

## 1. Introdução

Na obra do principal teórico do liberalismo econômico, Adam Smith, encontra-se enunciado já o que nos tempos de hoje vem sendo denominada "princípio da subsidiariedade": a atividade econômica somente deve ser prestada pelo Estado quando houver demonstração de ineficiência privada na quando for de tal sorte que se tenha necessidade a sua prestação em regime concorrencial.

# APONTAMENTOS SOBRE REGULAÇÃO E POLÍTICA ECONÔMICA: A MODERNIDADE MEDIEVAL

Ricardo Antônio Lucas Camargo \*

**Sumário:** 1. Introdução - 2. Conceituação - 3. Ubicação das agências de regulação na estrutura do Estado - 4. Os argumentos em sentido contrário à ubicação das agências de regulação na estrutura do Executivo - 5. Força coercitiva das decisões das agências de regulação - 6. A ubicação das agências no Direito Econômico - 7. Competências - 8. O modelo federativo - 9. Conclusão.

\* Procurador do Estado do Rio Grande do Sul – Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais.

## 1. Introdução

Na obra do principal teórico do liberalismo econômico, Adam Smith, encontra-se enunciado já o que nos tempos de hoje vem sendo denominado “princípio da subsidiariedade”: a atividade econômica somente deve ser prestada pelo Estado quando houver desinteresse da iniciativa privada ou quando for de tal sorte que se torne impossível a sua prestação em regime concorrencial.

Esta, aliás, a fonte teórica do disposto no artigo 173 da Constituição de 1988.

A famosa queda do Muro de Berlim, ocorrida em 1989, reacendeu as esperanças dos cruzados do liberalismo, que passaram a sustentar, como se fosse um dogma, a divisa “a salvação do mundo está na privatização” e que a presença do Estado no domínio econômico seria sempre desastrosa, responsável pelo sufocamento da liberdade dos cidadãos e pela lentidão e ineficiência na prestação dos serviços. Eis magnificamente exposto por um de seus crentes o discurso hoje em voga:

“É cada vez mais restrito o universo de atividades que, por sua tipicidade e particular natureza, devem ser necessariamente objeto de prestação direta pelo Poder Público, que se vê, em tais casos, impossibilitado de delegar a sua execução. No sentido acima, parece hoje restrita aos serviços de defesa nacional e de polícia aqueles tidos consensualmente como indelegáveis, os quais, por isto mesmo, devem ser prestados diretamente pelo Estado”<sup>1</sup>.

Entretanto, um dos argumentos mais fortes contra a privatização tem sido, justamente, que as atividades que se pretenderia entregar à inici-

<sup>1</sup> MANNHEIMER, Sérgio Néson. *Agências estaduais reguladoras de serviços públicos*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 94, n. 343, p. 222, jul/set 1998. *Nova et vetera*: Oscar Saraiva, ao narrar o surgimento das entidades descentralizadas da Administração Pública determinado pelo crescente intervencionismo chegou a afirmar que “cada vez mais a administração delegada se acentua, tendendo o Estado a conservar-se no círculo mais estreito de suas formas tradicionais, no âmbito de suas velhas atribuições de defesa, polícia e justiça, delegando os encargos sociais ou econômicos a entidades de maior ductilidade às quais comete o exercício das funções a que deve necessariamente atender” (*Novas formas de delegação administrativa do Estado*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 40, n. 100, p. 233, out/ dez 1944).

ativa privada não poderiam jamais ser exploradas em regime de concorrência, precisamente por serem vitais não só ao funcionamento das atividades econômicas públicas e privadas como um todo como também ao próprio desenvolvimento da vida em sociedade, cabendo lembrar que o pressuposto da concorrência é a luta entre interesses egoísticos, que procuram obter o máximo proveito da necessidade alheia.

A saída que se encontrou para, ao mesmo tempo em que se entregava a prestação dos serviços à iniciativa privada, através de instrumentos clássicos como os contratos administrativos de concessão ou permissão de serviços públicos, evitar que a prestação destes serviços à coletividade ficasse à mercê do egoísmo do agente econômico privado foi a criação das Agências de Regulação<sup>2</sup> – estruturadas sob a forma autárquica –. Houve uma espécie de retorno do pêndulo, de certo modo. Em um texto muito elogiado por José Cretella Júnior encontra-se a seguinte passagem:

<sup>2</sup> PEDRO HENRIQUE POLI DE FIGUEIREDO, defensor ardoroso das privatizações e das agências de regulação, converge, contudo, com a posição do autor deste artigo no que diz respeito a terem vindo estas entidades como uma resposta ao problema identificado no II Congresso Sul-Americano de Direito Administrativo, realizado em Foz do Iguaçu de 4 a 7 de agosto de 1998: "Atividades há que precedentemente eram públicas e passaram ao setor privado. A importância da regulação destas atividades é indelével, eis que a ausência do Estado nas atividades que anteriormente executava sem que faça qualquer tipo de intervenção, torna a adequação ou não do serviço uma aventura, e o usuário dependente da sorte para a sua satisfação. Alguns exemplos da experiência sul-americana nos processos de privatização demonstram que, onde houve privatização desacompanhada da preocupação com a regulação do serviço privatizado o resultado foi a ineficiência do serviço" (*A regulação do serviço público concedido*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 42).

A origem da Agência do Rio Grande do Sul está documentada no Parecer da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul 11602 – Eliana Donatelli del Mese, que se transcreve a seguir, para que se tenha uma idéia do contexto ideológico em que surgiu:

"Contrato de empréstimo a ser celebrado entre o Estado do Rio Grande do Sul e o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), visando ao financiamento de Projeto de Melhoria da Malha Rodoviária do Estado, tendo como avalista a União, mediante contrato de garantia a ser firmado entre a Republica Federativa do Brasil e o BIRD. Regime jurídico e compatibilidade com a legislação federal e estadual aplicável a espécie.

O Senhor Secretario de Estado da Coordenação e Planejamento solicita a esta Procuradoria-Geral do Estado manifestação a respeito da minuta de Contrato de Empréstimo a ser firmado entre o Estado do Rio Grande do Sul e o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), também denominado Banco Mundial, tendo como devedora solidaria a Republica Federativa do Brasil, mediante Contrato de Garantia. A estrutura do Contrato de Empréstimo contempla as Condições Gerais (Article I), os termos e as condições relativas ao Empréstimo (Article II), a execução do Projeto (Article III), aos convênios financeiros (Article IV), as condições de efetividade do Contrato (Article V), e, por ultimo, a representação do Mutuário (Article VI).

Integram, igualmente, o Contrato de Empréstimo os Anexos 1 a 5. Na inclusa minuta de negociação, as partes contratantes consignaram esclarecimentos e ponderações a respeito dos documentos ora em exame.

O Empréstimo está orçado em setenta milhões de dólares (US\$ 70.000.000) e o Projeto tem como objetivos a melhoria das condições da rede rodoviária estadual, através de: (a) **aumento da participação do setor privado no gerenciamento de tal rede**; (b) fortalecimento da capacidade de gerenciamento pelo DAER/RS dos seus programas rodoviários; e, (c) reabilitação de segmentos selecionados e manutenção da rede rodoviária do mutuário.

De acordo com as inclusas Minutas de Negociações, **integram o Projeto as** (1) Normas Ambientais para Empreendimentos Rodoviários, DAER, Fevereiro 1997; a (2) **Lei Estadual n. 10.931, datada de 09/01/1997, que cria a Agência Estadual Reguladora dos serviços públicos concedidos (AGERGS)**; e o (3) Termo de Compromisso e Mútua Cooperação, datado de 14 de março de 1997.

As Condições Gerais do Contrato fazem referência (clausula primeira, seção 1.02., letra h) ao documento de monitoramento do Projeto constante de planilha enviada através de correspondência do Senhor Secretario de Estado da Coordenação e Planejamento, datada de 19/03/1997, contendo indicadores e metas a serem atingidas pelo projeto em pauta, anexadas, por copia, ao expediente. A Clausula Segunda contém as disposições relativas ao financiamento, de acordo com o Anexo 3 do Contrato, além de definições de caráter geral. As clausulas terceira e quarta estabelecem procedimentos relativos a execução do Projeto, registros contábeis e contas separadas, que permitam a comprovação das operações, dos recursos e dos gastos referentes ao Projeto. A cláusula quinta especifica quais são as condições adicionais de efetividade do Contrato de Empréstimo.

