual o controle da eficiência abrange um procedimento legal ou contratual discricionário, sujeito à ponderação do interesse público pelo concessionário. Nesse caso, o controle administrativo fundamentar-se-á também no princípio da Eficiência, considerado exigência constitucional e condição *sine qua non* para a Boa Administração. Desse modo, mesmo que o concessionário, no exercício da atividade pública, não infrinja nenhum dispositivo legal ou contratual, ainda pode incorrer em uma disfunção funcional, ou seja, ineficiência no desempenho das tarefas que lhe foram confiadas, caracterizada pela

¹⁸⁰ A discricionariedade administrativa se contrapõe à técnica, na medida em que a primeira se constitui pela escolha dos meios e métodos mais eficazes e pertinentes para atender ao interesse público, enquanto a segunda se justifica pela utilização dos diversos conhecimentos científicos, artísticos ou metodológicos, em função preparatória associada ao desenvolvimento da ação administrativa. Cf. CARVALHO, José dos S. F. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson. *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

falta de proteção dos interesses públicos, frustração de anseios consagrados normativamente, entre outras faltas¹⁸¹.

A doutrina italiana¹⁸² interpreta o atentado à Boa Administração como um vício de mérito administrativo¹⁸³, isto é, o mau uso da discricionariedade, que *implica a inoportunidade ou inconveniência do ato, derivada da avaliação errônea dos fatos em relação aos propósitos que a lei propõe. Nestes casos, o ato não é adequado para o cumprimento dos fins prosseguidos pelo legislador, sem considerar que é contrário a estes.*

Convém ressaltar que o controle das atividades públicas, pautado unicamente no princípio da legalidade – concebido no Estado liberal e preservado no Estado social – não atende suficientemente às novas demandas de um Estado cada vez mais descentralizado e pluralista. Nesse sentido, os instrumentos de controle administrativo veem ampliando paulatinamente a sua margem de apreciação sobre a eficiência e eficácia da gestão pública, especialmente no que concerne aos contratos de concessão, visto que o concessionário, por tal peso enquadrado como pessoa jurídica de direito privado, está compreendido no conceito de Administração Pública em seu sentido lato, portanto, sujeito ao controle do poder concedente.

A discussão aqui proposta se detém na aplicabilidade do princípio da Eficiência como critério base para o exercício desse controle administrativo sobre a concessão, quando da apreciação do exercício da atividade discricionária por parte do concessionário, prevista legalmente ou por cláusula contratual. Questiona-se, nesse caso, se a atuação do poder concedente na aplicação de sanções motivadas pela constatação da ineficiência dos serviços prestados se justifica dentro de sua função de controle, ou seja, se este pode intervir, alterando unilateralmente cláusulas do contrato sob a alegação de melhoria dos serviços.

O cerne da questão contempla a dificuldade de reconhecer a sindicabilidade do mérito administrativo na prática, nos casos em que, estando em consonância com a lei e o que rege o contrato de concessão, a gestão e execução das atividades realizada pelas concessionárias infringe a exigibilidade da eficiência e eficácia na prestação dos serviços públicos. Em tempo, torna-se complexo justificar sanções sobre a gestão com previsão jurídica discricionária, salvo se esse tipo de controle estiver também previsto em lei ou contrato.

¹⁸¹ Cf. GRECO, Marco A. *Planejamento fiscal e interpretação da lei*. São Paulo: Ed. Dialética, 1998.

¹⁸² Cf. ITÁLIA, Vittorio. *Manuale di Diritto Amministrativo*. 11ª ed. Milano: Ed. Giuffrè, 1999.

¹⁸³ Cf. DIEZ, Manuel Maria. *El acto administrativo*. 2ª ed., Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina S.A., 1961, p. 246 (tradução nossa).

Embora o controle administrativo, nessas circunstâncias, seja ponto de conflito entre as instâncias públicas e privadas, cabe lembrar que o Estado, ao transferir aos particulares o poder de gestão sobre a atividade pública, não se desfaz de suas responsabilidades quanto à garantia da Boa Administração, resguardando o bem-estar e interesse público, porquanto detém a titularidade dos serviços essenciais. Destarte, cabe, ao poder concedente, o controle, inclusive sobre os atos jurídicos discricionários. Nesse propósito, a norma deve atribuir maior peso jurídico ao princípio da Eficiência ao definir critérios de ponderação sobre a questão que sejam mais objetivos frente aos demais princípios constitucionais.

Como anteriormente citado, o princípio da Eficiência, enquanto norma constitucional, não possui grande densidade jurídica, devido a sua indefinição conceitual, tornando-se, nas práticas de concessão, um instrumento muito mais de controle do mérito administrativo do que da legalidade. Posto isto, para ser validado no caso concreto, tal qual mecanismo de controle de gestão dos serviços públicos prestados pelo agente particular, deve ser materializado por meio de preceitos advindos das ciências econômica e administrativa, como os parâmetros de produtividade, qualidade e economicidade.

Ocorre que tanto a lei quanto o contrato não preveem, de forma precisa, o que vem a ser eficiência. Nesse aspecto, o controle do mérito administrativo pela eficiência deve balizar-se na observância da subordinação das atividades públicas à juridicidade, ou seja, mesmo em face da prerrogativa jurídica discricionária dos atos administrativos prestados pela concessionária, a eficiência – enquanto princípio constitucional – deve ser considerada fim precípua da gestão pública.

A discricionariedade administrativa sobre a gestão dos serviços públicos, realizada por parte da concessionária, deve obrigatoriamente delimitar-se entre algumas possíveis alternativas de decisão previstas em lei, nos regulamentos ou mesmo no contrato de concessão. A escolha, todavia, deverá ter como critérios o interesse público e a consonância com os princípios constitucionais, observando a oportunidade, conveniência, justiça, razoabilidade do ato administrativo, entre outros fatores.

O papel do Estado como responsável pelo controle da eficiência dos serviços públicos outorgados ao particular lhe permite criar instrumentos reguladores da atividade pública, de modo a garantir o cumprimento das exigências pleiteadas pelo dever de Boa Administração e pelo interesse público.

4.1 Os mecanismos de controle da eficiência nos contratos de concessão do serviço público

No âmbito do direito administrativo, o controle da eficiência nos contratos de concessão de serviços públicos tem natureza regulatória sobre a atividade pública, exercido pelo poder concedente, e legitimado pelo sistema constitucional e legal brasileiro. Em face disso, as prerrogativas¹⁸⁴ facultadas ao poder concedente pelo regime jurídico-administrativo e pelo contrato de concessão são institutos plenamente lícitos de controle da atividade pública outorgada à iniciativa privada. Esses mecanismos abarcam o controle sobre a gestão e execução universal dos serviços, e ainda sobre os atos isolados praticados pelo concessionário.

Tanto o Código de Procedimento Administrativo português, como a Lei de Concessão brasileira (Lei nº 8.987/95), tal qual o sistema jurídico, classificam o contrato de concessão de serviços tipicamente públicos como um contrato administrativo, por sua natureza, sujeito às normas e princípios do Direito público¹⁸⁵. Ambas as legislações dispõem sobre os poderes de controle da Administração Pública como mecanismos intrínsecos ao regime de concessão, em outras palavras: conforme expresso no artigo 302¹⁸⁶ do Código de Contratos

¹⁸⁴ Cumpre ressaltar que as prerrogativas concedidas à Administração Pública em face dos contratos de concessão, compreendidas na chamada tese dos poderes exorbitantes, não é um entendimento pacífico na doutrina, sendo questionada a exclusividade do poder concedente, no que tange ao exercício da decisão unilateral e executória da Administração Pública, tendo em vista que, no Direito privado, e, especificamente no Direito civil, se contempla essa possibilidade em contratos de natureza privada. A afirmação, defendida pela Professora Doutora Maria João Estorninho, em sua dissertação de mestrado, se consubstancia na ideia de que a única coisa que difere o direito público do direito privado nos contratos de concessão, de fato, é que a Administração pública não necessita de previsão legal para exercer seus poderes. Deste modo, as prerrogativas da Administração Pública no controle das atividades administrativas concedidas aos particulares, perdem sua natureza exorbitante. Cf. ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Ed. Almedina, 2003. A doutrinadora argumenta que há uma tendência singular a repudiar essa proposição em casos duvidosos, e negar ao poder concedente fazer uso dessa prerrogativa. O Professor Doutor Sérvulo Correia pontua que a regra geral deve ser a de que, quando houver dúvidas no caso concreto, faz-se determinante fornecer um fundamento legal para o exercício de tal poder, sem o qual este não poderá existir. Cf. CORREIA, José M. Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Ed. Almedina, 2005.

¹⁸⁵ A natureza jurídica do contrato de concessão de serviços públicos já foi tema de muitas discussões na doutrina brasileira, nas quais havia uma tentativa de classificá-lo como um contrato de natureza privada, sendo a Administração Pública apenas um dos contraentes. Cf. GUEDES, Armando Manuel de A. Marques. *A concessão*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1954. Atualmente, devido à ampliação das formas de cooperação entre o Estado e os particulares, e o fenômeno, denominado no Direito português como “Fuga para o Direito Privado”, tem-se substituído a expressão “contrato administrativo” pela expressão “contrato público”, a qual abrange não somente os típicos contratos administrativos, quanto àqueles que, a despeito da parceria com o setor privado (v.g. concursos públicos), contemplam como objeto uma atividade tradicionalmente pública, portanto, regidos pelas regras e princípios do Direito público. A “fuga” ao Direito privado consiste na utilização pela Administração Pública de institutos típicos do Direito Privado para o cumprimento de funções administrativas, libertando-se das amarras normativas que são peculiares ao Direito Público, tudo no sentido de garantir maior agilidade à atuação administrativa e, dessa forma, cumprir com o princípio da eficácia. Historicamente, o instituto tem maior envolvimento após a Segunda Guerra Mundial, quando os Estados começaram a promover um ajuste fiscal por meio de cortes de serviços públicos que eram até então prestados. Como consequência, tarefas que eram realizadas pelo poder público passaram a ser realizadas pela iniciativa privada, gerando modificações em toda a estrutura do Direito Administrativo, que havia sido desenvolvido a partir da noção de serviço público, no século XIX. Essa mudança de perfil não foi, contudo, acompanhadas por mecanismos eficientes de fiscalização. [...] Convém esclarecer que nem toda atuação do Poder Público baseado no Direito Privado constitui o fenômeno da fuga do direito administrativo, porque ao Estado é garantida (e, por vezes, até determinada) a possibilidade de utilização do Direito Privado em determinadas hipóteses, sobretudo quando por meio de sua Administração Instrumental. Dito de outro modo: a utilização de regras de Direito Privado pela Administração Pública não ocasiona necessariamente, um desvio, porquanto, às vezes, permite-se-lhe tal situação. Cf. SOUSA, Guilherme C. *O direito privado na administração pública*: necessidade de utilização e reserva constitucional do direito administrativo à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, s.p.

¹⁸⁶ Cf. PORTUGAL. Código dos Contratos Públicos - CCP. [Em linha]. 2016. [Consultado 22 mar. 2018]. Disponível na World Wide Web: http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/base_docs/CCPTextoconsolidadojan2016.pdf.

Públicos portugueses, os poderes são, *ipso iure*, conferidos à Administração Pública, salvo restrição imposta por lei específica ou cláusula contratual.

No Brasil, o artigo 29^o¹⁸⁷, da Lei 8.987/95, dispõe que, cabe ao poder concedente: *I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação; II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais; III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei; IV - extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato; V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato; VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão; VII - zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações do usuário, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas; VIII - declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis; IX - declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis; X - estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente e conservação; XI - incentivar a competitividade; XII - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.*

Habitualmente, no que diz respeito aos contratos administrativos, tanto a doutrina brasileira quanto portuguesa defende que a Administração Pública possui as seguintes prerrogativas na execução dos contratos de concessão dos serviços públicos: a) faculdade de agir unilateralmente na alteração contratual; b) direcionar a execução do contrato e a gestão dos serviços públicos; c) fiscalizar de forma permanente; d) faculdade de aplicar sanções em caso de descumprimento do contrato; e) faculdade de intervir direta e unilateralmente na gestão da concessionária. Estes poderes revelam a posição privilegiada da Administração Pública frente ao concessionário, instaurada pela própria legislação, no âmbito contratual. Nessa vereda, a relação entre os contratantes se torna uma relação jurídica administrativa de

¹⁸⁷ Cf. BRASIL. Art. 29º, da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. [Em linha]. 1995. [Consultado 15 fevereiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11577681/artigo-29-da-lei-n-8987-de-13-de-fevereiro-de-1995>.

autoridade, composta por posicionamentos jurídicos ativos e passivos, determinados pela configuração jurídica administrativa do poder concedente¹⁸⁸.

Resta incontroverso o cerceamento legal do controle da eficiência, tanto no Direito brasileiro quanto português, visando essencialmente garantir o cumprimento do dever da Boa Administração na busca do interesse coletivo. Nesse sentido, o princípio vinculativo da eficiência no exercício e gestão da atividade pública, assim como o fundamento jurídico para a cessão de poderes de controle à Administração Pública no sistema de concessão de serviços, deve estar intrinsecamente relacionado ao interesse público¹⁸⁹, pois, de outro modo, se corre o risco de corromper a própria natureza da relação contratual estabelecida.

O interesse público, como princípio condutor da execução dos contratos de concessão das atividades públicas, exerce influência sobre o controle da eficiência no propósito de dirimir a lógica da persecução do lucro proveniente do setor privado, buscando assim, prevenir eventuais desvios da gestão privada. Desta forma, os poderes de controle da Administração Pública visam adequar a eficiência técnica à lógica do interesse público, pautando-se nos princípios de razoabilidade, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana, isonomia, entre outros.

Em favor do justo equilíbrio entre as partes envolvidas no regime de concessão, não se deve descuidar do comprometimento com o interesse da coletividade. Nesse sentido, a autonomia de gestão da empresa concessionária deve ser respeitada até certo limite, qual seja o interesse público, quando se torna legítima a atuação unilateral da Administração, no afã de corrigir as ações que contrariem os anseios coletivos, em outras palavras, o interesse público dá validade aos poderes e prerrogativas da Administração Pública no controle do contrato de concessão, demandando uma prestação eficiente dos serviços públicos.

Diante da busca pelo equilíbrio da relação jurídica do contrato de concessão de serviços públicos, quando do embate entre as decisões de gestão privada e o controle exercido pelo poder concedente, o sistema jurídico tentou definir alguns critérios de legitimação desse controle. Assim, o controle da eficiência – dada a sua pouca densidade jurídica enquanto princípio – deve ser efetivado dentro dos parâmetros previstos em lei e com base em critérios de juridicidade.

No caso concreto, para promover o adensamento do princípio da Eficiência, muitas vezes, recorre-se aos argumentos provenientes das ciências econômicas para dar

¹⁸⁸ Cf. GONÇALVES, Pedro C. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 175.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 239.

fundamento, por exemplo, a uma fiscalização ou intervenção na execução do contrato de concessão. Essas e outras ações de controle devem buscar respaldo em recursos técnicos lógicos, que informem, na prática, os resultados da gestão empregada pela empresa concessionária, tais como os Demonstrativos de Resultado do Exercício (DRE), Balanços Patrimoniais etc.

A falta de critérios objetivos de controle da Eficiência, tanto no sistema jurídico brasileiro, quanto português, tem sido um ponto crítico da ponderação sobre os atos administrativos executados no regime de concessão. O que eleva a possibilidade de concretizar juridicamente os critérios oriundos das ciências econômicas – tal qual ocorreu com o próprio conceito de eficiência, que foi incorporado ao sistema jurídico como princípio constitucional da Administração Pública – como mecanismo de garantia de maior segurança jurídica na justificativa das medidas de controle tomadas pelo poder concedente.

É inconteste a incapacidade legislativa de prever todas as situações possíveis dentro do contexto contratual de concessão dos serviços públicos, tendo clara a faculdade permitida ao concessionário de utilizar-se de uma margem de livre decisão na execução de suas atividades, além de certa flexibilidade normativa instituída em prol do melhor atendimento dos interesses públicos. Dessa forma, o que se espera da lei é tão somente o estabelecimento de limites e metas gerais de eficiência, que permitam construir uma fundamentação mais lógica e objetiva do uso dos poderes de controle administrativo da eficiência, evitando riscos de sujeição dos atos administrativos às influências políticas, e reforçando a segurança do vínculo contratual firmado com a Administração Pública.