A cláusula sexta define a Secretaria de Estado da Coordenação e do Planejamento como sendo o órgão representante do Mutuário para os propósitos estabelecidos na seção 11.03 das Condições Gerais do Banco (General Conditions Applicable to Loan and Guarantee Agreements, for Single Currency Loans, Dated May 30, 1995), exceto no tocante a movimentação da Conta do Empréstimo disciplinada na seção 2.08 do Contrato. As Condições Gerais do BIRD fazem parte integrante do Contrato de Garantia celebrado com a União (cf. clausula primeira, seção 1.01.) e do Contrato de Empréstimo (igualmente, cf. clausula primeira, seção 1.01.), ora em exame.

Através de Termo de Compromisso e Mutua Cooperação, datado de 14/03/1997, que também integra o expediente, fica esclarecido que: - no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, de acordo com a lei instituidora da autarquia, cabe ao DAER a execução das ações relativas ao contrato em exame, que diz respeito a execução de projetos rodoviários financiados pelo BIRD; - em razão disso, compromete-se o DAER a manter uma unidade específica de gerenciamento dos projetos financiados, além de uma unidade ou equipe de concessões e uma unidade ou equipe de meio ambiente, bem como a publicar o Manual de Operações contendo os procedimentos, diretrizes, metodologias e documentos padronizados necessários a execução dos projetos de que trata o mesmo instrumento. Além disso, compromete-se o Estado a repassar ao DAER todos os recursos necessários ao cumprimento do mesmo Termo e do respectivo contrato.

O Anexo 1 fixa o procedimento para os saques da Conta de Empréstimo, com base nos demonstrativos para despesas, tudo de acordo com a tabela das categorias dos itens a serem financiados pelos recursos do Empréstimo, alocação das quantias para cada categoria e a percentagem das despesas para itens a serem financiados em cada categoria.

O Anexo 2 contém a descrição do Projeto, com a previsão de subprodutos para a reabilitação e restauração de aproximadamente 2,500 quilômetros de estradas, incluindo estudos e a supervisão de tais subprodutos e previsão de conclusão até 30 de junho de 2002.

A amortização do empréstimo far-se-á de acordo com o cronograma estabelecido no Anexo 3, sendo que os juros e outras taxas serão pagas semestralmente. O mesmo Anexo contém a previsão de Prêmios para Pre-Pagamento. A data prevista para o encerramento do Contrato será de 30 de junho de

2003, podendo ser prorrogada.

O mesmo documento reporta-se expressamente as Diretrizes para Aquisição e Contratação de acordo com os empréstimos do BIRD e dos Créditos do IDA, publicados pelo Banco em janeiro de 1995 e revistos em janeiro e agosto de 1996 (as Diretrizes), além de outras cláusulas indispensáveis para a aquisição de bens e para a contratação de obras, através de procedimentos licitatórios, e para a contratação de serviços de consultoria, mediante procedimentos de seleção e contratos padronizados, com modificações aceitas pelo Banco, estabelecidos no Anexo 4, que é, igualmente, parte integrante do Contrato.

O Mutuário devesse fornecer mensalmente ao Banco as demonstrações de gastos da Conta Especial, além de informações sobre registros e contas concernentes ao Programa, as quais serão auditadas por auditores aceitáveis ao Banco, cujos relatórios serão fornecidos periodicamente.

E o relatório.

Importa esclarecer, de início, que a indicação do DAER como órgão executor do Projeto a ser financiado decorre de expressa delegação legislativa, contida no Decreto-lei n. 1.371, de 11/02/1947, que, em seu art. 2., define a competência exclusiva da autarquia para a execução de todos os serviços técnicos e administrativos indispensáveis e concernentes a especificações, estudos, projetos, orçamentos, locação, construção, reconstrução, melhoramentos e conservação das estradas de rodagem estaduais, inclusive de pontes e demais obras complementares, por administração direta ou por contratos com terceiros. Tal autonomia do DAER é referida expressamente no preâmbulo do Termo de Compromisso que integra o expediente, antes referido.

De outra parte, a redução de pessoal do DAER/RS, referida no documento denominado Project Monitoring Letter, de acordo com o Of. GDG/485/97, remetido pelo Senhor Diretor-Geral do DAER/RS, anexado ao expediente, far-se-á, de um lado, mediante terceirização dos serviços de manutenção; e, de outro, pela não substituição dos servidores que se aposentarem, pela criação de um programa de incentivo a demissão voluntária, pela alocação de servidores em outras atividades do DAER/RS, hoje carentes de recursos humanos, como a fiscalização do transporte coletivo e o programa de segurança nas rodovias, e, igualmente, pela elaboração de convênios com municípios, para apoio à gerência das rodovias e dos transportes coletivos municipais, com a cedência de servidores do DAER/RS para o desempenho dessas atividades. Dessa forma, o projeto é plenamente compatível com o disposto no art. 41 da Constituição Federal.

A par disso, ***o enxugamento da máquina administrativa estadual, com a redução de gastos com pessoal, é uma das metas a serem cumpridas pelo Programa de Reforma do Estado, que também é objeto de financiamento externo.***

A manifestação desta Procuradoria-Geral do Estado é uma das condicionantes do Contrato de Empréstimo estabelecidas nas Cláusulas X, seção 10.01, XII, seções 12.01 e 12.02, das Normas Gerais. Tais dispositivos visam a assegurar ao Banco que as obrigações contraídas pelo Mutuário neste Contrato e pelo Fiador no Contrato de Garantia são válidas e exigíveis, de forma compatível com a legislação aplicável, além de outras considerações de natureza jurídica.

Ressalte-se a importância da participação do Procurador do Estado na fase de formação do contrato internacional, resolvendo problemas lingüísticos, semânticos, jurídicos e contribuindo, através de seus conhecimentos técnicos, com a boa estruturação e conformação do contrato para que o mesmo cumpra o seu ciclo natural.

As operações de crédito externo realizadas pelos Estados-Membros, Distrito Federal, Municípios e suas respectivas autarquias, inclusive a concessão de quaisquer garantias, dependem de autorização específica do Senado Federal, que, através da Resolução n. 69, de 1995, com a ressalva de que trata a Resolução N. 70, do mesmo ano, estabelece os limites e as condições para a sua celebração, tudo de conformidade com o disposto no art. 52, incisos V, VII e VIII, da Constituição Federal, a saber: Art. 52 -

Compete privativamente ao Senado Federal: (...) V - autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios; (...) VII - dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal; VIII - dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno; A mesma Resolução N. 69 prevê que os pedidos de autorização de operações de crédito interno ou externo que envolvam aval ou garantia da União serão encaminhados ao Senado Federal, mediante mensagem do Presidente da República, acompanhada de exposição de motivos do Ministro da Fazenda, bem como de pareceres da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e da Secretaria do Tesouro Nacional (cf. art. 15).

No âmbito estadual, a Constituição estabelece em seu art. 82, inciso XX, a competência privativa do Governador do Estado para contrair empréstimos e realizar operações de crédito, mediante prévia autorização da Assembléia Legislativa.

Neste sentido, o art. 53 da Constituição estadual, declara ser da competência exclusiva da Assembléia Legislativa apreciar as propostas de empréstimos, operações ou acordos externos do Estado (cf. inciso XXV), bem como autorizar dívidas da administração pública direta e indireta cujo prazo de resgate exceda ao término do mandato dos contratantes (cf. inciso XXVI).

Tratando-se de contrato internacional importa referir a aplicabilidade das normas do BIRD nas licitações levadas a efeito para implementar o programa pelo mesmo financiado, na forma prevista no Anexo 4, que faz parte integrante do Contrato de Empréstimo, salvo se o Banco acordar de outra forma (cf. cláusula terceira, seção 3.03.), consoante permissivo estampado no art. 42, parágrafo 5, da Lei Federal n. 8.666/93, com as alterações introduzidas pela Lei n. 8.883/94, (Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos), que, por sua vez, regulamenta o art. 37, parágrafo XXI, da Constituição Federal.

Desta forma, ao tratar das concorrências de âmbito internacional, o sobredito dispositivo ressalva aquelas destinadas a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamentos de organismos internacionais de fomento de que o Brasil faça parte, dispondo assim: Art. 42 - Nas concorrências de âmbito internacional o edital devesse ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes: (...) Parágrafo 5 - Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou de organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior.

O objetivo da licitação pública internacional, de acordo com as Normas do Banco, é proporcionar a todos os licitantes informações oportunas e adequadas das necessidades do Mutuário e proporcionar-lhes uma igualdade de oportunidade para apresentar propostas relativas aos bens e obras necessárias. Já o processo de seleção para a contratação de consultores, que reflete a experiência do Banco através de práticas em todo o mundo, visa a evitar custos desnecessários e possibilitar, ao mesmo tempo, a escolha da proposta mais conveniente ao Tomador.

**Os editais padronizados para a licitação pública nacional foram elaborados de acordo com a legislação brasileira, com adaptação às normas e procedimentos adotados pelo BIRD, na forma autorizada pelo parágrafo 5., do art. 42, da Lei 8.666/93, no tocante à adoção de requisitos impostos pelos organismos internacionais financiadores do objeto da licitação.**

“A evolução dos órgãos que prestam serviços públicos deu-se a partir do sistema de concessões de serviços públicos para empresas particulares, mediante uma delegação para a área privada, tendo em vista a execução de atividades do âmbito do Estado, ou seja, os serviços públicos essenciais. A esta forma de concessão deu-se o nome de descentralização por colaboração do particular com o poder público. Em virtude dos inconvenientes que este sistema começou a trazer aos serviços públicos, que não se desenvolviam adequadamente e não cumpriam suas finalidades a contento, o Estado passou a encampar e desapropriar essas concessionárias, através de autorizações

Aplicam-se, portanto, ao Contrato em exame as regras próprias de licitação, expedidas pelo BIRD, e que figuram no Anexo 4, como parte integrante do mesmo instrumento, cujos procedimentos são distintos daqueles previstos para a contratação de serviços de consultoria, sem representar quebra de soberania, face aos permissivos legais invocados e porque, à semelhança da legislação nacional, contemplam princípios basilares do instituto da licitação, tais como a isonomia e ampla competição, para assegurar a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração.

Logo, o art. 42, parágrafo 5, da Lei Federal n 8.666, com natureza de norma geral, resguarda inteiramente a aplicação das diretrizes estabelecidas pelos procedimentos e normas do BIRD nas licitações e contratações promovidas no bojo do Programa pelo mesmo financiado, e que revelam o escopo de garantir a igualdade de condição a todos os concorrentes, de forma similar ao estatuído na Constituição brasileira, atendendo a perfeição as condições nele estabelecidas, afastando *ipso jure* quaisquer disposições contidas em legislação federal ou estadual a respeito de licitações conflitantes com tal regramento.

No tocante a seção 10.04., da Clausula X, Arbitration, das Condições Gerais, de pratica freqüente nos contratos internacionais, pela qual as partes elegem o Tribunal de Arbitragem para a solução das controvérsias oriundas do contrato, prevalece a orientação de que, sendo o Brasil signatário da Convenção sobre o BIRD, concluída em Bretton Woods, N. H., Estados Unidos da América, firmada em 22 de julho de 1944, por ocasião da Conferencia Monetária e Financeira das Nações Unidas, e que foi incorporado a sua ordem jurídica na forma autorizada pelo Decreto-lei n. 21.177, de 27/05/1946, ha que se conferir validade plena a clausula arbitral em razão do principio da boa-fé das partes contratantes que preside o relacionamento internacional, segundo a orientação preconizada no voto do Ministro Gueiros Leite, por ocasião do julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, do Recurso Especial n 616-RJ (890009853-50, DJU de 13/08 e 03/09/1990). A lei brasileira autoriza expressamente a utilização do juízo arbitral, forte no artigo 1.072 do Código de Processo Civil. Portanto, a arbitragem, consensualmente estabelecida, afasta a intervenção do judiciário dos Estados e cria uma jurisdição privada internacional, de forma consentânea com os princípios gerais de direito internacional, a serem observados.

Em conclusão: (a) as partes estão bem representadas e os instrumentos jurídicos ora apresentados, no que diz respeito aos seus aspectos formais e materiais, estão em conformidade com as exigências da legislação federal e estadual aplicáveis a espécie, não apresentando vícios que impeçam a sua plena executoriedade; (b) uma vez cumpridas as formalidades antes apontadas, os documentos examinados estarão aptos a produzir os efeitos jurídicos e vinculativos pretendidos pelas partes contratantes.

legislativas”<sup>3</sup>.

E quais eram os inconvenientes? Vamos dar a palavra a um dos maiores entusiastas do constitucionalismo nos moldes norte-americanos, Francisco Bilac Pinto<sup>4</sup>:

“A grande vantagem do regime de concessão, para o Estado liberal, era a de que, por meio dela, o Estado prestava um serviço público essencial sem que tivesse necessidade de investir recursos do Tesouro e, sobretudo, sem correr os riscos econômicos de toda exploração industrial.

Estas características originárias da concessão de serviço público foram, entretanto, sensivelmente alteradas, de começo pelas cláusulas de ‘garantias de juros’ e mais tarde pela aplicação da ‘teoria da imprevisão’.

Em razão destas modificações estruturais do contrato de concessão, entre o concedente e o concessionário surgiu como que uma associação financeira lesiva ao Poder Público, que, privado dos benefícios eventuais, estava, entretanto, obrigado a participar das perdas da exploração do serviço público concedido”.

## 2. Conceituação

Washington Peluso Albino de Souza<sup>5</sup>, ferindo especificamente a temática da “regulação”, localiza os elementos que compõem as análises desta temática nas discussões travadas sobre os conceitos de justo preço e de interesse público. Este último “é identificado como outro motivo de regulação (conservada a expressão do texto utilizado) da ‘ação’ no sistema dos grêmios medievais. Essas corporações obedeciam a regulamentos rígidos e eram obrigadas a cobrar preços razoáveis pelos seus serviços, recebendo, em compensação, o direito ao monopólio de sua atividade. Wilcox

<sup>3</sup> MONCH, Maria da Conceição do Amaral. *As sociedades de economia mista e as empresas públicas: controle e responsabilidade*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 31, n. 127, p. 40, jan/ mar 1977.

<sup>4</sup> *O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 7, n. 32, p. 3, abr/ jun 1953.

<sup>5</sup> *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 335.

e Sheperd vêm neste ‘aparente’ intercâmbio de regulação por monopólio a forma desnuda de regulação de serviços públicos nas épocas recentes, lembrando o contrato social básico”. Tais regulamentos rígidos, é bom que de logo seja lembrado, eram estabelecidos pelos próprios grêmios ou guildas.