Os poderes e prerrogativas de controle da Administração Pública, quanto à eficiência e demais princípios constitucionais, são considerados instrumentos legais de que se vale o poder concedente para assegurar o cumprimento da Boa Administração por parte do concessionário, sendo assim definidos:

- Poder de alteração contratual unilateral

Esse poder designa a prerrogativa da Administração Pública, tanto portuguesa, quanto brasileira, de impor unilateralmente, e quando for de interesse público, alterações no sistema de prestação de serviços regido pelo ente concessionário, inclusive no que tange ao conteúdo contemplado no contrato de concessão. Nesse caso, as modificações podem ser exigidas por aspectos técnicos de adaptação aos progressos tecnológicos ou procedimentais que se fazem necessários ao pleno atendimento dos interesses coletivos, com máxima eficiência,

celeridade e menores custos. Podem ser também motivadas por desafios econômico-financeiros, como o possível desencontro entre os valores inicialmente definidos para os custos de implementação dos serviços e os valores verificados quando da sua efetivação, em razão de terem sido subestimados no momento da outorga ou por sofrerem elevações decorrentes de eventos posteriores. É provável ainda em casos de inadequação político-social da concessão, ou seja, quando o modelo ou a remuneração acordada entre as partes não é compatível com os interesses dos usuários¹⁹⁰.

A sujeição dos particulares ao poder de alteração unilateral exercido pela Administração Pública baseia-se na ideia de que o contrato de concessão representa a celebração de um compromisso de colaboração entre a iniciativa privada e o poder estatal, no sentido de garantir o atendimento do interesse público. O uso dessa prerrogativa, portanto, se justifica na busca pela eficiência na prestação dos serviços públicos, ensejada por modificações, por exemplo, no modelo de prestação dos serviços e nos requisitos técnicos e jurídicos de realização das atividades. Dessa forma, a alteração unilateral deve equilibrar as exigências abarcadas pelo interesse público, pelas cláusulas do contrato de concessão e pelo princípio do equilíbrio da equação financeira do contrato¹⁹¹. Nesse diapasão, somente um serviço prestado com inovação, qualidade e eficiência poderá fazer cumprir os desígnios precípuos do Estado de garantir o bem-estar e a qualidade de vida de todos os cidadãos, consoante disposto no artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal brasileira de 1988 e artigo 9º, letra c, da Constituição da República Portuguesa de 1976.

- Poder de direção sobre o modo de execução do contrato de concessão e gestão dos serviços públicos

A doutrina tem favorecido o entendimento de que cabe à Administração Pública, além de verificar se a execução das prestações de serviço tem seguido as determinações normativas e contratuais estabelecidas no regime de concessão, a faculdade de conduzir o concessionário diante das responsabilidades assumidas, ordenando e instruindo-o sobre os procedimentos adequados à execução do contrato, de modo a garantir maior assertividade e eficácia na prestação dos serviços. Faculta ainda, ao poder concedente, participar da tomada de decisões alusivas à gestão das atividades desempenhadas pelo concessionário, e também intervir em matérias que impactem diretamente na prestação dos serviços públicos. Convém

¹⁹⁰ Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.

¹⁹¹ *Ibidem*.

pôr em relevo que esse poder de direção pode tanto ser ampliado quanto restringido pelas cláusulas do contrato¹⁹².

De acordo com o artigo 304º do Código dos Contratos Públicos português: *1) O contraente público dispõe do poder de direção do modo de execução das prestações do cocontratante no que respeita a matérias necessárias à execução do contrato carentes de regulamentação ou insuficientemente reguladas de forma a impedir que o contrato seja executado de modo inconveniente ou inoportuno para o interesse público, sem prejuízo do disposto no nº 2 do artigo anterior¹⁹³ e, designadamente, da reserva de autonomia técnica ou de gestão do cocontratante que se encontre assegurada no contrato ou que decorra do tipo contratual aplicável ou, ainda, dos usos sociais. 2) Para além das ações tipificadas no contrato, a direção pelo contraente público consiste na emissão de ordens, Diretivas ou instruções sobre o sentido das escolhas necessárias nos domínios da execução técnica, financeira ou jurídica das prestações contratuais, consoante o contrato em causa. 3) As ordens, Diretivas ou instruções devem ser emitidas por escrito ou, quando as circunstâncias impuserem a forma oral, reduzidas a escrito e notificadas ao cocontratante no prazo de 5 dias, salvo justo impedimento¹⁹⁴.*

A prerrogativa de direção do poder concedente engloba a competência de orientação sobre a prestação dos serviços, consubstanciada por meio da definição de objetivos e metas de eficiência a ser atingidas pelo concessionário a fim de atender ao interesse público da coletividade para a qual o serviço é destinado. Em razão da autonomia de gestão que lhe é concedida, a concessionária possui a faculdade de escolha sobre as ferramentas e meios adequados para chegar aos propósitos então estipulados pelo poder concedente, respondendo equitativamente pelos resultados alcançados mediante essas decisões¹⁹⁵. Convém ressaltar que o fato de o exercício do poder de direção não comprometer a autonomia de gestão do concessionário não sugere a impossibilidade de, em determinados casos, a Administração Pública proferir ordens, instruções e diretivas voltadas aos atos gerenciais, quando estes forem de encontro ao interesse público.

- Poder de fiscalização

¹⁹² Cf. ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Ed. Almedina, 2003.

¹⁹³ Artigo 303º - 2) O exercício dos poderes de direção e fiscalização deve salvaguardar a autonomia do cocontratante, limitando-se ao estritamente necessário à prossecução do interesse público, e processando-se de modo a não perturbar a execução do contrato, com observância das regras legais ou contratuais aplicáveis e sem diminuir a iniciativa e correlativa responsabilidade do cocontratante. Cf. PORTUGAL. *Código dos Contratos Públicos - CCP*. [Em linha]. 2016, p. 182. [Consultado 22 mar. 2018]. Disponível na World Wide Web: http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/base_docs/CCPTextoconsolidadojan2016.pdf.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ Cf. GONÇALVES, Pedro C. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999.

O dever-poder¹⁹⁶ de fiscalização é a ferramenta de que dispõe o Estado para garantir que a prestação dos serviços não fuja aos interesses coletivos e à busca pela máxima satisfação dos usuários, estando o poder concedente obrigado a acompanhar, de forma constante e permanente, as atividades desenvolvidas pelo concessionário, intervindo sempre que se fizer necessário ao interesse dos administrados. Esta prerrogativa pode estar prevista em lei ou no próprio contrato, sendo, neste último caso, definida a partir dos instrumentos fiscalizatórios legalmente conferidos ao poder concedente para tal função. O artigo 29, Inciso I, da Lei 8.987/95, deixa claros os já mencionados encargos de fiscalização do poder público, reiterando, no artigo 30 da mesma lei, que, *No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária*¹⁹⁷.

O artigo 305º do Código de Contratos Públicos português, nº 1, informa que *O contraente público dispõe dos poderes de fiscalização técnica, financeira e jurídica do modo de execução do contrato por forma a poder determinar as necessárias correções e aplicar as devidas sanções*¹⁹⁸. O controle técnico recai sobre o cumprimento do contrato no que concerne à gestão dos serviços; o controle financeiro pesa sobre a solvabilidade da concessionária; e o controle judiciário incide sobre o cumprimento dos deveres da empresa concessionária perante os usuários e sobre alguns atos realizados ao longo da efetuação do contrato. Além de operar um controle geral, a fiscalização presume a apreciação do desempenho da gestão e das reclamações prestadas pelos usuários dos serviços.

Importa destacar, com pertinente vigor, que o uso do poder de fiscalização deve justificar-se pela restrita necessidade de salvaguardar o interesse público, pois, fora desse propósito, corre-se o risco de incorrer em abuso de poder, comprometendo a segurança jurídica. *É inconstitucional o Estado exercitar suas prerrogativas por meio da invocação do argumento isolado de superioridade do interesse público. Todos os poderes exorbitantes, reconhecidos ao Estado, são instrumentais da realização concreta do interesse público. Por isso, quando o estado invoca tais poderes, deverá demonstrar, concretamente o interesse público que pretende realizar e a adequação do ato praticado para consecução desse objetivo*¹⁹⁹. Caso o ente concessionário perceba-se vítima de desvios da conduta legal por

¹⁹⁶ Além de ser uma exigência contratual, a fiscalização é um compromisso do poder concedente determinado por lei, não se tratando, portanto, de um ato discricionário, mas de uma imposição legal. Cf. JUSTEN, Marçal, F. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13ª ed. São Paulo: Ed. Dialética, 2009, p. 655.

¹⁹⁷ Cf. BRASIL. *Art. 29 e 30 da Lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995*. [Em linha]. 1995, p. 10. [Consultado 28 fevereiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-8987-13-fevereiro-1995-349810-normaatuizada-pl.pdf>.

¹⁹⁸ Cf. PORTUGAL. *Código dos Contratos Públicos - CCP*. [Em linha]. 2016, p. 182. [Consultado 22 mar. 2018]. Disponível na World Wide Web: http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/base_docs/CCPTextoconsolidadojan2016.pdf.

¹⁹⁹ Cf. JUSTEN, Marçal, F. *Ob. cit.*, p. 170.

parte do poder concedente, poderá recorrer judicialmente, opondo-se à fiscalização, baseado no seu direito à liberdade de empresa e de dirigir seu negócio sem coerções antijurídicas.

Nesse entendimento, o poder de fiscalização deve ser utilizado com máxima prudência, observando sempre os princípios constitucionais da Administração Pública, de modo a proteger os interesses coletivos e garantir a satisfação dos beneficiários dos serviços.

- Poder de aplicar sanções

Cabe ao poder concedente aplicar sanções quando ocorrerem, por parte da empresa concessionária, faltas relativas ao cumprimento do contrato de concessão, como atrasos, prestações ineficientes ou a própria não execução do contrato. A falta de eficiência constitui um agravo parcial ao cumprimento do contrato de concessão, considerando que um serviço prestado de modo incongruente vai de encontro à finalidade do documento, enquanto instrumento jurídico de enlace de uma atividade regida pelo interesse público.

Em princípio, a Administração Pública deve estabelecer metas e objetivos a ser alcançados pela empresa concessionária, que, caso não sejam concretizados, podem levar à aplicação de sanções previstas em contrato. Compreende-se que o que está em pauta não é a ocorrência de um prejuízo ao erário, motivo pelo qual o poder de sancionar não tem a incumbência de ressarcir prejuízos decorrentes do descumprimento das cláusulas contratuais ou ineficiência da prestação, o que se põe em causa é a continuidade dos serviços, ou seja, o atendimento do interesse público. Desta forma, o poder de aplicar sanções visa corrigir transgressões realizadas pelo concessionário, na medida em que isso é demandado pela atividade e pelo interesse dos administrados e usuários dos serviços²⁰⁰.

Pode-se dizer que a natureza do ato sancionatório como mecanismo de controle da eficiência é muito mais um instrumento coercitivo que propriamente punitivo, e encontra respaldo no entendimento de que o contrato deve ser efetivado da melhor forma possível, pois apenas desta maneira será viável atingir os resultados satisfatórios ao interesse público. Nesse diapasão, o contrato só será de fato cumprido com eficiência se o controle exercido por meio do poder sancionatório incidir sobre o concessionário sempre que este não atender às exigências contratuais referentes às melhorias técnicas delineadas pelo poder concedente, por exemplo, e às metas e objetivos a ser alcançados na prestação dos serviços²⁰¹.

²⁰⁰ Cf. GONÇALVES, Pedro C. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999.

²⁰¹ Cf. LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de Droit Administratif*. Tome I, 11^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence -LGDJ, 1990.

No Brasil, a falta de previsão expressa na legislação de concessões sobre possíveis sanções necessárias ao controle suficiente do desempenho das empresas concessionárias, costuma gerar alguns conflitos jurídico-administrativos na relação entre as partes contratantes. Tal circunstância leva à ponderação sobre duas hipóteses: ou se sobreleva a tese de viabilidade de previsão em contrato, ou de respeito ao princípio da legalidade, o que exige que cada ente federativo elabore legislação específica sobre a matéria em causa, impondo punições próprias, sob pena de a Administração Pública ser impedida de aplicar as sanções cabíveis ao descumprimento total ou parcial do contrato. No Brasil, as sanções mais comuns são as multas pecuniárias, seguidas das suspensões, advertências e a intervenção, esta última tanto é considerada um tipo de sanção como um poder à parte da Administração Pública. Em Portugal, são aplicadas, além das multas pecuniárias, o sequestro e a substituição do concessionário por um terceiro²⁰².

- Poder de intervenção

A intervenção é uma prerrogativa concedida ao poder público por meio do artigo 32 e seguintes da Lei 8.987/95, que lhe faculta assumir temporariamente, em situações excepcionais, uma parte das responsabilidades de gestão da concessionária, *com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes. [...] far-se-á por decreto do poder concedente, que conterà a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida*²⁰³. Exauridas as razões para a determinação do ato, cessa-se a intervenção, caso contrário, resguardados os direitos de ampla defesa, dá-se início ao processo de extinção do contrato de concessão²⁰⁴.

²⁰² Cf. JUSTEN, Marçal, Fº. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13ª ed. São Paulo: Ed. Dialética, 2009.

²⁰³ Cf. BRASIL. *Artigo 32 da Lei 8.987 de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. [Em linha]. 1995, s. p. [Consultado 11 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11576594/artigo-32-da-lei-n-8987-de-13-de-fevereiro-de-1995>.

²⁰⁴ Cf. *EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE C/C PERDAS E DANOS. PERMISSÃO POR CADUCIDADE. ALEGAÇÃO DE QUE O PROCESSO ADMINISTRATIVO FOI EIVADO POR UMA SÉRIE VÍCIOS E DEVE SER ANULADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. INCONFORMISMO DOS RÉUS. INEXISTÊNCIA DE PRORROGAÇÃO DA INTERVENÇÃO. No que pese a imperfeição da redação do Decreto nº 327/2010, observa-se que ele é cristalino quanto aos seus objetivos, a saber, extinguir a permissão por caducidade, nos termos do art. 35, inciso III, da Lei 8.987/95, e em seguida requisitar os bens da antiga permissionária de modo a possibilitar a continuidade do serviço público. Observância do art. 33, caput § 2º da Lei nº 8.987/95. As razões atinentes ao suposto baralhamento dos institutos da extinção da permissão, intervenção e requisição não merecem acolhimento, pois houve aplicação sucessiva dos referidos institutos, e não simultânea, com o objetivo expresso de garantir a manutenção do transporte público coletivo, não se verificando qualquer ilegalidade. A requisição administrativa dos bens da empresa apelada, com escopo no art. 5º, inciso XXV, da Constituição Federal, se justifica pela imperiosa necessidade de manter as linhas de ônibus funcionando, derivada do Princípio da Continuidade do Serviço Público. Confisco não configurado. Não há que se falar em falta de fundamentação adequada do decreto, mas tão somente em acolhimento de entendimento contrário às pretensões dos recorrentes. Supostas violações aos princípios do contraditório e da ampla defesa que não restaram comprovadas. Não lhes assiste razão quanto à suposta irregularidade da extinção por caducidade, na medida em que o artigo 38, § 1º, incisos I e IV da Lei nº 8.987/95 preveem expressamente a declaração de caducidade pelo poder concedente quando o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou a concessionária perder as condições econômicas para manter a adequada prestação do serviço concedido, situações amplamente comprovadas no bojo dos autos. Tampouco merece prosperar o argumento acerca da inexistência de notificações informando sobre as irregularidades e concedendo prazo para regularizá-las, pois existe robusto lastro probatório em sentido contrário, destacando-se que*

Ocorre que, diante do alargamento do uso da delegação de atividades públicas ao setor privado, e da exigência crescente de um controle mais efetivo da eficiência nas prestações realizadas pelas empresas concessionárias, o Estado se viu diante da necessidade de descentralizar o controle administrativo sobre o regime de concessão de serviços públicos, especialmente das prestações essenciais, como meio de resguardar os interesses coletivos e garantir o bem-estar social.

4.2 O controle administrativo da eficiência no regime de concessão dos serviços públicos por meio da implementação das Agências Reguladoras

Como anteriormente mencionado, o processo de descentralização das responsabilidades exclusivas do Estado fez despontar a exigibilidade pela eficiência na prestação dos serviços públicos. O Estado pós-social, a fim de atender às novas demandas da sociedade, buscou abster-se da maioria das suas incumbências típicas, transferindo-as para a iniciativa privada, e assumindo tão somente o papel de controle e fomento. Assim, dá-se início ao Estado gerencial e regulador da atividade pública, no qual a regulação passa a ser um instrumento crucial de efetivação da eficiência e da introdução da qualidade como incremento imperioso na prestação dos serviços públicos.