Com efeito, nunca é demais lembrar que o período em que a privatização, apontada como a panacéia para todos os males da economia, atingiu o seu auge foi, efetivamente, a Idade Média. Cada feudo tinha o seu direito próprio, cujo conteúdo se delineava pelos usos locais, pelos precedentes dos juízes da terra e pelas cartas outorgadas pelos senhores. O *ius in re* era, assim, o fundamento do próprio poder político. De acordo com Ferdinand Lot<sup>6</sup>, tal privatização constituiu, em princípio, uma estratégia dos despóticos reis francos para se manterem no poder, uma vez que a prestação de serviços públicos por parte deles era nula. Também Heller<sup>7</sup> refere o caráter de direito real que tinha o senhor sobre os meios administrativos e judiciários nos territórios que administrava. Os grêmios medievais, ou guildas, constituem uma reação a este estado de coisas, que se mostrava francamente agressivo ao desenvolvimento do comércio. “A primeira que encontramos no Ocidente”, de acordo com Max Weber<sup>8</sup>, “é a *guilda de estrangeiros de caráter local*, como a guilda de comerciantes alemães de Londres, até os séculos XII e XIV, com armazéns, o *Stalhof*. Relacionada com tais diferenças, encontramos, em várias cidades, a instituição do conde hanseático (*Hansgraf*). Trata-se de um funcionário pelos poderes públicos, ou decorrente de uma concessão destes, cuja missão consistia na proteção jurídica dos comerciantes, por ele representados, no movimento mercantil interlocal, porém sem intervir diretamente em tal comércio”. Eli R. Heckscher<sup>9</sup>, outro clássico, ensina que as guildas medievais “gozaban ya desde la temprana Edad Media de privilegios formales y se regían por estatutos confirmados, ocupaban, por sus atribuciones de control de la producción y su derecho de monopolio sobre el ejercicio de la industria, una posición de derecho publico”.

<sup>6</sup> *O fim do mundo antigo e o princípio da Idade Média*. Trad. Emanuel Godinho. Lisboa: Ed. 70, 1985, p.312-5

<sup>7</sup> *Teoria do Estado*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 161-163.

<sup>8</sup> *História geral da economia*. Trad. São Paulo: p. 214-215.

<sup>9</sup> *La época mercantilista*. Trad. Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 127.

Mais dois historiadores, já contemporâneos nossos, esclarecem o que seriam as guildas:

“Inicialmente, simples movimentos de entreajuda, as *guildas*, numerosas nos Países Baixos, na Bacia de Paris, em Inglaterra e na Renânia, conseguiram regulamentar o negócio urbano de forma ‘monopolística’ ou mesmo dominar toda a vida urbana. E, se a cidade era favorecida pela geografia, a guilda dominava ao mesmo tempo todo o interior do país, como a Hansa (que era de fato uma guilda) dos Mercadores de Água em Paris.

As hansas eram agrupamentos mais vastos, destinados a operar sobretudo no estrangeiro, limitando o número de participantes nos grandes tráficos e a organizá-los em seu proveito exclusivo”<sup>10</sup>.

“Que significa esta palavra ‘Hansa’, que aparece nos textos, aliás não apenas para designar a Hansa Teutônica? É uma palavra antiga, que se encontra a partir do século IV com o sentido do ‘séquito guerreiro’. Reaparece no século XII, com sentidos diferentes: imposto pago pelos mercadores, agrupamento de mercadores no estrangeiro. Em 1276, designa os mercadores da Europa do Norte em Inglaterra. Expande-se no século XIV e encontramos-la num documento oficial de 1343, referida à comunidade dos mercadores da Alemanha setentrional. É a *Hansa Teutonicorum*.

Esta apresenta-se com caracteres aparentemente contraditórios. É sobretudo econômica: o seu objetivo essencial é a proteção dos mercadores e do comércio no estrangeiro. O seu papel político foi apenas consecutivo, devido à vacatura do poder imperial. É muito ampla: chega a agrupar mais de 150 cidades, numa zona de 1500 quilômetros de raio, do Zuiderzee ao golfo de Finlândia, do Báltico à Turíngia. É sobretudo duradoura: dura perto de quinhentos anos, das origens, em 1158, até ao

<sup>10</sup> FOURQUIN, Guy. *História econômica do ocidente medieval*. Trad. Fernanda Barão. Lisboa: Ed. 70, 1986, p. 244.

seu desaparecimento em 1669 (data da última reunião da Dieta hanseática). Todavia, suas fraquezas não saltam menos à vista. Não é soberana e permanece sob as ordens do Império; muitos dos seus membros mantêm-se, eles próprios, sob a autoridade de senhores diversos. É mal estruturada, possui poucas instituições próprias, não tem exército nem finanças. Nem sequer se pode dizer ao certo quem dela fazia parte, pelo menos em certo número de casos duvidosos. A sua grande força vem-lhe da solidariedade comercial que nela se expressa.

Originariamente, no século XII, era uma associação de indivíduos, mercadores alemães residentes no estrangeiro. Formara-se num contexto de expansão (nas costas do Báltico e a Ordem Teutônica, na Prússia) e de criações urbanas (Lubeque em 1158, em seguida Rostok, Gdansk, Riga...). A princípio os mercadores haviam obtido amplos privilégios comerciais, mas o seu próprio êxito obrigou-os a trabalhar para os conservar. Tinham necessidade de um apoio político”<sup>11</sup>.

Ora, uma das acepções mais em voga de regulação – e que será adotada neste texto – é precisamente a de **um processo consistente na restrição da eleição da atividade de um sujeito, restrição esta que é mais o produto de interação e dos processos de ajuste dos interesses em conflito, decorrente, muito mais, de uma mediação do que de uma aplicação coercitiva de um comando**. Daí, é de se acompanhar o posicionamento de Washington Peluso Albino de Souza<sup>12</sup> quando afirma, com base em Mitinik: “Teria origem na regulação medieval a retomada, no século XVIII, das ‘leis naturais’ do mercado, que Adam Smith, na ‘Riqueza das Nações’, iria adotar para a desregulação traduzida no *laissez-faire*, argumentando que o bem-estar geral é o resultado da ‘ação privada’ movida pelo ‘interesse privado’.” De outra parte, a acepção que é adotada no presente texto tem a vantagem operacional de abarcar tanto as concepções

<sup>11</sup> WOLFF, Phillippe. *Outono da Idade Média ou primavera dos novos tempos?* Trad. Antônio Gonçalves. Lisboa: Ed. 70, 1989, p. 253-254.

<sup>12</sup> *Op. cit.* p. 345.

voltadas a se atribuírem as mais amplas competências às agências em questão quanto as voltadas a se restringir o seu âmbito de atuação. Eros Roberto Grau<sup>13</sup>, por seu turno, revela os supostos ideológicos da teoria da regulação:

“Essa teoria – a teoria da regulação – ao supor seja a sociedade auto-sustentável, propõe a regulação a partir ‘de dentro’ (substitui a exo-regulação pela endo-regulação ou auto-regulação) e, ao dispensar a atuação do Estado (também) como agente de produção do direito moderno, deita por terra a noção da ‘volonté générale’, ignora a correlação entre direito e violência e a noção de interesse público recuperada como interesse social e predica serem todos os homens dotados da sabedoria da prudência”.

### **3. Ubicação das agências de regulação na estrutura do Estado**

Um aspecto que mereceria ser examinado na polêmica a respeito dos poderes das agências de regulação é o de sua ubicação dentro da estrutura do Poder Público. Claro, esta matéria poderia parecer óbvia para as pessoas versadas no Direito Administrativo e no Direito Constitucional. Contudo, manifestações no sentido de que estas agências seriam totalmente independentes dos Governos conduzem à necessidade de uma reflexão mais aprofundada.

Para nós, estudiosos do Direito Econômico, as agências de regulação constituem instrumentos da política econômica destinada a fazer com que os serviços públicos e as empresas estatais entregues à iniciativa privada não deixem de atender à sua função social, sem que se frustrem, claro, as expectativas de lucro do agente privado. Elas surgem, portanto, como instrumentos de materialização da função racionalizadora do processo econômico mesmo num contexto de minimização do Estado. E, como elas são constituídas pelo Poder Público, através de lei, para desempenhar funções tipicamente administrativas, não se pode deixar de con-

<sup>13</sup> O discurso neoliberal e a teoria da regulação. In: PLURES. *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional – estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, p. 72.

cluír que elas se inserem na estrutura do Estado. Se elas se inserem na estrutura do Estado, cumpre lembrar que, de acordo com o art. 2º da Constituição brasileira, elas não de se inserir no âmbito do Legislativo, do Judiciário ou do Executivo. Esta tripartição da estrutura do Estado, na Constituição brasileira, é preservada inclusive contra o poder de emenda (Constituição, art. 60, § 4º, III).