Por serem encargos essenciais ao bem-estar comum, o Estado teve que criar mecanismos para assegurar a legitimidade e eficiência das relações contratuais de concessão de serviços públicos. Desse modo, foram erigidas as Agências Reguladoras, institutos que detêm função gerencial, técnica e de controle sobre a relação entre os agentes regulados (poder público, iniciativa privada e os usuários dos serviços). É também a única entidade capaz de delimitar a intervenção do Estado junto ao setor privado, impondo normas de conduta voltadas à persecução do interesse coletivo²⁰⁵.

apenas o documento de fls. 2315 lista o encaminhamento de 39 ofícios distintos. Inobservância do disposto no art. 333, inciso I, do CPC. Intervenção regular, tendo por objetivo proporcionar a adequação na prestação do serviço de transporte coletivo, nos termos dos arts. 6º, 29, III, 31, 32 e 33, caput e § 2º, da Lei nº 8.987/95. Remuneração do interventor que se afigura legítima. Na ausência de norma específica a disciplinar a matéria, deve-se recorrer à analogia (art. 4º da LINDB) com outras espécies de administração de patrimônio privado por terceiro. Nestas hipóteses, a remuneração provém dos cofres da própria entidade administrada, por se beneficiar diretamente do trabalho da mesma, objeto de embargos infringentes em tramitação, não se podendo falar em coisa julgada. Inexistência de violação à coisa julgada material, por força de acordo em outro feito. As possíveis perdas e danos mencionados pelo juízo a quo e pelo membro do Parquet a serem apuradas em processo autônomo dizem respeito a prejuízos decorrentes da eventual má administração do interventor nomeado pelo réu, pedido este que não foi formulado na presente demanda. Aplicabilidade do Princípio da Adstrição. Inteligência dos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil. Precedentes. Recurso a que se nega provimento. Cf. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RJ - APL: 00635075220108190042 RIO DE JANEIRO PETROPOLIS 4 VARA CIVEL, Relator: Carlos José Martins Gomes, Data de Julgamento: 15 agosto 2017, Décima Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: 25 agosto 2017.

²⁰⁵ Cf. PEREIRA, Paula Silva. As concessões de serviços públicos e as Agências Reguladoras. In: *Série Aperfeiçoamento de Magistrados*, vol. 1. Fórum Brasileiro sobre as Agências Reguladoras, 7, Rio de Janeiro, 2011.

A implementação das Agências Reguladoras, além de refletir a redução da intervenção direta do Estado no âmbito econômico, exprime uma significativa descentralização dos poderes de regulação e controle sobre as empresas privadas prestadoras de serviços públicos sob o regime de concessão. Em Portugal, essas Agências são representadas por entidades públicas independentes, enquanto, no Brasil, se apresentam como entidades pertencentes à Administração Pública indireta, denominadas pela doutrina como Autarquias Especiais. Todavia vale ressaltar que, apesar dessa qualificação, cada legislação que dá origem a uma Agência Reguladora pode estatuir determinado grau de emancipação em relação ao poder Executivo, acima das clássicas autarquias institucionais configuradas no Direito Administrativo brasileiro. Isto significa dizer que é possível verificar níveis de autonomia financeira e liberdade administrativa bem maior do que se observa nas tradicionais autarquias institucionais, além da notável falta de subordinação hierárquica que as caracteriza²⁰⁶.

4.2.1 O processo histórico de implementação das Agências Reguladoras

Historicamente, o país pioneiro na criação de instituições similares ao modelo atualmente adotado como Agência Reguladora, foram os Estados Unidos da América, no início do século XIX, por ocasião da elaboração da *Interstate Commerce Act*²⁰⁷ (Lei do Comércio Interestadual) de 1887, que foi um marco da gestão pública norte-americana²⁰⁸. A grande aceitação da população, motivada pela crescente desconfiança na capacidade de atendimento das demandas sociais pelo poder público, fez com que essa e outras experiências similares na instituição das *Independent Regulatory Commissions* viessem a se propagar positivamente pelo mundo, com fulcro na ideologia de que a economia deveria desenvolver-se a partir das regras do próprio mercado e não da intervenção estatal, e ainda na concepção de que, sem a tradicional tensão entre os poderes executivo e legislativo, as Agências poderiam promover maior celeridade, especialização e flexibilidade ao desempenho das concessionárias, favorecendo a participação dos interessados e a eficiência nas tomadas de decisões pertinentes à matéria²⁰⁹.

Impende destacar, no que tange às Agências Reguladoras independentes dos Estados Unidos, a criação, em 1946, de um instrumento de regulação das próprias Agências,

²⁰⁶ Cf. MELLO, Celso A. B. *Curso de direito administrativo*. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

²⁰⁷ Foi o primeiro projeto aprovado pelo Congresso norte-americano que sujeitou um setor específico da economia à regulamentação do governo federal. Cf. STEPHERSON, Andrea. *Interstate Commerce Act of 1887: definition & passage*. [online]. [Accessed 21 february 2018]. Available from World Wide Web: <https://study.com/academy/lesson/interstate-commerce-act-of-1887-definition-passage.html>.

²⁰⁸ A *Interstate Commerce Act* foi direcionada inicialmente ao setor ferroviário, no intuito de coibir discriminações e abusos nas práticas das companhias que exerciam a atividade, criando regras, executando-as e regulando o setor. A extensão da função desses institutos ia de encontro ao paradigma da separação dos poderes, pois exerciam simultaneamente os poderes legislativo, executivo e judiciário.

²⁰⁹ Cf. PÁSSARO, Michele. *Le Amministrazione Indipendenti*. Torino: Ed. Giappichelle, 1996.

denominado *Administrative Procedure Act* (APA), o qual estabeleceu parâmetros de atuação voltados à garantia da uniformidade da máquina administrativa norte-americana, estimulando, ademais, a participação dos entes sujeitos às decisões das entidades reguladoras. O APA tornou-se responsável pela previsão e revisão jurisdicional da competência normativa e executiva das Agências, enquanto o Congresso fiscaliza a sua atuação, tendo em vista ser o único instituto com poderes para criá-las e estruturá-las, instituir seu orçamento, fiscalizar e controlar suas atividades por meio da aprovação de leis condicionadoras do seu desempenho no exercício das funções que lhes foram confiadas²¹⁰.

O modelo de regulação norte-americano acabou influenciando diversos países da Europa, refletindo de forma especial no Direito Administrativo francês. O processo de estatização da Europa pós Segunda Guerra foi um dos grandes empecilhos à adoção das Agências Reguladoras, somente vencido na década de 1980, a partir dos movimentos de descentralização e privatização dos setores econômicos. Na França, as Agências Reguladoras eram denominadas de Autoridades Administrativas Independentes, e desempenhavam função decisória e regulamentar. Contudo, essas entidades careciam de personalidade jurídica, devido à dependência orçamentária dos ministérios a que estavam interligadas, o que não representava um bloqueio da sua autonomia por completo. Importa aduzir que as Autoridades francesas não se restringiam à regulação dos setores econômicos ou às prestações de serviço sob o regime de concessão, englobavam também a responsabilidade sobre a proteção dos direitos fundamentais e dos cidadãos, quando estes entravam em divergências com a Administração Pública²¹¹.

Em Portugal, o modelo das Agências Reguladoras foi implementado através da União Europeia, o que se mostrou contraditório, tanto em relação à ideologia autoritária e intervencionista, quanto à organização econômica do Estado. Até então, a intervenção na economia era feita diretamente pelo poder executivo, sendo os poderes legislativo e judiciário apenas recursos assessórios. O modelo de Agências Reguladoras encontrou uma grande barreira de entrada, enleivada de vícios culturais, dos quais se destacam: a tendência à governamentalização, prevalência da falta de transparência e de opacidade, além de um sistema judiciário ineficiente e desqualificado para lidar com os desafios de regulação econômica. Desta forma, o transplante se mostrava complexo e destinado ao fracasso²¹².

²¹⁰ Cf. CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

²¹¹ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

²¹² Cf. GAROUPA, Nuno. *O Estado regulador português style*. [Em linha]. 2016. [Consultado 22 março 2018]. Disponível em: <https://eco.pt/opiniaao/o-estado-regulador-portuguese-style/>.

Assim, o processo de desenvolvimento das Agências Reguladoras em Portugal dividiu-se em quatro fases. A primeira delas estendeu-se até 2005, e caracterizou-se pela coexistência de antigas autoridades governamentalizadas, com resquícios da cultura dependente da Administração Pública, como o Banco de Portugal e a Comissão de Mercado de Valores Mobiliários - CMVM, com as novas autoridades criadas sob a orientação da União Europeia, tais como a Autoridade Nacional de Comunicações - ANACOM, a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos - ERSE e a Autoridade da Concorrência - AC. O contraste entre a independência das novas autoridades e o tradicionalismo governamentalista das antigas foi um sintoma natural do processo. Na segunda fase, desenvolvida entre 2005 e 2011, houve uma intensa propensão do Governo à fuga dos interesses propostos pela União Europeia, voltando-se para o modelo de Estado intervencionista, o que resultou no arrefecimento da atuação das Agências Reguladoras. Na época, os agentes técnicos de várias autoridades foram substituídos por agentes políticos, e, aos poucos, a Autoridade da Concorrência, a ERSE e a ANACOM abraçaram os ideais governamentalistas, em claro agravo ao regime regulatório dos mercados. O período foi marcado pelo fenômeno da *Revolving Door*, evidenciado pela crescente licenciosidade entre as sociedades de advogados de Lisboa e as Agências Reguladoras, além da incidência de vários casos de Captura das autoridades reguladoras pelos interesses econômicos, v.g. investigação sobre o conserto das gasoleiras (Autoridade da Concorrência) e a investigação sobre os custos e proveitos do serviço de Televisão Digital Terrestre - TDT (ANACOM)²¹³.

A terceira fase, que se estendeu de 2011 a 2015, foi apenas uma continuidade da inclinação anterior. O Primeiro Ministro Passos Coelho, assim que assumiu o governo, em 2011, nomeou o vice-governador do Banco de Portugal como *chairman* da Caixa Geral de Depósitos, o que configurou uma evidente violação às boas práticas regulatórias. O processo de partidarização das Agências reguladoras se intensificou, com a divisão de cargos entre partidos políticos. Também foram nomeados jovens quadros para diversas autoridades, o que violava a regra da prudência, posto que esses jovens, ao privilegiar a ascensão profissional, postura natural da idade, poderiam se envolver em conflitos de interesses no exercício das suas funções. Nem mesmo a imposição da *troika*, em 2013, para a criação da Lei Quadros dos Reguladores, que visava reverter a crise no modelo de Agências Reguladoras de Portugal, por meio do princípio da não recondução do regulador como

²¹³ Cf. GAROUPA, Nuno. *Ob. cit.*

instrumento de reforço à independência das autoridades, teve qualquer resultado prático efetivo. A quarta fase, que se estende de 2016 aos dias atuais, não demonstra, até o momento, nenhuma revolução no cenário desastroso que se encontra o modelo de Agências Reguladoras, evidenciado pelos recentes fracassos da Caixa Geral de Depósitos e dos mercados financeiros²¹⁴.

Diante do exposto, resta incontroverso concluir que as Agências Reguladoras não encontraram terreno fértil em terras portuguesas, devido à forte cultura intervencionista do Estado, em que se privilegia a fidelização pessoal ou partidária dos cargos públicos em prejuízo da competência técnica, do mérito profissional e da independência.

No Brasil, o conceito de regulação independente teve início a partir da crise do Estado pluralista contemporâneo e a incapacidade de reter a crescente politização das estruturas da Administração Pública, o que gerou altos níveis de insatisfação popular decorrentes da desconfiança sobre a imparcialidade do Estado em relação às pressões impostas por grupos de interesses político-partidários. A preocupação recaiu especialmente sobre os setores que mais impactavam na opinião popular, notadamente de serviços públicos, por terem a sua fiscalização e controle exercidos por organismos mais suscetíveis às coerções políticas, o que irremediavelmente se manifestava no arrefecimento das ações de controle, que deveriam ser mais incisivas²¹⁵.

Com o advento da Lei das Concessões (Lei 8.987/95), os usuários dos serviços públicos passaram a ter assegurados os direitos *de obter informações, tanto do poder concedente quanto da empresa concessionária, imprescindíveis à defesa dos seus interesses individuais e coletivos, e de denunciar os desvios de conduta desses agentes, caso identificados, além do direito de criar comissões e conselhos para fiscalizar a prestação dos serviços delegados*²¹⁶. Nesse sentido, a criação das Agências Reguladoras veio ao encontro dos anseios da coletividade, que passou a depositar a confiança, outrora perdida na atuação do Estado, nesses novos instrumentos de garantia do bem comum.

Seguindo essa esteira, pode-se inferir que a ideologia baseada na delegação dos poderes de controle e regulação – seja por meio de entidades independentes, v.g. os modelos implementados nos Estados Unidos e Portugal, seja por meio de autarquias integrantes da Administração Pública indireta – reflete a busca pelo aumento de eficiência dessas

²¹⁴ Ibidem.

²¹⁵ Cf. ORTEGA, Ricardo R. *El Estado vigilante*. Madrid: Ed. Tecnos, 2000, p. 143-207.

²¹⁶ Cf. PEREIRA, Paula Silva. As concessões de serviços públicos e as Agências Reguladoras. In: *Série Aperfeiçoamento de Magistrados*, vol. 1. Fórum Brasileiro sobre as Agências Reguladoras, 7, Rio de Janeiro, 2011., p. 53.

atividades até então privativas do Estado, em particular, aquelas direcionadas aos serviços públicos, que são os setores que impactam mais diretamente na vida dos usuários. Assim, o Estado passa a desempenhar não mais o papel de comando direto sobre os agentes econômicos e sociais, mas de definição das regras da relação a ser estabelecida entre eles, como também de controle e fiscalização do cumprimento das mesmas.

Atualmente, no Brasil, existem as seguintes Agências Reguladoras federais: Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL (Lei 2.335/97), Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL (Lei 9.472/97), Agência Nacional de Petróleo, Gás natural e Biocombustível - ANP (Decreto 2.455/98), Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA (Lei 9.782/99), Agência Nacional de Águas - ANA (Lei 9.984/2000), e Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS (Lei 9.961/2000), Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ (Lei 10.233/2001), Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT (Lei 10.233/2001) e Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC (Lei 11.182/2005). A maioria das leis que criou essas autarquias deixa explícitas as características de autonomia administrativa e financeira, e inexistência de subordinação hierárquica.

Consoante enfatizado em diversas passagens desta dissertação, os dogmas instituídos na reforma da Administração Pública que desembocou no modelo gerencial – em que um dos pilares é a introdução dos conceitos de qualidade e eficiência na prestação dos serviços públicos – se refletiram na desvinculação da obrigação estatal de execução direta sobre os serviços públicos essenciais, e consequente delegação dessas incumbências ao setor privado; mesma lógica que deu ensejo à criação das Agências Reguladoras, organismos que passaram a exercer os poderes de controle antes reservados ao Poder Público. A transferência dessas prerrogativas visa justamente proporcionar maior eficiência à prestação dos serviços, principalmente aqueles sob o regime de concessão, em que pesa o risco das influências político-partidárias.

Nessa perspectiva, intenta-se, sobretudo, viabilizar o equilíbrio justo entre os interesses dos regulados, a fim de salvaguardar o bem-estar da coletividade; considerando que os serviços públicos constituem o atendimento de alguns dos mais significativos direitos e garantias individuais. Sabe-se, todavia, que, em determinadas circunstâncias, atender aos anseios sociais entra em conflito com os interesses do agente privado, o que impõe a necessária ponderação valorativa livre de quaisquer influências oportunistas de poderes paralelos, a fim de garantir a objetividade, imparcialidade e assertividade do sistema de controle e fiscalização da prestação dos serviços outorgados aos particulares.

4.2.2 As Agências Reguladoras e seus poderes administrativos, normativos e jurídicos

As Agências Reguladoras, por lei específica, são dotadas de ostensivos poderes de investigação, regulação e fiscalização, além da faculdade de oferecer consultas e aplicar sanções. Todavia, cada lei que estatui uma Agência tem liberdade sobre a definição dessas prerrogativas, podendo ampliá-las, alterná-las ou até criar novas, tais como o poder de atuar juridicamente na solução de conflitos entre os regulados.