Volta a pergunta: onde se inseririam elas na estrutura do Estado? Evidentemente, não lhes compete proceder à composição dos litígios em caráter de definitividade. Esta tarefa incumbe, constitucionalmente, ao Poder Judiciário. Aliás, é por este motivo que nem sequer a lei pode arredar a apreciação judicial de qualquer lesão a direito (art. 5º, XXXV, da Constituição). Apesar de serem agências de regulação, é de se observar que elas não se substituem nem se sobrepõem ao Poder Legislativo. Os atos que editarem no exercício desta função de regulação não se podem colocar em desacordo com a lei, nem tampouco podem ser *praeter legem*, sob pena de se agredir o princípio constitucional segundo o qual ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, da Constituição). Portanto, sua atividade consistiria em aplicar a lei de ofício, isto é, em agir, mesmo sem provocação dos interessados eventuais, para aplicar os comandos legais. Se consiste em aplicar a lei de ofício, consiste em uma função administrativa, lembrando clássica lição do saudoso Miguel Seabra Fagundes<sup>14</sup>. Este entendimento de que sua atividade é eminentemente administrativa é subscrito pelos maiores entusiastas destas entidades<sup>15</sup>.

Sendo administrativa a função exercida pelas agências de regulação – o que não implica, há que se insistir, a postura adotada por alguns de reduzir o Direito Econômico a mero capítulo do Direito Administrativo – parece evidente, inarredável, que devem elas subordinação hi-

<sup>14</sup> **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 3.

<sup>15</sup> AZEVEDO, Eurico de Andrade. *Agências reguladoras*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 52, n. 214, p. 145, jul/set 1998; MANNHEIMER, Sérgio Nélon. *Op. cit.* p. 224; WALD, Arnoldo & MORAES, Luíza Rangel de. *Agências de regulação*. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 36, n. 141, p. 164, jan/mar 1999; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. *op. cit.* p. 46; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Agências reguladoras*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 53, n. 216, p. 134, abr/jun 1999.

erárquica a quem detenha a competência constitucional para exercer a direção superior da Administração Pública (art. 84, II, da Constituição Federal)<sup>16</sup>. Como disse Alberto Venâncio Filho<sup>17</sup>, “a administração da União tem como órgão propulsor máximo o Poder Executivo exercido pelo Presidente da República, nos termos do art. 78 da Constituição. O princípio da unidade do Poder Executivo, essencial ao regime presidencialista, foi também observado entre nós, sendo portanto as atribuições do Poder Executivo as atribuições do Presidente da República”. Fábio Konder Comparato<sup>18</sup> também observa que “a rigor, quando há efetivamente planejamento da ação estatal – o que, convenhamos, raramente ocorre entre nós –, ele se dá no âmbito do Poder Executivo, e mais precisamente, nos limites temporais do mandato do seu Chefe. Os planos, se existentes, não passam de programas de governo, com todas as marcas da pessoalidade e precariedade que lhes são próprias, pois submetidos às exigências mutáveis da conjuntura política”. Claro, em se tratando de matéria de cunho técnico, falar não há em subordinação hierárquica. Contudo, em termos funcionais, em termos de atividades de execução, a subordinação, efetivamente, existe.

Tais, em linhas gerais, as razões pelas quais se entende que as agências de regulação somente têm autonomia no que diz respeito à competência técnica. No que diz respeito à prática de atos de execução ou de definição de políticas públicas, devem, sim, subordinação ao Governo.

Há quem diga que a fixação de preços em contratos administrativos teria o caráter de competência técnica e que, portanto, seria matéria escapa à subordinação hierárquica das agências de regulação à autoridade competente para o exercício da direção superior da administração

<sup>16</sup>CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 44; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 438; MEDAUAR, Odete. *Controle administrativo das autarquias*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 152; GASPARI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 236; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 182.

<sup>17</sup>*A intervenção do Estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968, p. 346.

<sup>18</sup>*A organização constitucional da função planejadora*. In: PLURES. *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional – estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, p. 86.

pública, com o que as agências de regulação teriam praticamente soberania nesta matéria, inclusive subordinando o proceder daquela autoridade<sup>19</sup>. Observe-se uma certa reminiscência medieval nesta concepção: a autoridade do poder concedente decorreria da celebração e do cumprimento dos contratos administrativos e não de um princípio político de *potestas*. Eusébio de Queiroz Lima<sup>20</sup> assim descreve os contornos jurídicos do poder político durante a Idade Média, período em que o título de rei era mais propriamente uma dignidade, quase um título honorífico:

“O direito civil, aceito e prestigiado pela Igreja e abandonado do sustentáculo da autoridade suprema do Império, que havia desaparecido, necessariamente se tornou a única força de organização das novas sociedades. O próprio poder político, quando, aos poucos, foi se estabelecendo, tinha o seu apoio e justificativa nas regras capitais do *jus privatorum romanorum*, nos princípios capitais da família e da propriedade, tais como na Idade Média se entendiam: a unidade do poder do Chefe, a investidura hereditária, o direito de primogenitura, a inalienabilidade do domínio territorial.

Dos laços de família e da apropriação da terra derivou toda a sua organização a sociedade medieval. As relações de dependência ou os motivos de hierarquia eram tirados do direito civil. Não era por um princípio político de *potestas* que a autoridade pública se impunha, mas pelos *laços civis de fidelidade* de cliente a patrono. O senhor feudal não é um príncipe que governa em virtude de um direito superior, de um *imperium*; é um contratante, que exige do vassalo o cumprimento de obrigações contraídas em retribuição de certos serviços e vantagens. Não se encontra mais nenhum traço da palavra *imperium* nos textos da época, mas freqüentemente se encontra um termo bem característico – *concordia* – para designar as obrigações que devem unir todos os homens – os

<sup>19</sup> MANNHEIMER, Sérgio Nelson. *Op. cit.* p. 226.

<sup>20</sup> *Teoria do Estado*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1939, p. 126-127.

poderosos e os fracos, os *potentiores* e os *humiliores*. Os nobres tinham seus direitos e deveres firmados nos seus privilégios, os conselhos tinham os seus direitos e obrigações expressos nas cartas de foro, contra as quais não podia prevalecer nenhuma ordem, nenhuma medida arbitrária do rei, *senhor eminente da terra*. As prerrogativas do rei – *regalias* – eram assim limitadas pela rede intransponível dos direitos dos seus vassallos – pelos privilégios da nobreza e do clero, pelas franquias e isenções outorgadas aos conselhos nos forais. A realeza era uma *dignidade*, ou *prerrogativa*, um *direito de ordem familiar e patrimonial*; não era uma *potestas*, um poder político”.

Entretanto, emergem alguns problemas do entendimento sob comentário, de que seria constitucionalmente possível a fixação e o controle *a priori* e *a posteriori* das tarifas: 1) o contrato administrativo tem no preço um de seus elementos essenciais, e é celebrado entre o Poder Público e a entidade particular, nos termos do art. 23, IV, da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; 2) o contrato administrativo é celebrado pelo Poder Público com o particular com o objetivo de transferir a este a prestação do serviço público, nos termos do art. 175 da Constituição Federal; 3) o preço é estabelecido no contrato objetivando propiciar o equilíbrio entre dois interesses conflitantes, que são o de a sociedade continuar a ter à sua disposição o serviço destinado a satisfazer a uma necessidade coletiva – luz, telefone, transporte etc. – e o de o particular vir a obter lucro que não o desestimule a contratar com o Poder Público.

As agências de regulação, dentro da melhor ortodoxia privatista – cuja aplicação aos contratos administrativos não tem sido rejeitada -, não são partes no contrato mediante o qual se transfere, por concessão ou autorização, a prestação dos serviços públicos. Quando muito, podem editar os atos necessários à fiel execução, pelos agentes privados, dos comandos emanados do poder concedente, mas não poderão proceder à alteração do conteúdo de elementos essenciais do contrato. Quando o Poder Público transfere ao particular a prestação do serviço público, mediante concessão ou autorização, está reconhecendo eventual deficiência de meios e se socorrendo do poder econômico privado para que a sociedade não fique pri-

vada de um serviço que lhe é essencial. O poder concedente, pelo art. 2º, I, da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 é tão-somente a pessoa política – União, Estado-Membro, Distrito Federal ou Município – que delega a prestação do serviço ao particular. De outra parte, se existem critérios técnicos que pesam na fixação do preço, este também sofre o influxo de fatores políticos, já que a própria Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, em seu art. 6º, § 1º, estabelece a modicidade das tarifas a serem cobradas dos usuários como um dos elementos conceituais da prestação de serviço adequado. Ora, a decisão sobre o ponto de equilíbrio entre duas soluções técnicas, de sorte a preservar a expectativa de lucro e não tornar o serviço inacessível a quem quer que preencha os requisitos para a ele fazer jus, não é isenta de juízos de valor, pois traduz uma ponderação. E não se pode esquecer, também, tendo em vista a tendência ao escasseamento dos recursos naturais – e muitos, como a água, são objeto de prestação de serviços públicos – que as tarifas podem funcionar como uma forma de, indiretamente, prevenir a necessidade de se promover um racionamento de tais recursos. A ponderação de valores também entra nesta hipótese, indiscutivelmente. E, em se tratando de ponderação de valores, estamos diante de uma verdadeira decisão política. Portanto, esta ponderação de valores para a fixação do preço não traduz exercício de competência técnica, mas sim de materialização de uma política pública que, portanto, está sujeita à autoridade de quem é o responsável pela direção superior da Administração Pública. Logo, confirma-se, mais uma vez, a subordinação devida por tais entidades ao Chefe do Executivo.

Deve-se observar, outrossim, a crítica endereçada em decisão liminar por ilustrado representante da Magistratura à atuação das agências no tocante à fixação das tarifas, pois estas têm-nas entendido sempre abusivas em se tratando de serviços prestados pelo Poder Público ou por empresas estatais e, em se tratando de serviços prestados por concessionárias privadas ou por empresas privatizadas, têm considerado como uma medida de fundamental importância para a expansão do raio de atuação das prestadoras de serviços, de modo a tornar sua atividade mais eficiente, comprovando a superioridade do setor privado sobre o naturalmente ineficiente setor público. Não deixa, aliás, de ser uma medida de política

econômica merecedora de exame mais aprofundado a valoração desigual entre a prática de preços das concessionárias estatais e das concessionárias privadas ou privatizadas: voltar-se-ia tal medida a fortalecer, cada vez mais, o poder econômico privado, reduzindo o espaço comum ou público. Voltar-se-ia, em suma, à submissão, cada vez maior, do coletivo ao individual.

#### **4. Os argumentos em sentido contrário à localização das agências de regulação na estrutura do Executivo**

As teses mais curiosas vêm surgindo em prol da fundamentação de uma não-sujeição das agências de regulação à autoridade a que a Constituição, em seu art. 84, II, confere a direção superior da Administração Pública, direta e indireta: o Chefe do Executivo.

Há quem sustente que as agências de regulação teriam um caráter semelhante ao do Ministério Público. Parece que está sendo feita uma verdadeira confusão. Afinal de contas, o Ministério Público é uma instituição permanente, à qual compete desempenhar as funções descritas no art. 129 da Constituição Federal, que nada têm com a formulação e execução de políticas públicas, embora, eventualmente, possa questioná-las em sede de ação civil pública ou examinar o seu questionamento judicial quando atuar como fiscal da lei. As Agências de Regulação atuam no sentido de materializar políticas públicas.

Também não se pode confundir suas funções com as desempenhadas pelos Tribunais de Contas, porquanto a estes compete o desempenho das funções definidas no art. 71 da Constituição Federal, atribuídas a seus membros as mesmas garantias que à magistratura. Estas funções nada têm com a materialização de políticas públicas, embora impliquem, por vezes, a avaliação destas para os efeitos de verificação de sua regularidade. E mais: estão elas, inclusive, sujeitas à prestação de contas aos Tribunais de Contas, já que são constituídas por dinheiros públicos e seus gestores gerem dinheiros públicos.

Por outra visada, nem o Ministério Público nem o Tribunal de Contas têm personalidade jurídica própria: ambos integram a Administração

Direta, Federal ou Estadual. Já as agências de regulação têm personalidade jurídica distinta: são autarquias, integram a Administração Indireta. Não se confundem, evidentemente, com a pessoa jurídica que as cria – art. 5º, I, do Decreto-lei 200/67 –, o que não significa, obviamente, que, sejam superiores à pessoa jurídica que as cria, a menos que a criatura, juridicamente, pudesse ser maior do que o criador. Já houve um autor<sup>21</sup> que saudasse o declínio das autarquias em prol das empresas públicas justamente porque nestas “a administração torna-se mais operosa e menos atrelada ao controle centralizado”. Por outro lado, é conveniente lembrar com Maria da Conceição do Amaral Monch<sup>22</sup> o “fato de as autarquias serem serviços públicos personalizados e descentralizados que se destacam do conjunto da administração estatal direta, ou que foram criados fora dessa organização, mas com personalidade jurídica de direito público, para se organizarem de acordo com as necessidades dos serviços que visam executar. E, não obstante as autarquias serem dotadas de autonomia administrativa e financeira, continuam sob controle e tutela do Estado, quanto à organização e ao funcionamento de seus serviços, bem como no tocante à fiscalização de suas atividades e gestão financeira, pois gozam dos benefícios e privilégios das pessoas jurídicas de direito público”. Oscar Saraiva<sup>23</sup>, referindo o declínio das autarquias, considera que “as influências centralizadoras de padronização, uniformização e controle as alcançaram, tornando em muitos casos sua administração quase tão rígida quanto a do próprio Estado”.

Também não se confundem com uma consultoria jurídica da Administração Pública, porquanto esta compete, nos termos do art. 132 da Constituição Federal, à Advocacia Pública, que, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, exerce esta função em caráter privativo<sup>24</sup>.

Outra tese, ainda, que parece estar se esboçando, é a que ressalva a abrangência da Súmula 25/STF no tocante às autarquias cujos ór-

<sup>21</sup> JAPPUR, José. *O declínio das autarquias*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 31, n. 127, p. 40, jan/ mar 1977.

<sup>22</sup> *Op. cit.* p. 579-580.

<sup>23</sup> *Op. cit.* p. 233.

<sup>24</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *A advocacia pública e o Direito Econômico*. *Informativo Consulex*. Brasília, v. 11, n. 13, p. 350-349, 31 mar 1997.

gãos colegiados tenham funções judicantes ou puramente técnicas<sup>25</sup>. Quando a função seja predominantemente judicante, não resta dúvida que a tônica há de ser a de resguardo mais absoluto da independência, porquanto aí a decisão se calcará em fundamentos técnicos, que são imunes, como se sabe, à hierarquia. Quando a função seja predominantemente técnica, o mesmo raciocínio cabe. Agora, quando o órgão colegiado se valha de conhecimentos técnicos para a tomada de decisões de caráter eminentemente político, isto é, vinculadas necessariamente à materialização de políticas públicas, não cabe considerar que se trate de uma autarquia com funções predominantemente jurisdicionais ou técnicas.