No que tange ao poder regulatório, este representa uma evolução das ferramentas de controle estatal, o qual visa essencialmente fomentar, coibir ou determinar práticas e condutas relativas a mercados que, por sua própria natureza, demandam a intervenção do Estado. Nesse aspecto, a regulação pode se apresentar sob três perspectivas, dependendo da sua finalidade, podendo ser econômica, social ou administrativa. A regulação econômica diz respeito à estruturação institucional dos componentes da dinâmica econômica: empresas, mercados, agentes financeiros. Seu desígnio é facilitar, delimitar ou impulsionar a fluidez e as trocas de mercado, por meio de políticas de tarifação, normas de conduta na entrada e saída do mercado e fornecimento de serviços públicos regidos por ideais de confiabilidade. A regulação social, por sua vez, destina-se ao controle do fornecimento dos bens públicos e da defesa dos interesses públicos, estabelecendo parâmetros para a educação, saúde, segurança, entre outros direitos essenciais, e os mecanismos universais de atendimento dessas necessidades. Já a regulação administrativa, corresponde à intervenção nos trâmites administrativos e sistemáticos adotados na relação com os administrados, em outras palavras, concretiza-se na própria execução do seu poder regulamentar²¹⁷.

As intervenções de natureza econômica tradicionalmente se justificam pela pretensão de maximizar a eficiência das relações de mercado, caracterizadas pela incidência de concentração de poder econômico (monopólios ou oligopólios) ou de barreiras de entrada muito ostensivas, por exemplo. Essa modalidade de regulação também se faz pertinente em razão das falhas de mercado decorrentes de influências externas e crises cíclicas, de discrepâncias de poder entre os agentes econômicos, processos tortuosos de transição para novos regimes de mercado, além de insuficiência na provisão dos bens públicos. Todas essas circunstâncias demandam intervenção de mecanismos regulatórios, que propiciem resultados eficientes na interação entre fornecedores e consumidores de bens e serviços, a partir da oferta de níveis de qualidade, preço e quantidade satisfatórios. Frisa-se ainda que a regulação econômica não se faz presente apenas nas etapas que antecedem a formação de

²¹⁷ Nesse sentido, Cf. ORTEGA, Ricardo R. *El Estado vigilante. El Estado vigilante*. Madrid: Ed. Tecnos, 2000, p. 143-207.

cenários ideais de concorrência, a sua atuação também abrange a simulação de novos mercados, no intuito de reduzir possíveis deficiências e estimular a concorrência, de modo a contribuir para o desenvolvimento econômico da região em que incide²¹⁸.

No desenvolvimento de suas funções, resta indubitável que as Agências devem considerar os princípios constitucionais que regem a atividade administrativa, de modo a atingir o interesse público a partir de um desempenho eficiente, sendo necessário para tal, dentre outros requisitos, maior independência e a disponibilidade de uma estrutura capaz de reter intercessões externas, como interesses políticos de componentes da Administração direta e de grupos econômicos pertencentes à atividade sob regulação. Configuração esta que permite aos seus dirigentes tomar decisões de forma imparcial, a partir dos seus próprios objetivos e instrumentos, assim como dos recursos materiais e humanos de regulação disponíveis.

Nesse sentido, oportuna é a transcrição dos critérios que sustentam a independência das Agências mais comumente enleivados na doutrina, quais sejam: 1) a estabilidade dos seus dirigentes, apenas revogada em caso de falta grave comprovada mediante devido processo legal; 2) o mandato fixo; 3) a indicação de diretores com lastro político; 4) ausência de revisão dos seus atos por instância superior hierárquica, salvo por mecanismo judicial; 5) inexistência de vínculo com qualquer instância governamental; 6) manutenção financeira decorrente de fontes próprias, usualmente geradas por meio do exercício da respectiva atividade regulatória²¹⁹.

Torna-se pertinente avultar que o modelo de regulação depende do sistema de governo que o institui, todavia, é precípua levar em consideração o setor a ser regulado, os princípios de autonomia, e especialmente o interesse público, buscando sempre equilibrar os anseios da coletividade e dos prestadores de serviços.

Apesar das benesses supracitadas decorrentes da atuação das instituições reguladoras, algumas críticas foram levantadas sobre o modelo, tais como a teoria da “captura”²²⁰ dos mecanismos regulatórios pelos agentes regulados. No que diz respeito à extensão dos poderes atribuídos às Agências Reguladoras, a autonomia que lhes é conferida diante das esferas executiva, legislativa e judiciária viceja muitas controvérsias na doutrina.

²¹⁸ Cf. ORTEGA, Ricardo R. *Ob. cit.*

²¹⁹ Cf. BUCHEB, José Alberto. *Autonomia das agências reguladoras*. [Em linha]. 2004. [Consultado 28 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI3508,51045-A+autonomia+das+agencias+reguladoras>.

²²⁰ Teoria que informa a possibilidade de as Agências Reguladoras desviarem o foco do interesse público devido às *influências externas de particulares (captura econômica) e do próprio poder público (captura política)*. Cf. ALVES, Renato José R. *O modelo regulatório do Brasil e a teoria da captura: desafios para a independência das Agências Reguladoras*. [Em linha]. 2015, s.p. [Consultado 22 fevereiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://jus.com.br/artigos/40743/o-modelo-regulatorio-do-brasil-e-a-teoria-da-captura>.

sociedade e não do Poder Executivo, caso contrário, restaria infundado o mecanismo de escalonamento.

Faz-se pertinente esclarecer, diante da ausência de supervisão hierárquica de que gozam as Agências Reguladoras, a diferença entre hierarquia e tutela, sendo esta primeira relativa ao vínculo de autoridade que classifica uma gestão permanente e contínua sobre o conjunto de atividades dos órgãos e agentes alocados em escala inferior, enquanto esta última engloba *os atos previstos em lei e emerge nos casos e hipóteses nela prefigurados*. Dessa forma, verifica-se que, em um regime autárquico, não existe vínculo de submissão com a estrutura da Administração Pública central, mas um controle e tutela sobre as áreas a que a lei determina²²⁴.

Com fulcro nos argumentos levantados, pode-se inferir que as leis instituidoras das Agências Reguladoras formalizaram instrumentos de seguridade da sua independência, dotando-as de capacidade decisória sobre a execução de suas atividades, sem a interferência discricionária do poder Executivo. Ao fazê-lo, a lei visa garantir uma atuação mais eficiente e transparente das Agências, a partir do uso de critérios mais objetivos na nomeação e manutenção de cargos públicos, inviabilizando favorecimentos e discriminações no exercício de suas prerrogativas regulatórias. Ora, para que se possa exigir eficiência da Administração Pública diante do mercado, é preciso dotá-la de competências regulatórias de natureza técnica e especializada que lhe permitam alcançar os fins propostos de adequação aos interesses da coletividade.

Cabe sublinhar ainda que, mesmo gozando de autonomia política, financeira e normativa, as Agências Reguladoras mantêm-se subordinadas à apreciação do poder judiciário, uma vez que as questões alusivas aos concessionários e usuários dos serviços públicos estão abrangidas pelo princípio do acesso à justiça, o qual informa que todo aquele que se sentir lesionado em seus direitos pode recorrer ao poder judiciário. A questão pode ser apreciada no caso concreto por meio do questionamento sobre a legalidade da atuação da concessionária de energia elétrica Light S/A na criação do Termo de Ocorrência de Irregularidade (TOI), o qual a jurisprudência vem corroborando entendimento de que se trata de um recurso que não condiz com as premissas da ANEEL, visto que a apuração da irregularidade não se fundamenta em perícia técnica elaborada por órgão competente, além de desrespeitar os direitos de ampla defesa e contraditório do usuário, na medida em que este

²²⁴ Utilizando como exemplo a Anatel, observa-se que a Agência está somente vinculada ao Ministério das Comunicações na definição das políticas para o setor, e sujeita à tutela dos órgãos de controle, como o Tribunal de Contas. Cf. MARQUES, Floriano de A., Neto. Independência e autonomia da Agência Nacional de Telecomunicações: imperativo legal e constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, nº 30, jan./mar. 2000, p. 213.

é coagido a assinar o Termo, sob a ameaça de interrupção do serviço. A seguir, pode-se verificar ementa alusiva à questão supracitada.

0010236-76.2007.8.19.0061 – APELAÇÃO 1ª Ementa

DES. NAGIB SLAIBI - Julgamento: 27/04/2011 - SEXTA CÂMARA CÍVEL

Direito do Consumidor. Interrupção do fornecimento de energia elétrica. Alegação de fraude no medidor. Termo de Ocorrência de Irregularidade (TOI) realizado unilateralmente pela concessionária. Faturas com cobrança excessiva. Inclusão indevida do nome do autor em cadastros restritivos de crédito. Laudo do perito do Juízo. Não constatação de fraude. Fato do serviço. Configuração. Dano moral "in re ipsa". Sentença de procedência parcial. Recurso. Alegação de existência de irregularidade no medidor de energia elétrica do imóvel objeto da lide e exercício regular do direito tanto na cobrança como na inscrição do nome do autor em rol de devedores. Descabimento. Sentença mantida na íntegra. O fornecimento de energia elétrica configura serviço público essencial, logo, submetido ao princípio da continuidade, só podendo ser interrompido nas estritas hipóteses previstas pela Lei nº 8987/95. Ademais não há nos autos prova substancial de ocorrência de fraude, constatando o Perito do Juízo não haver qualquer irregularidade, até porque o medidor objeto da lide já não estava mais ativado na época da perícia, não se mostrando razoável a cobrança imputada ao consumidor tampouco a inclusão de seu nome em rol de devedores. "Apelação Cível. Ação de reparação de dano moral. Rito Sumário. Irregularidade no medidor de energia elétrica constatada unilateralmente pela concessionária de serviço público. Aplicação da Resolução 456/2000 da ANEEL. Não observância ao devido processo legal, do qual os princípios do contraditório e ampla defesa são corolários. Corte no Fornecimento de energia. Dano moral caracterizado. Incabível a cobrança de valor que tenha sido apurado por meio unilateral, de modo a ser imputado ao apelante a conduta de ato fraudulento, impondo-se, assim, o dever de reparar o dano sofrido, posto que ínsito à conduta ilícita da concessionárias. Dano moral in re ipsa. Precedentes deste Tribunal" (Ap. Cív. nº 2007.001.57069, 6ª Câm. Cível, rel. Des. Nagib Slaibi, j. 07/11/2007). Desprovimento do recurso. Correção, de ofício, da data de incidência dos juros de mora sobre o valor da condenação. "In iliquidis non fit in mora". Incidência a partir do julgado que a fixar²²⁵.

²²⁵ Cf. TRIBUNAL DE JUSTIÇA - TJ. APELAÇÃO. APL: 02901312020098190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 34 VARA CÍVEL, Relator: Nagib Slaibi Filho. DJ: 08 de agosto de 2013, Sexta Câmara Cível, DP: 16 de agosto de 2013. [Em linha]. 2013. [Consultado 28 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/381153742/apelacao-apl-2901312020098190001-rio-de-janeiro-capital-34-vara-civel/inteiro-teor-381153774?ref=juris-tabs>.

Práticas como as observadas no caso da concessionária Light S/A possuem grande repercussão na sociedade, vez que afetam milhares de pessoas dependentes desses serviços essenciais, portanto, as Agências Reguladoras, enquanto representantes da Administração Pública e responsáveis pelo controle e fiscalização das prestações de serviços essenciais, devem atuar de forma mais incisiva, a fim de combater práticas ilícitas recorrentemente adotadas pelas concessionárias de serviços públicos. As reiteradas reclamações dos usuários sobre as condutas indevidas dos agentes privados se revertem em sobrecarga para o poder Judiciário, o que acaba comprometendo a prestação jurisdicional. Questões que deveriam ser resolvidas pelas Agências no exercício do seu poder jurídico-administrativo.

4.3 Pressupostos para a eficiência

A independência das Agências, no que diz respeito ao controle e fiscalização das relações estabelecidas no regime de concessão, constitui um ponto crítico da eficiência regulatória, uma vez que contribui para o afastamento das influências externas que comprometem o desempenho das autarquias especiais, como as pressões político-partidárias e os interesses econômicos que atuam sobre a atividade. A partir do uso dessa premissa, os reguladores alcançam condições de tomar decisões de forma imparcial e mais assertiva, na medida em que seguem objetivos próprios e dispõem de recursos materiais e humanos aptos para o exercício da regulação.

A inexistência de um vínculo hierárquico entre as Agências e a estrutura da Administração Pública direta é uma das condições que designam o regime autárquico especial, constatado pela prerrogativa da independência, a qual se tipifica em quatro dimensões: independência decisória, de objetivos, de instrumentos e financeira.

4.3.1 Independência decisória

A independência decisória diz respeito à capacidade das agências reguladoras de se contrapor às coerções de grupos de interesse político e econômico em curto prazo. O que se torna possível através de processos de nomeação e demissão de dirigentes, juntamente com a determinação de mandatos longos, em regime de escalonamento e não concomitantes ao ciclo eleitoral²²⁶. Estes são arranjos que visam encastelar a direção das agências, protegendo-a de ingerências, tanto por parte da Administração central quanto dos agentes econômicos. A estabilidade e inamovibilidade dos dirigentes lhes são garantidas a partir dos critérios de escolha e nomeação dos mesmos, assim como da determinação de um mandato e do

²²⁶ Cf. CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 143.

impedimento à exoneração desmotivada por parte do poder Executivo. O processo de escolha e nomeação dos dirigentes é realizado pelo Chefe do poder Executivo, e posterior aprovação do Senado Federal, sendo observados os pré-requisitos de ocupação do cargo, que contemplam a especialização técnica, comprovada por meio de antecedentes técnicos, além de possuir nacionalidade brasileira, reputação ilibada e idoneidade moral, consoante disposto no artigo 5º da Lei nº 9.986/2000²²⁷, a qual informa sobre a gestão dos Recursos Humanos das Agências Reguladoras.

A direção e administração das Agências Reguladoras, geralmente, estão sob a responsabilidade de diretorias, órgãos colegiados que estão submetidos a um regime de incompatibilidades para a execução de atividade pública e às normas específicas pertinentes a cada entidade e ao setor por ela regulado²²⁸. O ato de nomeação efetivado pelo Presidente da República, nos termos da alínea *f*, do inciso III, artigo 52 da Constituição Federal de 1988, não representa uma irrupção das esferas de poder, mas um ato administrativo complexo²²⁹, em que se compartilha o encargo da escolha e se dá legitimidade à nomeação, posto que a apreciação pública realizada pelo Senado simboliza o controle da sociedade sobre o processo de escolha do novo dirigente, o que constitui um instrumento primordial de exercício da cidadania.

No que tange ao exercício da função dos agentes reguladores, a Lei 9.986/2000, em seu parágrafo único do artigo 2º, determina regras de incompatibilidade aos funcionários, dirigentes e ocupantes de cargos comissionados, as quais informam a impossibilidade de que estes venham a exercer outra atividade profissional, até mesmo como gestor operacional de empresa ou direção político-partidária, com exceção dos casos acolhidos pela lei. Também são previstos embargos em algumas das leis instituidoras das Agências em relação às atividades sindicais e manutenção de associação com empresas que estejam sob a fiscalização das Agências. Essas previsões têm o propósito de garantir a independência dos componentes das entidades reguladoras, vez que qualquer vínculo, mesmo que tênue, com concessionárias de serviços públicos, agentes econômicos ou consumidores organizados comprometeria a imparcialidade das decisões e o cumprimento dos fins regulatórios²³⁰.

²²⁷ BRASIL. *Lei 9.986 de 18 de julho de 2000*. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. [Em linha]. 2004, p. 1. [Consultado 28 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2000/lei-9986-18-julho-2000-359735-normaatualizada-pl.pdf>.

²²⁸ Cf. WALD, Arnold; MORAES, Luiza R. Agências reguladoras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 141, jan./mar., 1999, p. 146.

²²⁹ *Atos que decorrem da conjugação de vontades de órgãos distintos*. Cf. MELLO, Celso A. B. *Curso de direito administrativo*. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 366.