A função de regulação é típica de materialização de políticas públicas. Com efeito, através dela se pretende estabelecer uma ponderação de interesses aparentemente conflitantes, de tal sorte que situações que se mostrem aptas a comprometer um *status* de equilíbrio entre os agentes econômicos e os usuários ou consumidores, isto é, situações em que as medidas aptas a assegurarem lucro mais elevado possam comprometer o acesso universal ao serviço público, ainda que concedido, ou em que a justa remuneração do capital se possa ver comprometida, o que se tem, efetivamente, é o exercício de uma das funções *do Estado* no domínio

<sup>25</sup> FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. *op. cit.* p. 60; MANNHEIMER, Sérgio Nelson. *Op. cit.* p. 232. O Min. Nelson Jobim dissentiu dos Mins. Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, suscitando a superação da Súmula 25 do Supremo Tribunal Federal pela Constituição de 1988 e, caso não fosse considerada superada, considerando-a como impertinente às agências de regulação, cuja autonomia frente aos Governos seria um dique das necessidades da economia pública contra pendores despóticos político-partidários. Este voto, proferido na sessão do dia 11 de novembro de 1999, não deixou de fazer referência a um dos *topoi* mais caros ao Estado Liberal que adota o regime parlamentar de Governo, qual seja, a tendência a vislumbrar o Poder Executivo como o instrumento mais eficiente para o exercício da tirania e, portanto, como necessária a oposição do maior número possível de barreiras à sua atuação. Na sessão do dia 18 de novembro de 1999, contudo, reformulou seu voto, tanto em virtude do que assinalado pelo Min. Sepúlveda Pertence, quanto a traduzir esta competência para a exoneração de agentes vinculados ao Executivo reservada à Assembléia Legislativa uma disposição de caráter parlamentarista incompatível com a divisão de poderes delineada pelo regime presidencialista, adotado no Brasil, como em virtude de haver prevalecido – contra o voto do Min. Marco Aurélio, que não fez a ressalva – o entendimento segundo o qual a aplicação à hipótese da Súmula 25/STF estaria condicionada à presença de justo motivo. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 1.949 – relator: Min. Sepúlveda Pertence. O ponto de erupção da tópica, no caso, foi “a interpretação do ‘simplex estado de coisas’ e sua repercussão no mundo jurídico” (MOREIRA, Alexandre Mussoi. *Anotações sobre a tópica. Revista da Faculdade de Direito Ritter dos Reis*. Canoas, v. 2, n. 2, p. 209, 1999).

econômico, que é a de corrigir as distorções do mercado. É, portanto, o exercício da função do Estado enquanto agente regulador, prevista no art. 174 da Constituição Federal. As entidades que são encarregadas do exercício desta atividade não apenas exercem funções de fiscalização como ainda editam atos normativos para o efeito de conferir maior exequibilidade a situações postas em leis-quadro. Nem o Tribunal de Contas nem o Ministério Público são dotados desta competência normativa. Tampouco as entidades administrativas voltadas para o exercício de atividades jurisdicionais. Mas as entidades da administração direta e indireta destinadas à materialização de políticas públicas o são, sem sombra de dúvidas.

Marcos Juruena Villela Souto<sup>26</sup> busca defender a total autonomia caracterizando seus dirigentes como “agentes políticos com processo especial de nomeação e investidura”. Ora, os agentes políticos, no Direito brasileiro, têm um rito de investidura previsto constitucionalmente. Temos total concordância com a tese de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>27</sup> quando diz que “agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do país, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder. Sua função é a de formadores da vontade superior do Estado”. Desde esta perspectiva, parece-nos inaceitável o entendimento do ilustrado Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Entretanto, Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>28</sup> secunda a tese sustentada por seu discípulo, ao sustentar que as agências se devem pautar pelo objetivo de “uma desejada atuação célere e flexível para a solução, em abstrato e em concreto, de questões em que predomine a *escolha técnica*, distanciada e isolada das disputas partidárias e dos complexos debates congressuais em que preponderam as *escolhas abstratas político-administrativas*, que são a arena de ação dos Parlamentos, e que depois se prolongam nas *escolhas administrativas discricionárias*, que prevalecem na ação dos órgãos burocráticos da Administração Pública”.

<sup>26</sup> *Op. cit.* p. 162.

<sup>27</sup> *Regime constitucional dos servidores públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 11-12; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 73.

<sup>28</sup> Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Natureza jurídica. Competência normativa. Limites de atuação*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 53, n. 215, p. 74-75, jan/ mar 1999.

Com esta tese, tem-se procurado dar foros de juridicidade à possibilidade de tais agências conduzirem a política econômica estatal em rumo diverso do definido por aquele que, no sistema brasileiro, é quem detém a prerrogativa, o poder-dever de exercer a direção superior da Administração Pública, instaurando verdadeiro governo paralelo. Até mesmo neste particular, os defensores desta autonomia não deixam de ressuscitar velhos costumes da Europa medieval, como descreve Dalmo de Abreu Dallari<sup>29</sup>:

“Os próprios agentes do poder político, ligando o exercício do seu poder à propriedade ou à posse da terra, **afirmavam a independência em relação a qualquer autoridade maior**, embora nominalmente integrados num Estado de dimensões muito vastas, ainda que imprecisas”.

As teses em prol da autonomização total destas entidades em face do Poder Executivo, podendo, ainda, atuar externamente aos contratos administrativos, emitindo, pois, comandos com poderes vinculantes sobre aqueles que os celebram, sob o argumento de que somente assim se poderia evitar o desvirtuamento destas agências em instrumentos dos concessionários, do Poder Público ou dos usuários<sup>30</sup> escondem, na realidade, uma intenção velada de se retornar, mesmo, ao período dos grêmios medievais, reduzindo o espaço público e permitindo, inclusive, que um Governo imponha sua própria orientação político-econômica a seu sucessor e, em alguns casos, produzindo uma crise de autoridade. Arno Schilling<sup>31</sup>, a este respeito, mostra que a orquestração deste tipo de campanha não constitui nenhuma novidade:

“O jurista brasileiro Bilac Pinto, em seu notável estudo (*Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*), relata, documentalmente, o que ocorreu nos Estados Unidos, onde se

<sup>29</sup> *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 59.

<sup>30</sup> FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. *op. cit.* p. 60: “A captura governamental é prejudicial pelas ingerências de caráter político que o processo regulatório pode tomar; a captura por concessionários é nefasta, pois costuma inviabilizar a modicidade das tarifas e tende a ser excessivamente maleável na aplicação de sanções, a captura pelos usuários poderia trazer riscos na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão”.

<sup>31</sup> *Sociedades de economia mista*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 11, n. 50, p. 42, out/ dez 1957.

desencadeou uma campanha destinada a desacreditar a administração pública, apresentando-a como incapaz de prestar serviços públicos e de os fiscalizar eficazmente. A direção política e econômica dessa campanha visava estabelecer um predomínio das forças financeiras sobre a autoridade mesma do Estado, o que implica a crise dos atributos soberanos do poder público. A investigação realizada pelo Senado federal americano há vinte anos” – o texto transcrito é de 1957 – “pôs de manifesto não só a gravidade e o perigo dessa campanha como também o grau de corrupção a que se atingira, inclusive na esfera docente, por força da dita campanha desencadeada pelos detentores do capital particular”.

Se a tese central do artigo do jurista gaúcho transcrito por último – a descaracterização das sociedades de economia mista como pessoas jurídicas de direito privado para se as entender, em realidade, como autarquias a que se conferiu a máscara de sociedades por ações para escaparem aos rígidos controles a que estão sujeitas as pessoas de direito público ao dispenderem o dinheiro dos contribuintes – restou vencida, não se pode deixar de registrar este dado de fato ali narrado, dado que a sobrevalorização destas agências em face dos governos está inserida neste contexto. Isto não escapou a Eros Roberto Grau<sup>32</sup>:

“A proposta da regulação é ambígua – o movimento [da regulação] não postula a anomia nos mercados, porém novas modalidades de regulação, mais eficientes – a teoria [jurídica] da regulação não é consistente. Consistente, no sentido de que não propõe a exclusão do terceiro-ordenador [o Estado, que é também terceiro-árbitro]. Ou a propõe? Se é isso o que propõe – e isso é mais grave do que tudo – nisso e com isso estará a escamotear a imagem de um terceiro-ordenador (o ‘grande irmão’, comandante em chefe da poliarquia [Capella]), qual, é óbvio, pretende escamotear o conflito”.

<sup>32</sup> *Op. cit.* p. 73.