²³⁰ Cf. CUÉLLAR, Leila. *Ob. cit.*

A assunção da direção das Agências por órgãos colegiados, compostos por agentes com mandatos dissociados e não concomitantes com o decurso eleitoral propicia uma desvinculação maior dos dirigentes, garantindo a imparcialidade dos seus atos. A decisão colegiada favorece, ainda, o pluralismo decisório, abrindo espaço para que diferentes perspectivas motivem decisores diversos, forçando-os à persecução de um consenso, por confronto ou negociação, que possibilite um equilíbrio de argumentos e critérios, salutar à eficiência do processo deliberativo. Importa salientar que os entes colegiados possuem mandatos determinados, imunes aos atos discricionários do Poder Executivo, e as leis federais que atuam sobre as entidades reguladoras impõem como condição para a exoneração dos seus membros a precedência de processo administrativo de responsabilidade, assegurando assim, a estabilidade da direção da Agência²³¹.

O mandato fixo concedido aos dirigentes é uma forma de inviabilizar a demissão desmotivada e evitar pressões políticas, certificando que a destituição do cargo não possa ocorrer por opção discricionária do Chefe do Poder Executivo, sendo somente praticável nas hipóteses de *renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar* (artigo 9º da Lei nº 9.986/2000), além das demais condições previstas para determinadas Agências, tais como o descumprimento dos deveres e impedimentos inerentes ao cargo, ato de improbidade administrativa e inobservância injustificada do contrato de gestão. Ocorre, contudo, que o Artigo 8º da Lei 9.986/2000 prevê um prazo de quatro meses, no qual é concedida a oportunidade de realizar a exoneração desmotivada dos dirigentes antes de efetivado o impedimento da demissão *ad nutum*. A previsão se mostra pouco coerente, na medida em que o Chefe do Executivo deveria confiar nos atributos éticos e profissionais da pessoa que indicou à nomeação, portanto, a escolha pela exoneração dentro desse prazo representa um desrespeito ao Senado Federal, que teria legitimado a nomeação com base, entre outros fatores, nessa conjectura²³².

Após o término do mandato, os dirigentes ficam impedidos, por um período de quatro meses, de assumir cargo ou prestar serviço a qualquer empresa do setor sob a regulação da Agência a qual pertencia (artigo 8º da Lei 9.986/2000). Nesse período, o dirigente continua vinculado à entidade regulatória, recebendo uma remuneração compensatória compatível com o cargo que exercia. As leis instituidoras das Agências, por sua vez, determinam períodos de doze meses de proibição aos ex-dirigentes, além disso, algumas dessas leis os

²³¹ Cf. TÁCITO, Caio. Agências reguladoras da Administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 221, jul./set., 2000, pp. 2-3.

²³² Cf. MOTTA, Paulo Roberto F. *Agências reguladoras de serviços públicos*. São Paulo: Manole, 2014.

impedem de representar qualquer pessoa ou interesse frente à Agência. A medida visa impedir a utilização de informações privilegiadas por esses ex-agentes públicos no intuito de aferir vantagens indevidas para si ou para terceiros. Na prática, o instituto não impede a ocorrência dessas infrações, contudo, serve como instrumento de coerção moral aos ex-dirigentes, além de elaborar novas figuras típicas administrativas e penais no seu comportamento. Lembrando que a violação dessa imposição legal constitui crime de advocacia administrativa, passível de sanções administrativas e civis²³³.

Os mandatos escalonados e não concomitantes com o período eleitoral, dispostos em cada lei instituidora de Agência, implicam na maior diversidade e renovação dos dirigentes que compõem os órgãos colegiados, inibindo a intervenção de orientações políticas e certos entendimentos inoportunos na condução da atividade de regulação. Convém por em relevo que os dirigentes das entidades regulatórias ocupam cargos comissionados, em que a regra geral, disposta pelo artigo 37, inciso II da Constituição Federal de 1988, informa a dispensa de concurso público e a ocupação por pessoa de confiança do Chefe do Poder Executivo, o qual poderá discricionariamente exonerá-la *ad nutum*²³⁴. Contudo, nas Agências Reguladoras, os dirigentes possuem estabilidade garantida, salvo condições previstas em lei, expostas anteriormente.

Consoante os argumentos expostos, verifica-se que as leis que criaram as Agências Reguladoras cercaram-se de dispositivos que intentam garantir sua independência, de modo que possam tomar decisões técnicas livres da interferência discricionária do Poder Executivo. Ao fazê-lo, estes instrumentos contribuem para a atuação eficiente das Agências, excluindo o conteúdo político inoportuno das decisões e das atividades regulatórias.

4.3.2 Independência de objetivos

A independência de definição de objetivos corresponde à prerrogativa das Agências de escolha de objetivos que não se contraponham ao interesse público e bem-estar da coletividade. Nesse sentido, uma Agência com poucos e bem-definidos objetivos, que não entrem em conflito com as premissas citadas, tende a ser mais eficiente que uma entidade que estabeleça vários objetivos, inconsistentes e conflitantes. Cada Agência, em sua respectiva área de atuação, deve, portanto, estabelecer diretrizes de atuação pertinentes ao melhor desempenho possível dos agentes envolvidos na busca dos interesses do cidadão e do

²³³ Cf. BRASIL. *Lei 9.986 de 18 de julho de 2000*. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. [Em linha]. 2004, p. 1. [Consultado 28 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2000/lei-9986-18-julho-2000-359735-normaatualizada-pl.pdf>.

²³⁴ Cf. CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001

desenvolvimento do segmento em regulação. Pode-se observar, por exemplo, as atribuições da ANEEL voltadas ao empenho na implementação das práticas de melhoria dos serviços no atendimento ao consumidor, investigando e solucionando reclamações dos usuários, fomentando o incremento da produtividade, qualidade de bens e serviços, preservação do meio ambiente e conservação das reservas energéticas, além do estímulo à competitividade e à *formação de associações de usuários para a defesa dos interesses concernentes aos serviços prestados* (artigo 3º, caput e incisos VII, X e XI do artigo 29 da Lei 8.987/95)²³⁵.

Analisando a relação entre a eficiência e o interesse público, compreende-se que o administrador público, na medida em que é responsável pela gestão dos interesses da coletividade, e não próprios, tem a obrigação de agir em prol desta por meio da persecução dos fins legais. Para tanto, deve contar com poderes pertinentes a essa disposição, sem os quais não estaria habilitado a atender as expectativas sobre si depositadas. Assim, pode-se dizer que o gestor público é dotado de ‘deveres-poderes’ e não de ‘poderes-deveres’, como dispõe a doutrina, pois o poder, nesse caso, é servil, subsidiário da finalidade a ser alcançada. O caráter técnico da atividade reguladora pressupõe a utilização de duas vantagens essenciais das Agências, o extenso conhecimento e a capacidade de assumir compromissos que possuem credibilidade política²³⁶.

Nessa vereda, sobreleva notar que a competência administrativa tem estreita relação com a eficiência no que diz respeito ao mercado, o que se faz perceptível pela exigência imposta à Administração pelo princípio da Eficiência, para que esta seja detentora de competências regulatórias de natureza técnica e especializada, sob a pena de estagnar-se diante das necessidades as quais foi incumbida de saciar.

Conclui-se, portanto, que não há como cobrar eficiência da Administração sem que existam mecanismos específicos e meios disponíveis de atuação. Diante do contexto, a independência na definição de objetivos contribui para a eficiência no desempenho das Agências Reguladoras, vez que as diretrizes e fins elaborados buscam atender ao interesse público, a partir do afastamento das influências políticas da Administração Pública direta e pressões econômicas do segmento de mercado objeto de regulação das Agências.

4.3.3 Independência de instrumentos

²³⁵ Cf. WALD, Arnold; MORAES, Luiza R. Agências reguladoras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 141, jan./mar., 1999, p. 147.

²³⁶ Cf. MAJONE, Giandomênico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança. *Revista do Serviço Público*, Curitiba, nº 1, mar./jun., 1999.

A independência de instrumentos engloba a capacidade de escolha dos mecanismos de regulação a ser utilizados pelas Agências, de maneira a atingir os seus objetivos com a máxima eficiência possível. O controle sobre tarifas e demais contraprestações pecuniárias são exemplos de instrumentos regulatórios previstos pela legislação própria das Agências, além destes, a lei possibilita a elaboração de normas sobre o segmento regulado, o que vem a ser um importante viés para a celeridade e flexibilidade da resolução de questões em que prevaleça a competência técnica sobre as escolhas abstratas decorrentes dos complexos debates político-administrativos travados nos Parlamentos²³⁷.

Vale observar que a própria concepção de Agência Reguladora sugere a ideia de poder regulador, concretizado por meio de função normativa, o que leva ao entendimento de que não adiantaria criar tais entidades sem que estas pudessem editar normas pertinentes aos múltiplos setores sob suas respectivas competências.

O poder normativo concedido às Agências Reguladoras também é tema controverso no Direito Constitucional brasileiro, quando analisado sob a perspectiva rígida do princípio da separação dos poderes e da legalidade. Todavia, importa avultar que, sem esse poder, a função disciplinadora das Agências se tornaria inútil e restariam frustrados os motivos da sua criação, tendo em vista que apenas a execução de atos repressivos, por exemplo, não seria suficiente para abarcar a extensão das questões que implicam no processo de regulação. Destarte, para que os objetivos propostos pela Administração e a eficiência possam ser efetivados, é indispensável às entidades regulatórias a expedição de atos normativos que lhes permitam atuar de forma imparcial, técnica e politicamente neutra²³⁸.

A legitimação da estruturação e atuação das Agências provém da missão que lhes é confiada, a qual permite, inclusive, a participação popular na elaboração das sentenças normativas, por meio, por exemplo, das audiências públicas. A execução do poder normativo pelas reguladoras demanda a revisão de perspectivas clássicas do princípio da legalidade e da separação dos poderes, contudo, este primeiro não pode ser interpretado de forma restrita, como meio de conformidade da atividade administrativa com a lei formal, mas consoante dispõe o parágrafo único do artigo 2º da Lei 9.784/99 sobre o processo administrativo em âmbito federal, que prevê que a Administração deve pautar sua atuação em todo o Ordenamento Jurídico²³⁹.

²³⁷ MOREIRA, Diogo de F., Neto. Natureza jurídica, competência normativa, limites de atuação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 215, jan./mar., 1999.

²³⁸ MOREIRA, Diogo de F., Neto. Natureza jurídica, competência normativa, limites de atuação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 215, jan./mar., 1999, p. 75.

²³⁹ Cf. MOREIRA, Diogo de F., Neto. *Ob. cit.*

O afastamento das influências políticas das tomadas de decisão dos agentes públicos é um dos mais importantes fundamentos do princípio da legalidade, e também medida ordinária das autarquias, portanto, o poder normativo das Agências Reguladoras não deveria suscitar conflito com o princípio da legalidade. Por outro lado, a atuação das Agências não deve fugir ao que rege o Ordenamento Jurídico. Quanto à separação dos poderes, convém lembrar que a função regulamentar não é privativa do poder Executivo, podendo as entidades da Administração pública indireta, categoria em que se enquadra a Agência Reguladora, assumir tal competência, respeitando o conjunto do Ordenamento jurídico, ou seja, não deve infringir ou inovar o que está fixado na legislação brasileira sobre a competência normativa²⁴⁰. Em face disso, todas as Agências, em suas competências específicas, são dotadas de poderes para expedir normas cabíveis ao pleno desenvolvimento do setor em que atuam, de modo a acompanhar o dinamismo da evolução tecnológica e as exigências do serviço, atendendo às solicitações populares e aplicando sanções com celeridade e assertividade.

4.3.4 Independência financeira

A independência financeira diz respeito à disponibilidade de capital (material humano) suficiente ao desempenho da atividade regulatória. A lei que estatui cada Agência determina quais serão as fontes desses recursos, que podem ser provenientes de: *taxas de fiscalização sobre serviços ou atividades econômicas; multas, emolumentos, e pagamentos por serviços prestados a terceiros; proventos decorrentes da celebração de contratos, convênios ou acordos; doações, legados, dentre outros espólios; rendimentos decorrentes de venda ou aluguel de móveis ou imóveis de propriedade das Agências*²⁴¹. Por se enquadrarem como autarquias, as Agências contam ainda com receitas de dotações orçamentárias, conforme dispõe o artigo 165, §5º da Constituição Federal de 1988²⁴². Desta forma, as Agências Reguladoras estruturais brasileiras contam com os seguintes recursos:

- **ANEEL:** 1) Recursos ordinários do Tesouro Nacional; 2) Taxa de fiscalização sobre serviços de energia elétrica;
- **ANATEL:** 1) Recursos ordinários do Tesouro Nacional; 2) Taxa de Fiscalização de Instalação; 3) Taxa de Fiscalização de Funcionamento;

²⁴⁰ Cf. CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

²⁴¹ Ibidem, p. 136.

²⁴² Cf. BRASIL. Artigo 165, §5º da Constituição Federal de 1988. *Lei Orçamentária Anual*. [Em linha]. [Consultado 21 março 2018]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10663290/paragrafo-5-artigo-165-da-constituicao-federal-de-1988>.

- *ANP: 1) Recursos ordinários do Tesouro Nacional; 2) Parcelas governamentais (bônus de assinatura, royalties e participação especial; 3) Pagamento pela ocupação ou retenção de área;*
- *ANA: 1) Recursos ordinários do Tesouro Nacional; 2) Cobrança pelo uso de água dos corpos hídricos;*
- *ANTT: 1) Recursos ordinários do Tesouro Nacional; 2) Taxa de Fiscalização dos Serviços de Transporte Rodoviário Coletivo Interestadual e Internacional de Passagens;*
- *ANTAQ: 1) Recursos ordinários do Tesouro Nacional; 2) Cobrança de multas por competência;*
- *ANAC: 1) Recursos ordinários do Tesouro Nacional; 2) Taxa de Fiscalização da Aviação Civil; 3) Recursos do Fundo Aeroviário²⁴³.*

As Agências Reguladoras, assim como as demais entidades da Administração Pública Federal direta e indireta, estão sujeitas ao Plano Plurianual - PPA e à Lei das Diretrizes Orçamentárias - LOA, o que determina, em razão do princípio da unidade orçamentária, que os seus orçamentos sejam parte integrante *do orçamento dos ministérios aos quais estão vinculadas, portanto, não possuem rubrica própria no orçamento da União*²⁴⁴. Desse modo, a Agência, em conjunto com o seu respectivo ministério, prevê um orçamento para o período seguinte, no qual são definidos os repasses da União para a entidade regulatória. Essa previsão pode sofrer alterações ao longo do ano, sendo incluídos ou reduzidos valores em comparação ao que fora anteriormente definido.

Compreende-se que a disponibilidade de fontes de receitas próprias implica em maior independência para as Agências frente ao poder executivo, tendo em vista que garante os recursos necessários à realização da atividade regulatória sem influências externas. Ocorre, contudo, que os recursos orçamentários planejados são constantemente impactados pelos contingenciamentos das verbas de transferências do governo federal, prática comum nos diversas esferas da Administração Pública direta e indireta (disposto nos art. 8º e 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal)²⁴⁵.

²⁴³ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Autonomia financeira das Agências Reguladoras dos setores de infraestrutura no Brasil*. [Em linha]. 2016. [Consultado 11 janeiro 2018]. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18341/autonomia-financieira-das-agencias-reguladoras-dos-setores-de-infraestrutura-no-brasil-2016%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 4

²⁴⁵ *Artigo 8º da Lei Complementar 101/2000 - Até 30 dias após a publicação dos orçamentos, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias e observado o disposto na alínea c do inciso I do art. 4º, o Poder Executivo estabelecerá a programação*

A recorrência dos contingenciamentos orçamentários em praticamente todas as Agências Reguladoras federais estruturais tem fomentado a discussão sobre a suficiência da arrecadação própria das entidades frente à prestação dos serviços básicos, refletindo uma ameaça a sua autonomia financeira. A questão envolve dois fatores principais: o dimensionamento dos recursos necessários ao custeio das atividades desenvolvidas pelas Agências e os instrumentos disponíveis de acesso tempestivo das mesmas a esses recursos em situações contingenciais, de modo a assegurar a realização eficiente do seu mandato. A solução do problema perpassa tanto por uma revisão dos instrumentos de acesso aos recursos e de controle disponíveis, como pela criação de uma categoria específica para as Agências Reguladoras, que, por se enquadrarem como autarquias especiais, possuem características distintivas das demais autarquias, as quais demandam formalização normativa, e não apenas de caráter doutrinário e jurisprudencial²⁴⁶.

É imprescindível também que as Agências sejam dotadas de rubrica própria na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária da União, ou seja, não precisem se sujeitar aos direcionamentos e cortes orçamentários do ministério ao qual estão vinculadas. Ademais, no caso de contingenciamento das receitas vinculadas, após a liberação, os recursos contingenciados poderiam regressar à rubrica de proveniência. As Agências poderiam ainda negociar diretamente com o Ministério da Fazenda e do Planejamento as verbas da sua pasta, sem intermediação dos ministérios²⁴⁷.

No que diz respeito aos recursos humanos, a busca pela eficiência se traduz na maneira como a Agência molda seus quadros, no sentido de torná-los cada vez mais flexíveis e adaptáveis às constantes evoluções dos mercados, e também comprometidos em alcançar os melhores resultados para a população.

O quadro funcional das Agências não deve ser extenso, tampouco oneroso, sendo formado por servidores públicos, agentes comissionados e contratados temporários, em quantitativo suficiente para atender plenamente aos desígnios para os quais foi criada. Além desses, alguns dispositivos legais dão margem à contratação de especialistas técnicos, científicos, administrativos, jurídicos e econômicos por projeto ou prazos limitados, e, conforme o artigo 16 da Lei 9.986/2000, as Agências também podem requisitar ou contratar

financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso. Artigo 9º da Lei Complementar 101/2000 - Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas primária ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias. Cf. FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Ob. cit., p. 5.

²⁴⁶ Cf. FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Ob. cit.

²⁴⁷ Ibidem.

temporariamente componentes de entidades da Administração Pública. Para manter a eficiência, devem ter os mais modernos e melhores equipamentos e profissionais disponíveis no mercado²⁴⁸. No que tange às relações de trabalho, as Agências Reguladoras são regidas pelas Consolidações das Leis do Trabalho - CLT e demais diplomas legais correlatos, em regime de emprego público, conforme especificado no artigo 1º da Lei 9.986/2000.

Observa-se, portanto, que a legislação referente às Agências buscou lhes garantir variadas fontes de recursos materiais e humanos, de forma que pudessem exercer suas funções com a máxima autonomia possível e imunes às interferências externas, tanto políticas quanto dos agentes econômicos regulares, contribuindo para o exercício eficiente de suas atribuições.

4.4 Mecanismos de controle da eficiência nas Agências Reguladoras

Em razão da magnitude do papel das Agências Reguladoras para a eficiência dos contratos de concessão dos serviços públicos, alguns mecanismos foram instituídos para assegurar o seu pleno e assertivo desempenho diante dos desafios do mercado e da própria estrutura da Administração Pública, enquanto forças de interferência na autonomia dessas entidades.

4.4.1 O contrato de gestão

No intuito de possibilitar a ampliação da autonomia das entidades da Administração Pública direta e indireta, a Emenda Constitucional 19/98 incluiu, no artigo 37 da Constituição Federal, o parágrafo 8º, que dispõe sobre o contrato de gestão, que é o arranjo celebrado *pelo Poder Público com órgãos da Administração direta, indireta e entidades privadas classificadas como organizações sociais, para promover a ampliação da sua autonomia financeira ou para prestar-lhes variados auxílios, que incluem a fixação de metas de desempenho no desenvolvimento dos seus objetivos*²⁴⁹. Também conhecido como acordo-programa, esse mecanismo se propõe a estabelecer um plano de ações e resultados que assegurem a autonomia das entidades contratantes e otimizem o seu desempenho. É instituído por tempo determinado, durante o qual a entidade fica sujeita a um controle de resultados concernente ao alcance das metas estipuladas.

À priori, entende-se que o contrato de gestão pode ser benéfico para ambos os contratantes, na medida em que, para o Poder Público, funciona como um instrumento de

²⁴⁸ Cf. TREVIZANI, Karla Maria. *Agências reguladoras e o princípio da eficiência*. 125f. (Monografia) - Curso de Direito, Departamento de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, PR. [Em linha]. 2001. [Consultado 28 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/38936>.

²⁴⁹ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 597.

execução, supervisão e mensuração das políticas públicas de modo descentralizado, racional e independente, vinculando os recursos disponíveis ao alcance dos fins públicos. Para as organizações estatais e não estatais contratadas, o contrato representa um mecanismo de gestão estratégica, direcionando as ações organizacionais de modo a torná-las mais eficientes e condizentes com as expectativas dos beneficiários das políticas públicas.

Consoante o §8º do artigo 37 da Constituição Federal, a ampliação genérica da autonomia gerencial, financeira e orçamentária dos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública direta e indireta está condicionada à criação de lei genérica, que determina o grau, os limites e o modo como ocorrerá essa ampliação. Com fundamento nessa legislação genérica, poderá ser criado um contrato entre as partes para cada caso concreto, mediante prévia lei específica, que determine o prazo de duração, os mecanismos de controle e critérios de avaliação de desempenho, entre outros aspectos relevantes ao seu desempenho.

Considerando a importância dos contratos de gestão para a eficiência das Agências Reguladoras, se faz urgente que a matéria seja uniformizada por disciplina legal. Nos casos em que seja imperioso modificar as metas estabelecidas em decorrência das novas exigibilidades do setor em regulação e também nos casos de responsabilização dos dirigentes, a disciplina genérica deve definir as formas e limites de ampliação da autonomia das Agências, de tal modo que possam, elas mesmas, a partir de diretivas fixas, negociar seu contrato de gestão com a Administração direta.

4.4.2 Tribunal de Contas e o controle financeiro

O controle financeiro das Agências Reguladoras é realizado pelo Tribunal de Contas da União - TCU, conforme disposto nos artigos 70 e 71 da Constituição Federal, os quais informam a responsabilidade do Congresso Nacional *na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração Pública direta e indireta, [...] mediante controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União, [...] ao qual compete: [...] II- julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta [...]*²⁵⁰. O controle contábil se destina à verificação meramente técnica da contabilidade da Agência. Em relação à fiscalização financeira, refere-se ao controle sobre os gastos e receitas públicas, que estão naturalmente associados às informações decorrentes do setor

²⁵⁰ BRASIL. Artigos 70 e 71 da Seção IX. da Constituição Federal de 1988. *Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária*. [Em linha]. [Consultado 23 março 2018]. Disponível em. <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constfed.nsf/16adba33b2e5149e032568f60071600f/97681640454dc44d0325656100703210?OpenDocument>.

contábil. O controle operacional, por sua vez, diz respeito à auditoria interna para avaliar a forma como são realizadas as transações financeiras, observando as premissas de eficiência, eficácia e economicidade no exercício das atividades. Por fim, tem-se o controle patrimonial, que engloba a fiscalização sobre os bens que pertencem ao Poder Público²⁵¹.

O controle prestado pelo TCU exerce papel determinante na superação das ineficiências e desajustes detectados no processo de modernização das entidades estatais, sejam elas diretas ou indiretas, contribuindo para o fortalecimento das economias dos entes federados por meio da otimização do regime de arrecadação de impostos, do combate às práticas de corrupção, redução de desperdícios dos recursos públicos, além de favorecer o alcance da eficiência da máquina pública como um todo.

Convém trazer ao lume, contudo, que as prerrogativas de controle do TCU têm gerado algumas controvérsias quanto à autonomia das Agências Reguladoras, na medida em que parte da doutrina levanta a possibilidade da sua atuação eventualmente interferir na atividade-fim e nos atos discricionários das Agências, comprometendo sua autonomia. Uma corrente doutrinária defende que o papel do Tribunal de Contas não abrange aplicar de forma definitiva o Direito, tendo em vista tratar-se de uma competência do Poder Judiciário, tampouco apossar-se indevidamente da incumbência decisória político-administrativa concedida aos dirigentes das autarquias reguladoras.

Nesse entendimento, cabe ao TCU, enquanto agente auxiliar do Poder Legislativo, exercer suas funções de controle estritamente sobre as questões contábeis, financeiras e orçamentárias inseridas na atividade regulatória, sem questionar o mérito decisório administrativo das Agências Reguladoras garantido pela Carta Constitucional e as leis específicas. De outro modo, restaria clara a violação do princípio da separação dos poderes, e descabida ameaça à autonomia das Agências.

Em face de algumas propostas de cerceamento do controle aplicado pelo TCU às Agências Reguladoras, v.g. o artigo 12 do Projeto de Lei nº 3.337/04 – que busca regulamentar o funcionamento das entidades reguladoras e do TCU, restringindo a atuação deste último sobre os atos praticados pelas Agências²⁵², sob a justificativa de preservação da independência das mesmas – faz-se premente ressaltar a relevância desse instrumento para assegurar os aspectos de eficiência, eficácia e economicidade da atividade regulatória. Para

²⁵¹

²⁵² Cf. PRADO, Mariana Mota. O contrato e o plano de gestão no projeto de Lei nº 3.337/04: controle desejável e justificado ou influência política indevida? *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, vol. 6, nº 22, p. 115-139, abr./jun. 2008.

ilustrar a proposição, cabe apresentar alguns resultados alcançados a partir de procedimentos fiscalizatórios pelo TCU, em três casos distintos:

- 1) Estudos de viabilidade nas concessões de rodovias federais, realizados pela ANTT, como as autopistas Fernão Dias (BR 381, entre São Paulo e Belo Horizonte) e Régis Bittencourt (BR 116, entre São Paulo e Curitiba), entre outras, previam tarifas de R\$ 7,00 por automóvel, para um período de uso de 25 anos. Investigações do TCU detectaram a incidência de erros de avaliação e superfaturamento, os quais foram devidamente corrigidos, resultando em um ajuste do valor da tarifa para R\$ 3,00, o que representou uma economia de R\$ 17 bilhões para os usuários²⁵³;
- 2) O Fundo de Universalização das Telecomunicações - FUST arrecadou, desde a sua criação (2000), um montante de R\$ 9 bilhões, referente à cobrança de 1% das receitas operacionais brutas das empresas de telecomunicação, após os devidos descontos de ICMS, PIS e COFINS. Esse valor, até o ano de 2010, não havia sido aplicado em nenhuma das finalidades originais. A intervenção do TCU, através de auditoria, detectou como entraves principais a falta de políticas, prioridades e diretrizes do Ministério das Comunicações sobre a destinação dos recursos, e o uso das verbas para contingenciamento da União, sugerindo, a partir de então, importantes alternativas para viabilizar a aplicação desses recursos²⁵⁴.
- 3) O TCU detectou falhas na Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis - CCC dos Sistemas Isolados - SISOL, subsídio destinado ao suprimento das despesas com combustível na geração de energia termelétrica, cobrado na fatura de energia elétrica de todos os usuários do serviço. A ANEEL acatou recentemente a orientação do TCU, reduzindo os gastos com esse subsídio em R\$ 2 bilhões, no intuito de diminuir as tarifas para o consumidor, sem perda na qualidade dos serviços²⁵⁵.

Em vista das considerações apresentadas, a atuação do TCU mostra-se essencial ao melhor desempenho das Agências Reguladoras, na medida em que o controle exercido pelo Tribunal resulta na validação da eficiência dos procedimentos regulatórios ou na sua

²⁵³ Cf. OLIVEIRA, André Geraldo C. *Análise de investimentos: estudo de caso na concessão de rodovias federais*. 31f. (Monografia) - Curso de Especialização em Finanças, Ibmecc DF, Brasília, Distrito Federal. [Em linha]. 2011. [Consultado 28 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: [file:///C:/Users/User/Downloads/2505984%20\(1\).PDF](file:///C:/Users/User/Downloads/2505984%20(1).PDF).

²⁵⁴ Cf. EM DISCUSSÃO. *FUST e PPP*. [Em linha]. 2011. [Consultado 28 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/banda-larga/mercado-telecomunicacoes/fust-e-ppp.aspx>.

²⁵⁵ Cf. SOUTO, Humberto. *Controle externo sobre agências reguladoras*. [Em linha]. 2005. [Consultado 12 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/488101.doc>.

correção, em casos de comprovada irregularidade executória ou legal. Impende ressaltar que essas intervenções não fazem germinar inseguranças na população, como argumentam alguns especialistas, pelo contrário, aumentam a confiança dos usuários, concessionárias e poder público nas ferramentas de regulação e legitimam a atuação das Agências que passam incólumes pela fiscalização do TCU.

4.4.3 Controle social

O controle social sobre as Agências Reguladoras se consubstancia no poder concedido à sociedade de interferir nas decisões do Estado, no que concerne a essas autarquias especiais, sua organização e modelagem. Essa prerrogativa decorre dos princípios da soberania popular e da democracia representativa, dispostos no artigo 1º da Constituição Federal, os quais dão fundamento ao “princípio da gestão participativa”, que representa a possibilidade de representantes da sociedade intervirem nos órgãos de gestão dos serviços públicos.

A maior participação popular nas tomadas de decisão estatal faz parte de uma mudança de perspectiva com relação ao papel do Estado na sociedade pós Reforma da Administração Pública, processo que impôs a retomada dos mecanismos de controle como viés de legitimação do desempenho governamental e de proteção dos direitos dos cidadãos. Nesse entendimento, o cidadão passa a ser mais um agente de fiscalização da eficiência nas atividades públicas. Contudo, é preciso esclarecer que a participação popular não é uma simples manifestação espontânea dos interesses de uma comunidade, sua aplicabilidade só se faz efetiva a partir da utilização de institutos legais, que permitam organizar e institucionalizar espaços de vinculação das demandas sociais.

Para que a população possa intervir nas ações das entidades públicas, precisam ter acesso às informações sobre o seu desempenho e resultados. Dessa forma, a transparência torna-se um fator decisivo de legitimação da participação popular. Nesse sentido, as Agências Reguladoras consagraram, por força de lei específica, alguns instrumentos de participação popular, assim como mecanismos de transparência. Entre estes, a realização de sessões e audiências públicas é uma das formas mais comuns de assegurar a publicidade no exercício da atividade regulatória. As audiências, em especial, são recursos imprescindíveis para a apuração de subsídios necessários ao processo de tomada de decisão, capacitando agentes públicos e usuários para o encaminhamento de suas opiniões, sugestões e reivindicações.

A Consulta pública é outro relevante viés de publicidade na atividade regulatória. O regulamento interno da ANATEL, em seu artigo 67, por exemplo, informa a possibilidade de consulta pública às minutas de seus atos normativos, formalizadas em Diário Oficial da União, assim como orienta a apuração das críticas e sugestões dos usuários, disponibilizando posteriormente o registro dessas ocorrências em sua Biblioteca para apreciação popular. Em respeito ao princípio da publicidade, constam orientações similares em todos os demais dispositivos normativos internos das entidades reguladoras²⁵⁶.

As Ouvidorias também são ferramentas de grande contribuição para o exercício da participação popular, na medida em que, como órgãos integrantes da estrutura reguladora, centralizam as iniciativas dos cidadãos (sugestões, denúncias, pedidos de informação e reivindicações) quanto ao desempenho das Agências. O ouvidor tem mandato de 2 anos e não possui vínculo hierárquico com o Conselho Diretor da entidade reguladora, o que lhe permite ter autonomia para investigar a veracidade de denúncias e apresentar parecer crítico baseado nos autos e documentos disponíveis sobre a matéria em discussão. Em seguida, essa apreciação é publicada no Diário Oficial da União e arquivada na Biblioteca para acesso público²⁵⁷.

São mecanismos de controle social, ainda, as Corregedorias e os Conselhos Consultivos. Este primeiro está previsto nos regulamentos internos das Agências, e possui o objetivo *de fiscalizar as atividades, órgãos e estruturas das mesmas, ponderar as representações feitas sobre o desempenho dos servidores e emitir parecer pertinente, executar correções nas entidades, e sugerir medidas que resultem na racionalização e eficiência das atividades, além de instaurar sindicâncias e processos administrativos disciplinares*²⁵⁸.

Os Conselhos Consultivos, por sua vez, são órgãos previstos nos artigos 33 a 37 da Lei nº 9.472/97, que se destinam à análise de políticas governamentais propostas para o segmento em que atua a Agência, apreciação dos relatórios da Diretoria, além de recolher informações e sugerir diretrizes à mesma, entre outras incumbências. São formados por conselheiros indicados pelos representantes da sociedade e dos usuários, e nomeados pelo Chefe do Poder Executivo²⁵⁹. Apesar serem meros instrumentos de aconselhamento e

²⁵⁶ Cf. MOREIRA, Diogo de F., Neto. Tendências da Administração Pública. In: *Direito administrativo na década de 90: estudos jurídicos em homenagem ao prof. Cretella Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 91.

²⁵⁷ Cf. TREVIZANI, Karla Maria. *Agências reguladoras e o princípio da eficiência*. 125f. (Monografia) - Curso de Direito, Departamento de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, PR. [Em linha]. 2001, p. 56. [Consultado 28 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/38936>.

²⁵⁸ Cf. CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 152-153.

²⁵⁹ Cf. CUÉLLAR, Leila. *Ob. cit.*

encaminhamento de proposições, os Conselhos Consultivos representam uma grande inovação em termos de instrumentos de controle social.

Além destes, o artigo 5º, inciso XXXIV, alínea *a*, da Constituição Federal garante a todos os indivíduos, *o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidades ou abuso de poder*²⁶⁰. Portanto, qualquer pessoa pode recorrer contra atos de Agências Reguladoras, especialmente ao Poder Judiciário, por meio de instrumentos como o mandato de segurança, a ação popular e a ação civil pública. Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor também é objeto de controle da atuação das entidades reguladoras e de defesa dos direitos dos usuários de serviços públicos, porquanto abrange as atividades econômicas em sentido estrito, que estão sob a regulação das Agências, permitindo ao usuário recorrer por via administrativa através do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e da participação popular frente aos órgãos reguladores, além de outros mecanismos anteriormente citados²⁶¹.

Todas as formas de controle social sobre as Agências Reguladoras contribuem significativamente para a eficiência da sua atuação, tendo em vista que constituem um mecanismo de confronto entre as práticas por ela exercidas e os princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, especialmente da moralidade e legalidade, segundo uma premissa ética voltada aos interesses da coletividade.

²⁶⁰ Cf. BRASIL. Artigo 5º da Constituição Federal de 1988. [Em linha]. 1988. [Consultado 11 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10729673/alinea-a-do-inciso-xxxiv-do-artigo-5-da-constituicao-federal-de-1988>.

²⁶¹ TREVIZANI, Karla Maria. *Agências reguladoras e o princípio da eficiência*. 125f. (Monografia) - Curso de Direito, Departamento de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, PR. [Em linha]. 2001, p. 56. [Consultado 28 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/38936>.

5 CONCLUSÃO

A partir das considerações levantadas neste estudo foi possível compreender os impactos, no Brasil e em Portugal, das recentes reformas da Administração Pública no contexto jurídico-administrativo da prestação de serviços públicos, os quais resultaram na descentralização de algumas incumbências exclusivas do Estado, e consequente outorga destas ao setor privado. Como bem enfatizado no deslindamento da questão, a concessão não subtrai a titularidade dos serviços públicos, porquanto cabe ao Estado a primazia do suprimento das necessidades essenciais dos seus governados, logo, resta cabível a responsabilidade da Administração Pública sobre os atos praticados pelas empresas concessionárias, a qual, para além da fiscalização, abrange a intervenção e, se inevitável for, em razão do interesse público, ainda a rescisão do contrato de concessão.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, *caput*, dispõe sobre os princípios fundamentais da Administração Pública direta e indireta (Legalidade, Impessoalidade, Moralidade e Publicidade), os quais, juntamente com o princípio da Eficiência, mais recentemente implementado por meio da Emenda Constitucional nº 19/98, são a base do modelo de Administração Gerencial e parâmetros da Boa Administração, princípio contemplado no direito português e brasileiro como viés de modernização e racionalização da máquina administrativa, especialmente fundamentado nas práticas de qualidade, controle de resultados e eficiência.

Nesse entendimento, a elevação da eficiência à categoria de princípio constitucional representa a tentativa da Administração Pública de solucionar as deficiências decorrentes dos modelos patrimonialistas e burocráticos, culturalmente perpetuadas pelas entidades estatais, e de capacitar a máquina pública para atender às novas exigências ensejadas pela imperiosidade da sociedade globalizada e pluralista contemporânea. Assim, a Administração Pública abdica do papel de prestadora direta dos serviços públicos para tornar-se responsável apenas pelo controle e fiscalização dessas tarefas, agora outorgadas aos particulares, que a devem exercer em seu próprio nome e por sua conta e risco, por meio do contrato de concessão e de outras modalidades de parcerias público-privadas.

A busca pela eficiência no regime de concessão visa, além de frear as tendências de privilegiar o lucro em detrimento do interesse público, característico da iniciativa privada, promover a modernização e melhoria dos serviços públicos, através de uma íntima conexão entre os princípios constitucionais, especialmente a legalidade e a eficiência. Nesse propósito, as empresas concessionárias devem objetivar a lucratividade no exercício da

atividade pública, contudo, sempre limitadas pelos princípios fundamentais da Administração Pública que regem os contratos de concessão, especialmente a supremacia do interesse público. O poder concedente, por sua vez, deve assegurar a eficiência e o cumprimento das cláusulas contratuais, utilizando-se das ferramentas de investigação, regulação e fiscalização sobre a gestão e execução dos serviços públicos prestados pelos particulares, assim como lhe compete impor o respeito aos demais princípios constitucionais dentro da relação contratual. Ao usuário cabe exigir um serviço público de qualidade, eficiente e universal, e que prime pela economicidade e celeridade.

O controle da eficiência na execução dos contratos de concessão de serviços públicos abrange um conjunto de atos discricionários por parte dos concessionários, que podem ser técnicos ou administrativos. Esse controle pode ser feito com base em ação administrativa executada com transgressão da norma legal ou de cláusulas contratuais, ou com base em ação legal, mas que represente um descumprimento do contrato ou norma, por se tratar de um desajuste em relação às premissas estabelecidas quanto ao desempenho satisfatório das atividades públicas, o que exige a ponderação axiológica do princípio da Eficiência à luz dos demais princípios constitucionais sobre o ato discricionário. Em outras palavras, o controle da eficiência deve ser executado sob a justificativa de violação de algum instrumento jurídico-administrativo, de modo a fundamentar qualquer procedimento de controle por parte do Poder concedente, como a fiscalização, intervenção, ou até mesmo rescisão do contrato.

A pouca densidade normativa do princípio da Eficiência, reflexo da sua indefinição conceitual no conjunto do ordenamento jurídico-administrativo, dificulta o seu controle. Daí a exigência por fundamentos provenientes das ciências econômicas e administrativas, tais como a qualidade, produtividade e economicidade, para que possa ser efetivado objetivamente no caso concreto.

Em face das dificuldades do Estado em cumprir adequadamente o seu papel de controle, refletidas em altos índices de insatisfação popular, optou-se pela descentralização dessa competência, notadamente por meio da criação das Agências Reguladoras, entidades distintas da Administração Pública direta, instituídas por lei própria, e contempladas com amplos poderes de investigação, regulação e fiscalização, além da faculdade de oferecer consultas e aplicar sanções, direcionados ao controle das relações público-privadas estabelecidas em regime de concessão.

No Brasil, a exemplo da França e dos Estados Unidos da América, o modelo de Agências Reguladoras foi adotado com êxito, contudo, em Portugal, observou-se a existência de conflitos decorrentes da dicotomia entre a independência das Autoridades reguladoras e a forte cultura intervencionista do Estado, o que fez com que as várias entidades reguladoras acabassem sendo corrompidas pela ideologia governamentalista, passando a ser meros instrumentos de afirmação desse sistema.

Classificadas como Autarquias especiais, as Agências Reguladoras se caracterizam por sua autonomia em relação aos poderes executivo, legislativo e judiciário, a partir da qual se sustenta a eficiência da sua atuação, visto que essa prerrogativa lhes permite um desempenho livre de intervenções político-partidárias e dos setores regulares da economia. Desta forma, as Agências são dotadas de independência decisória, de objetivos, de instrumentos e financeira.

A independência decisória se mantém a partir do uso de instrumentos que buscam impedir as interferências externas (políticas e econômicas) na regulação, tais como: os procedimentos e requisitos de nomeação dos dirigentes das agências a partir de critérios técnicos, indicação do Chefe do poder Executivo e aprovação do Senado, que lhes garante estabilidade, mandato fixo, sem possibilidade de demissão *ad nuntum*; definição da gestão executada por órgãos colegiados, compostos por membros com mandato desenvolvido sob o regime de escalonamento, oportunizando a renovação periódica e o afastamento das intervenções políticas da Administração direta e econômicas do setor regulado; regime de incompatibilidades dos agentes públicos para o exercício das funções reguladoras; adoção do período de quarentena para os dirigentes após o término do mandato como medida cautelar para o risco de quebra de sigilo quanto às informações privilegiadas da Agência, em razão da busca por vantagens pessoais; e não subordinação hierárquica aos ministérios a que estão vinculadas e nem ao poder Executivo.

Quanto à independência de objetivos, esta é mantida pela definição de objetivos em conformidade com as premissas de proteção dos direitos e interesses dos usuários dos serviços, e observância dos princípios constitucionais de eficiência, legalidade e supremacia do interesse público. A independência de instrumentos, por sua vez, é alcançada por meio: da perspectiva de controle sobre as tarifas e outras contraprestações pecuniárias decorrentes da atividade regulatória; da faculdade de editar normas relativas ao segmento regulado; possibilidade de firmar convênios com outras entidades da Administração direta e indireta, que permitam assegurar o pleno exercício das atividades regulatórias.

A independência financeira diz respeito à disponibilidade de capital, material ou humano, necessário ao desenvolvimento das funções realizadas pelas Agências, e que é auferido por meios próprios, de transferência de recursos patrimoniais, e de dotações orçamentárias. No que tange aos recursos humanos, as leis de cada entidade reguladora prevê cargos comissionados e empregos públicos, além de realizar contratos temporários e requisitar servidores da Administração direta, entre outras formas de contratação. Todas essas medidas garantem a autonomia das Agências frente às pressões exercidas pelos agentes políticos e econômicos.

Apesar das vantagens mencionadas, os poderes concedidos às Agências geram algumas controvérsias na doutrina, tais como a questão da estabilidade dos dirigentes, mesmo após o término do mandato do Chefe executivo que o nomeou, o que pode representar uma violação aos princípios constitucionais da República e da democracia. Além disso, questiona-se a autonomia das Agências em relação ao poder judiciário, visto que as questões alusivas aos concessionários e usuários dos serviços públicos estão abrangidas pelo princípio do acesso à justiça, o qual informa que todo aquele que se sentir lesionado em seus direitos pode recorrer ao poder judiciário. O poder normativo das Agências também divide opiniões na doutrina, considerando a perspectiva rígida do princípio da separação dos poderes e da legalidade, contudo é uma prerrogativa essencial para que as Agências consigam atuar de forma eficiente.

Ainda no intuito de garantir a eficiência nas funções das entidades reguladoras, foram criados instrumentos de ampliação da sua autonomia, como os contratos de gestão, acordos firmados entre as Agências e os ministérios a que estão vinculadas para definir metas específicas de desempenho e avaliações contínuas, em conformidade com as premissas do modelo de Administração Gerencial, o que se torna um importante mecanismo de controle de resultados. As Agências também estão sujeitas ao controle financeiro exercido pelo Tribunal de Contas da União, que incide sobre as movimentações contábeis, financeiras, orçamentárias e patrimoniais das Agências, contudo, esse controle não deve interferir na atividade-fim das entidades, sob a pena de violar sua independência.

A legislação ainda dispõe de ferramentas de auxílio à competência jurisdicional voltada à solução de conflitos de interesses entre o poder concedente, as concessionárias e os usuários, que podem ser realizada através de sessões e audiências públicas. Contudo, as decisões emitidas pelas Agências, em razão do princípio da inafastabilidade do controle judiciário, estão sujeitas à revisão do poder Judiciário, que as avaliará consoante a finalidade

pública e os princípios fundamentais da Administração Pública. Dessa forma, as Agências alcançam maior eficiência, na medida em que são disponibilizados meios para ouvir os usuários e lidar diretamente com os agentes envolvidos no setor de regulação, tornando assim as decisões mais rápidas e assertivas.

O controle social também é um significativo instrumento de garantia do cumprimento dos fins públicos no regime de concessão, realizado por meio de participação popular através dos Conselhos Consultivos das agências, das sessões, audiências e das consultas públicas, das ouvidorias, corregedorias e do direito à petição aos poderes públicos, além de se fazer cumprir pelas vias judiciais. O controle social dispõe ainda do Código de Defesa do Consumidor, que é um elemento de defesa dos interesses e direitos dos usuários quando confrontados pelos agentes do sistema econômico regular, permitindo a representação popular junto aos órgãos do Sistema Nacional de proteção do consumidor, juntamente com as Agências reguladoras. Tal controle contribui para a eficiência mediante o incentivo ao princípio da moralidade e supremacia do interesse público, mandamentos jurídicos-administrativos essenciais para a alta performance da função regulatória.

Por fim, depreende-se que a Administração Pública dispõe de vários mecanismos de controle da Eficiência nas relações celebradas sob o regime de concessão de serviços públicos, especialmente a partir da atuação das Agências Reguladoras, as quais também estão cercadas de poderes e ferramentas facilitadoras e garantidoras das suas prerrogativas essenciais de regulação, voltadas especialmente ao alcance da eficiência na busca da satisfação do interesse e bem-estar público.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ALEXANDRINO, Marcelo, e PAULO, Vicente. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

ALVARES, Maria. L. M. A eficiência como fundamento da reforma do aparelho de Estado [Em linha]. In: *Jus Navigandi*, vol. 232, nº 8 (2004), Teresina. [Consultado 22 maio 2017]. Disponível na World Wide Web: <https://jus.com.br/artigos/4887/a-eficiencia-como-fundamento-da-reforma-do-aparelho-de-estado>.

ALVES, Renato José R. *O modelo regulatório do Brasil e a teoria da captura: desafios para a independência das agências reguladoras*. [Em linha]. 2015. [Consultado 22 fevereiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://jus.com.br/artigos/40743/o-modelo-regulatorio-do-brasil-e-a-teoria-da-captura>.

AMARAL, Jasson. H. Breves notas sobre o princípio da impessoalidade. [Em linha]. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, 2006, vol. 11, p. 1064. [Consultado 24 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <<https://jus.com.br/artigos/8387>>.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1998.

AUGER, Jacques. Réforme de l'administration publique: Suède. *Coup d'oeil*, vol. 4, nº 2, 1998.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2007.

BACHTOLD, Ciro. *Noções de Administração Pública*. Curitiba: Instituto Federal Paraná, 2012.

BANER, Johnson et al. *Serviços públicos no Brasil: mudanças e perspectivas: concessão, regulamentação, privatização e melhoria da gestão pública*. São Paulo: Edgard Blücher, 1996.

BATISTA, Onofre. A. Jr. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. [Em linha]. 1988. [Consultado 22 setembro 2017]. Disponível na World Wide Web: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRASIL. *Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. [Em linha]. 1995. [Consultado 15 fevereiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/107702/lei-de-concessoes-lei-8987-95>.

BRASIL. *Artigo 5º da Constituição Federal de 1988*. [Em linha]. 1988. [Consultado 11 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10729673/alinea-a-do-inciso-xxxiv-do-artigo-5-da-constituicao-federal-de-1988>.

BRASIL. *Artigo 30 da Lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995*. [Em linha]. 1995, p. 10. [Consultado 28 fevereiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-8987-13-fevereiro-1995-349810-norma-actualizada-pl.pdf>.

BRASIL. *Artigo 32 da Lei 8.987 de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. [Em linha]. 1995. [Consultado 11 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11576594/artigo-32-da-lei-n-8987-de-13-de-fevereiro-de-1995>.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998*. Modifica o regime e dispõe sobre princípio e normas da Administração Pública, Servidores e Agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. [Em linha]. 1998. [Consultado 12 dezembro 2017]. Disponível na World Wide Web: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/688521.pdf>.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Gestão. *Gespública contribui para a modernização da gestão em Sorocaba*. [Em linha]. Brasília: MP, SEGES, 2006. [Consultado 22 setembro 2017]. Disponível na World Wide Web: http://www.planejamento.gov.br/gestao/conteudo/noticias/noticias_2006/060908_sorocaba.

BRASIL. *Lei 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. [Em linha]. [Consultado 28 dezembro 2017]. Disponível na World Wide Web: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11307667/artigo-38-da-lei-n-8666-de-21-de-junho-de-1993>.

BRASIL. *Lei 9.986 de 18 de julho de 2000*. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. [Em linha]. 2004, p. 1. [Consultado 28 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2000/lei-9986-18-julho-2000-359735-norma-actualizada-pl.pdf>.

BRASIL. *Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. [Em linha]. [Consultado 28 dezembro 2017]. Disponível na World Wide Web: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/96990/lei-11079-04>.

BRESSER-PEREIRA, Luiz. C. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. Brasília: Editora 34 Ltda., 1998.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

BOTELHO, Martinho M. A eficiência e o efeito Kaldor-Hicks: a questão da compensação social. *Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*. ISSN: 2526-0057. Brasília, vol. 2, nº 1, 2016, p. 31.

BOTELHO, José M. S., ESTEVES, Américo J. P., PINHO, José C. *Código do Procedimento Administrativo anotado - comentado - jurisprudência*. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 1992.

BUCHÉB, José Alberto. *Autonomia das agências reguladoras*. [Em linha]. 2004. [Consultado 28 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI3508,51045-A+autonomia+das+agencias+reguladoras>.

CANOTILHO, José G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARAPETO, Carlos. e FONSECA, Fátima. *Administração Pública: Modernização, Qualidade e Inovação*. Lisboa: Silabo, 2005.

CARVALHO, José dos S. F.^o. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson. *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Raquel M. U. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Editora Jus Podivrm, 2008.

CHIAVENATO, Idalberto. *Recursos humanos na Empresa: pessoas, organizações e sistemas*. 3.^a ed. São Paulo: Atlas, 1994.

CORREIA, José M. Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Ed. Almedina, 2005.

COSTA, Frederico L (2008). Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. *Revista de Administração de Empresas*, Rio de Janeiro, set./out., 2008, vol. 42, nº 5, pp. 829-874.

COSTA, Frederico L. e CAVALCANTI, Bianor S. Mudança organizacional do setor público. *Revista de Administração Pública*, 1991, vol. 25, nº 1, pp. 82-106.

CRETELLA, José Jr. Regime jurídico das empresas públicas. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, vol. 237, nº 823-5, março 1972.

CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

DALLARI, Dalmo A. *Elementos de teoria geral do Estado*. 28.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIEZ, Manuel Maria. *El acto administrativo*. 2.^a ed., Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina S.A, 1961, p. 246.

DIREITO CONSTITUCIONAL. *Separação dos poderes, tripartição, funções típicas e atípicas*. [Em linha]. [201?]. [Consultado 21 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web

<http://direitoconstitucional.blog.br/separacao-dos-poderes-triparticao-funcoes-tipicas-e-atipicas/>.

DI PIETRO, Maria S. Z. *Direito Administrativo*. 18.^a ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____ *Direito Administrativo*. 20.^a ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____ *Direito Administrativo*. 22.^a ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____ *Direito Administrativo*. 28.^a ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 5^a ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

ECONOMIAS. *Troika em Portugal*. [Em linha]. 2016. [Consultado 21 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://www.economias.pt/troika/>.

EM DISCUSSÃO. *FUST e PPP*. [Em linha]. 2011. [Consultado 28 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/banda-larga/mercado-telecomunicacoes/fust-e-ppp.aspx>.

ESTORNINHO, Maria J. *A fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 1999.

_____ *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato brasileiro*, 5.^a ed. São Paulo: Globo, 2012.

FERNANDES, Flávio S. *Prestação de contas: instrumento de transparência da Administração*. [Em linha]. 1997. [Consultado 12 dezembro 2017]. Disponível na World Wide Web: <https://jus.com.br/artigos/335/prestacao-de-contas>.

FERNANDES, Cláudio. *A crise de 1929*. [Em linha]. 2015. [Consultado 21 novembro 2017]. Disponível na World Wide Web: <http://historiadomundo.uol.com.br/idade-contemporanea/crisede29.htm>.

FERNANDES, Ilanit V. N. *A discricionariiedade administrativa face ao princípio da Boa Administração*. 60f. (Dissertação de mestrado). Faculdade de Direito - Faculdade do Porto. Porto, 2015.

FERRAZ, Tércio S., Jr. Como regular as agências reguladoras? *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, fev./mar./abr. 2009, vol. 17, n° 10.

GUEDES, Armando Manuel de A. Marques. *A concessão*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1954.

GONÇALVES, Pedro C. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999.

GONÇALVES, Pedro C. *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, 2005.

GONZALES, Nariman F. “Rebus sic standibus”, *Teoria da Imprevisão, Onerosidade Excessiva, Lesão objetiva e Enorme: análise acerca da cláusula “rebus sic standibus”, da teoria da Imprevisão, da Onerosidade Excessiva, e da Lesão Objetiva e Enorme*. [Em linha].

2016. [Consultado 20 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://narimanfg.jusbrasil.com.br/artigos/328135172/rebus-sic-stantibus-teoria-da-imprevisao-onerosidade-excessiva-lesao-objetiva-e-enorme>.

GRAU, Eros R. *Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRECO, Marco A. *Planejamento fiscal e interpretação da lei*. São Paulo: Ed. Dialética, 1998.

GROTTI, Dinorá A. M. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. [Em linha]. *Interesse Público*, Belo Horizonte, vol. 9, nº 42, mar. 2007. [Consultado 21 dezembro 2017]. Disponível na World Wide Web: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38544>>.

GUIMARÃES, Pablo G. C. *Governo FHC x Governo Lula: evoluções e retrocessos na estrutura da administração pública brasileira*. 32 f. (Especialização) - Curso de Gestão Pública, Instituto A Vez do Mestre, Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro. [Em linha]. 2011. [Consultado 22 dezembro 2017]. Disponível na World Wide Web: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k217314.pdf>.

HERRERA, Alejandra. *Introdução ao estudo da Lei Geral de Telecomunicações do Brasil*. São Paulo: Singular, 2001.

ITÁLIA, Vittorio. *Manuale di Diritto Amministrativo*. 11.^a ed. Milano: Ed. Giuffrè, 1999.

JORNAL DE NOTÍCIAS. *FMI mantém crescimento português nos 2,5% em 2017 e 2% em 2018*. [Em linha]. 2017. [Consultado 21 dez. 2017]. Disponível na World Wide Web: <https://www.jn.pt/economia/interior/fundo-mantem-crescimento-portugues-nos-25-em-2017-e-2-em-2018-8831766.html>.

JUSTEN, Marçal Fº. *Teoria Geral das Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13.^a ed. São Paulo: Ed. Dialética, 2009.

LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de Droit Administratif*. Tome I, 11.^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence -LGDJ, 1990.

MADUREIRA, César. A reforma da Administração Pública Central no Portugal democrático: do período pós-revolucionário à intervenção da troika. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, 2015, vol. 49, nº 3, pp. 547-562.

MAJONE, Giandomênico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança. *Revista do Serviço Público*, Curitiba, nº 1, mar./jun., 1999.

MARCELINO, Gileno F. *Governo, imagem e sociedade*. Brasília: Funcep, 1988.

_____. Em busca do Estado moderno: as reformas administrativas planejadas no Brasil. *Revista Recursos Humanos*, Brasília, 1993, vol. 1, nº 2, pp. 39-44.

_____ Em busca da flexibilidade do Estado: o desafio das reformas planejadas no Brasil. *Revista de Administração Pública*, 2003, vol. 37, nº 3, pp. 641-659.

MARQUES, Floriano de A., Neto. Independência e autonomia da Agência Nacional de Telecomunicações: imperativo legal e constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, nº 30, jan./mar. 2000, p. 213.

MARTINS, Ana M. G. A emergência de um novo direito comunitário da concorrência: as concessões de serviços públicos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa: Ed. Coimbra, 2001.

MARTINS, Ives G. S. Os princípios da moralidade pública e da impessoalidade da Administração. *Boletim de Direito Administrativo*, 1992, p. 1-12.

MARTINS, Wallace P., Jr. *Transparência administrativa: publicidade, motivação, participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely. L. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: RT, 1985.

_____ *Direito Administrativo Brasileiro*. 10.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____ *Direito Administrativo brasileiro*. 33.^a ed. São Paulo. Malheiros 2007.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Celso A. B. *Curso de direito administrativo*. 22.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____ *Curso de direito administrativo*. 25.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____ *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENEGUIN, Fernando B., SANTOS, Pedro Felipe de O. *Há incompatibilidade entre eficiência e legalidade?* [Em linha]. Agosto 2013. [Consultado 22 janeiro 2018]. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa - CONLEG Senado. [Texto para discussão nº 133]. Disponível na World Wide Web: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/homeestudoslegislativos>.

MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO E REFORMA DO ESTADO - MARE. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, Imprensa oficial, 1995.

MONCADA, Luís S. C. Direito Público e eficácia. In: *Estudos de Direito público*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 171.

MORAES, Alexandre de. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, Alexandre M. F. *Princípios do Direito Administrativo*. [Em linha]. 2009. [Consultado 21 dezembro 2017]. Disponível na World Wide Web: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/537053/artigos-principios-do-direito-administrativo>.

MOREIRA, Diogo de F., Neto. Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, out./nov. 1992, vol. 190, pp. 1-44.

MOREIRA, Diogo de F., Neto. Tendências da Administração Pública. In: *Direito administrativo na década de 90: estudos jurídicos em homenagem ao prof. Cretella Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MOTTA, Paulo Roberto F. *Agências reguladoras de serviços públicos*. São Paulo: Manole, 2014.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidras e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, André Geraldo C. *Análise de investimentos: estudo de caso na concessão de rodovias federais*. 31f. (Monografia) - Curso de Especialização em Finanças, Ibmec DF, Brasília, Distrito Federal. [Em linha]. 2011. [Consultado 28 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: [file:///C:/Users/User/Downloads/2505984%20\(1\).PDF](file:///C:/Users/User/Downloads/2505984%20(1).PDF).

ORTEGA, Ricardo R. *El Estado vigilante*. Madrid: Ed. Tecnos, 2000, p. 143-207.

OTERO, Paulo. *Conceito e fundamento da hierarquia administrativa*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1992.

PÁSSARO, Michele. *Le Amministrazione Indipendenti*. Torino: Ed. Giappichelle, 1996.

PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 32, p. 1-15, abr./jun. 1953.

PINTO, Cláudia M. B. *O processo de privatização e desestatização do Estado brasileiro*. [Em linha]. [Consultado 22 dezembro 2017]. Disponível na World Wide Web: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12228>.

PONTIER, Jean-Marie. *Les contrats de plan entre l'État et les régions*. Paris: PUF, 1998.

PORTAL ADMINISTRAÇÃO. *Administração pública brasileira: resumo completo*. [Em linha]. 2014. [Consultado 22 setembro 2017]. Disponível na World Wide Web: <http://www.portal-administracao.com/2014/06/administracao-publica-brasileira-modelos.html>.

PORTUGAL. *Código dos Contratos Públicos - CCP*. [Em linha]. 2016. [Consultado 22 mar. 2018]. Disponível na World Wide Web: http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/base_docs/CCPTextoconsolidadojan2016.pdf.

PRADO, Mariana Mota. O contrato e o plano de gestão no projeto de Lei nº 3.337/04: controle desejável e justificado ou influência política indevida? *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, vol. 6, nº 22, p. 115-139, abr./jun. 2008.

QUADROS, Fausto. A revisão do Código de Procedimentos Administrativos: principais inovações. In: *O novo Código de Procedimentos Administrativos*. Conferências do CEJ 2014-2015. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários- CEJ, 2016, p. 13-14.

RAMOS, Gisela. G. *Princípios jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RESENDES, José A. *A concretização do princípio constitucional da eficiência na administração pública no Estado constitucional brasileiro*. [Em linha]. 197 f. (Tese Doutorado) - Curso de Direito, Centro Universitário "Eurípedes de Marília" - Univem, Marília, 2010. [Consultado 12 dezembro 2017]. Disponível na World Wide Web: <https://www.univem.edu.br/servico/aplicativos/mestrado_dir/dissertacoes/a_concretização_do_princípio_constitucional_da_eficiência__1188_pt.pdf>.

ROCHA, Carmen L. A. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES-ARANHA, Jaime. El Derecho fundamental a la Buena Administración em la Constitución Española y en la Unión Europea. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, vol. 1, nº 2, Santa Fé, Argentina, jullio/diciembre, 2014, ISSN 2362-583X, p. 78.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SANTOS, Boaventura S. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Luciano R. B. *Princípio da eficiência e princípio da legalidade: Relação no controle de atos da administração pública*. [Em linha]. Julho 2012. [Consultado 21 dezembro 2017]. Disponível na World Wide Web: <https://jus.com.br/artigos/22304/principio-da-eficiencia-e-principio-da-legalidade>.

SANTOS, Josimar W. *Princípio da Moralidade e os atos administrativos*. [Em linha]. 2013. [Consultado 11 dezembro 2017]. Disponível na World Wide Web: <https://navalmg.jusbrasil.com.br/artigos/111673361/principio-da-moralidade-e-os-atos-administrativos>.

SANTOS, Taís D. de C. *O estudo das escolhas trágicas à luz do princípio da eficiência e os precedentes judiciais*. 146 f. (Dissertação mestrado). Faculdade de Direito - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

SANTOS, Lúcio R. de A. *Princípio da Moralidade Administrativa*. [Em linha]. Maio 2015. [Consultado na World Wide Web 21 jan. 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9094/Principio-da-moralidade-administrativa>.

SANTOS, Ânderson. F. Evolução dos Modelos de Administração Pública no Brasil. 4.^a ed. *Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento*, jul., 2017, vol. 2, nº 1, pp. 848-857. ISSN: 2448-0959.

STONER, James A. F.; FREEMAN, R. Edward. *Administração*. Rio de Janeiro: Prentice-Hall, 1995, p. 136-239.

SCHWARTZMAN, Simon. *Bases do autoritarismo brasileiro*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

SOUSA, Guilherme. C. *O direito privado na administração pública: necessidade de utilização e reserva constitucional do direito administrativo à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SOUSA, Marcelo R.; MATOS, André S. *Direito administrativo geral -Tomo I - Introdução e princípios fundamentais*. 3.^a ed. Lisboa: Ed. Dom Quixote, 2008.

STEPHERSON, Andrea. *Interstate Commerce Act of 1887: definition & passage*. [online]. [Accessed 21 february 2018]. Available from World Wide Web: <https://study.com/academy/lesson/interstate-commerce-act-of-1887-definition-passage.html>.

TÁCITO, Caio. Agências reguladoras da Administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 221, jul./set., 2000, pp. 2-3.

TREVIJANO, Ernesto G. *Constitución española. Sinopsis artículo 103*. [En línea]. Diciembre 2003. [Mayo 2017]. [Consultado 22 janeiro 2018]. Disponible en World Wide Web: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=103&tipo=2>.

TREVIZANI, Karla Maria. *Agências reguladoras e o princípio da eficiência*. 125f. (Monografia) - Curso de Direito, Departamento de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, PR. [Em linha]. 2001. [Consultado 28 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/38936>.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - TST. RECURSO DE REVISTA. RR108009120055150124 10800-91.91.2005.5.15.0124. Relator: Aloysio Corrêa da Veiga. DJ: 12 agosto 2009. [Em linha]. 2009 [Consultado 28 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5353549/recurso-de-revista-rr-108009120055150124-10800-9120055150124>.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL -TRF-3 - AMS: 6754 SP 0006754-38.2005.4.03.6183, Relator: juiz convocado Hélio Nogueira, DJ: 03 setembro 2012, Sétima Turma. [Em linha]. [Consultado 28 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22374732/apelacao-civel-ams-6754-sp-0006754-3820054036183-trf3>.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL-3 - AMS: 38467 SP 96.03.038467-4, Relator: Desembargadora Federal Regina Costa, DJ: 10 setembro 2009, Sexta Turma. [Em linha]. [Consultado 28 janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17815905/apelacao-em-mandado-de-seguranca-ams-38467-sp-9603038467-4-trf3>.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 1 - AGRAC: 00011854420114013809 0001185-44.2011.4.01.3809, Relator: Desembargador federal João Batista Moreira, DJ: 04 novembro 2015, Quinta turma, Data de Publicação: 17 novembro 2015 e DJF1 p. 344.

TORRES, Marcelo D. F. *Estado, democracia e administração pública no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

VIEGAS, Cláudia M. de A. R. *O regime jurídico administrativo*. [Em linha]. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, mar. 2011, vol. 14, nº 86. [Consultado janeiro 2018]. Disponível na World Wide Web: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9093&revista_caderno=4>.

VIOLA, Ricardo R. *Breve análise acerca do PND - Programa Nacional de Desestatização*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, vol. 14, nº 94, nov. 2011. [Em linha]. [Consultado 22 setembro 2017]. Disponível na World Wide Web: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10630.

WAHRLICH, Beatriz M. S. Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente. *Revista de Administração Pública*, 1974, vol. 8, pp. 27-75.

WALTENBERG, David. O direito da energia elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo, 2000.

WALD, Arnold; MORAES, Luiza R. Agências reguladoras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 141, jan./mar., 1999.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. São Paulo: UnB, 2004.