Lança-se aos atos governamentais a presunção de serem inspirados ou pela demagogia ou por interesses personalíssimos do governante<sup>33</sup>, subtraindo, assim, um dos substratos da própria autoridade, que é a presunção de conformidade dos atos do Poder Público ao Direito e à conformidade com o interesse público. Ou talvez se pretenda, também aqui, um retorno ao sistema feudal:

“Os reis bárbaros, francos, godos, lombardos e vândalos, uma vez completada a dominação dos antigos territórios que integravam a órbita da hegemonia do extinto império cesarista, passaram a distribuir cargos, vantagens e privilégios aos seus chefes guerreiros, resultando daí a fragmentação do poder. E como fossem imensos os territórios e impossível a manutenção de sua unidade sob um comando central único, criaram uma hierarquia imperial de condes, marqueses, barões e duques, os quais dominavam determinadas zonas territoriais, como concessionários do poder jurisdicional do Rei. Em compensação, tais concessionários se comprometiam a defender o território, prestar ajuda militar, pagar tributos e manter o princípio da fidelidade de todos os súditos ao Rei.

O senhor feudal era o proprietário exclusivo das terras, sendo todos os habitantes seus vassalos. Exercia o senhor feudal as atribuições de chefe de Estado, decretava e arrecadava tributos, administrava a justiça, expedia regulamentos e promovia a guerra. Era uma espécie de rei nos seus domínios. Seu reinado, porém, repousava sobre um conceito de direito privado e não de direito público”<sup>34</sup>.

Trata-se de uma concepção que, praticamente, considera não estar a formulação e execução de medidas de política econômica inserta no conceito de Governo, o que, como já demonstrou Washington Peluso Albino de Souza<sup>35</sup>, não tem a mínima procedência:

<sup>33</sup> MANNHEIMER, Sérgio Nelson. *Op. cit.* p. 231.

<sup>34</sup> MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 109.

<sup>35</sup> Parecer ofertado ao Estado do Rio Grande do Sul. 1999, constante dos autos da ação cível originária 545, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, sob relatoria do Ministro Maurício Correa.

“Tanto a formulação como a execução das medidas de política econômica inserem-se no conceito de funções de governo.

Começemos por considerar a Política Econômica. Ao fazê-lo, Kenneth E. Boulding parte da significação da palavra ‘política’ como referida, geralmente, aos princípios que governam a ação dirigida para determinados fins. E acrescenta que, na qualidade de economista, indicaria os seguintes objetivos para caracterizar a Política Econômica: progresso, estabilização, justiça, liberdade (‘Princípios de Política Econômica’, Editora Mestre Jou, São Paulo, 1967, p. 19, 28).

Utilizando-nos desta indicação, podemos simplificar o conceito, dizendo tratar-se da ‘ação dirigida’ no sentido de atender aos fins econômicos da sociedade mediante a busca do progresso e da estabilização, como valores econômicos, porém em obediência aos princípios de justiça e liberdade, que compete ao Direito assegurar. Esta ação dirigida é praticada pelo Estado e, como tal, vamos considerá-la função de governo”.

John Kenneth Galbraith<sup>36</sup>, por seu turno, assinala que “muitos têm observado que organismos regulatórios tendem a se tornar instrumentos, ou mesmo fantoches das indústrias que devem fiscalizar”.

Assume nesta visão por nós combatida a entidade de regulação, praticamente, a mesma força que as guildas medievais:

“Em certo número de antigas e grandes cidades do centro da Alemanha, encontramos, em compensação, uma guilda que domina a cidade de maneira extra-oficial, a *Richerzeche* de Colônia, a guilda dos grandes comerciantes, a que financiou a revolução contra o arcebispo, tomando juramento dos cidadãos contra o senhor da cidade e dominando-a, a partir daquele momento, pelo que esteve em condições de conceder o direito de cidadania”<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> *A economia e o interesse público*. Trad. Antônio Zoratto Sanvicente. São Paulo: Pioneira, 1988, p. 220.

<sup>37</sup> WEBER, Max. *Op. cit.* p. 217.

“No topo, situa-se a Dieta da Hansa (*Hansetag*) ou Conselho da Cidade, convocado em geral por Lubeque. As suas reuniões são raras, sem periodicidade regular: há 24 de 1363 a 1400, 12 de 1400 a 1440, 7 de 1440 a 1480. A participação nelas é baixa, em razão das longas distâncias e das despesas: em geral há entre 10 e 20 delegados (a mais participada teve lugar em 1437, com 39). As Dietas discutem tudo o que é do interesse das cidades: economia, finanças, força militar. Arbitram todos os conflitos entre membros, aplicam multas e determinam exclusões”<sup>38</sup>.

“En el proceso *Mitchel vs. Reynolds*, Parker expresó, sin andarse con rodeos, la opinión que le merecían las ‘corporaciones que laboran eternamente por conseguir ventajas de carácter exclusivo en las industrias, para ponerlos luego en manos del menor número de personas’. En el proceso *Bodwic vs. Fennel*, uno de los jueces se expresó así: ‘Se abusa mucho de estos privilegios exclusivos’<sup>39</sup>.

“Da trilha que aparentemente estamos a palmilhar, na construção de uma grande Idade Média, vêem-se bem as pedras quando visualizamos, na regulação aplicada à organização da atividade econômica (aqui como auto-regulação), a institucionalização de autênticas corporações de ofício. A contradição neste passo aparece inteiramente desnudada: quem poderia supor que uma das manifestações do discurso neoliberal, a da auto-regulação, conduzisse justamente a um retorno às corporações de ofício”<sup>40</sup>.

Fábio Konder Comparato<sup>41</sup>, embora defendendo a necessidade de um órgão técnico cujos integrantes fossem nomeados pelo Executivo e aprovados pelo Legislativo, algo bem próximo, portanto, às agências de

<sup>38</sup> WOLFF, Phillippe. *Op. cit.* p. 255.

<sup>39</sup> HECKSCHER, Eli R. *op. cit.* p. 292.

<sup>40</sup> GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.* p. 73.

<sup>41</sup> *Op. cit.* p. 87. Quanto a este particular, o Supremo Tribunal Federal, na sessão de 8 de abril de 1999, por maioria, contra o voto do Min. Marco Aurélio, considerou possível, em princípio, o transplante do rito da investidura das autoridades nominadas no art. 52, f, da Constituição de 1988 para a dos conselheiros das agências de regulação, ao julgar a medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 1.949, relatada pelo Min. Sepúlveda Pertence. Ressalte-se que, no prosseguimento do julgamento, na sessão de 11 de novembro de 1999, quanto a este ponto o Min. Marco Aurélio se retratou.

que se está falando, somente considera possível a sua criação em se repensando o modelo de separação de poderes.

Por outro lado, cabe lembrar esta verdadeira curiosidade do “novíssimo Neoliberalismo” – porque como neoliberal temos um Keynes, que esta escola *soi disant* moderna contesta -, descrito por Washington Peluso Albino de Souza<sup>42</sup>: “O modo seguido tem sido o de se extinguir os órgãos regulamentadores, como conselhos, comissões e outros e privatizar as empresas estatais. Entretanto, aqueles organismos passam a ser substituídos por ‘agências reguladoras’, praticamente com as mesmas funções, pois encarregadas da política econômica daqueles setores da economia”.

Não temos aqui um retorno à concepção liberal do Estado. Não é a este retirada, em tal concepção, a característica de instância máxima de poder. Cabe-lhe a manutenção da ordem pública e da justiça. Eli Hecksher<sup>43</sup>, ao analisar a obra de Adam Smith, observa:

“Su tesis era que no debían confiarse funciones políticas a las organizaciones comerciales ni a sus agentes. Esta tesis, en consonancia con la concepción fundamental del liberalismo, obedecía a una alta valoración de la fuerza y la integridad del poder del Estado dentro de una órbita rigurosamente delimitada, y aspiraba a demostrar que el delegar atribuciones de poder propias del Estado en organizaciones comerciales de carácter monopolista era incompatible con aquella concepción”.

A concepção que tem inspirado os defensores ardorosos da plena autonomia das agências reguladoras, na realidade, retira ao Estado a condição de instância máxima de poder político<sup>44</sup>: transfere a elas este papel, na medida em que se sustenta, até mesmo, que o Estado lhes deve obediência. Quer dizer: o comando da prestação de serviços públicos, quando se-

<sup>42</sup> *Primeiras linhas*, cit. p. 344.

<sup>43</sup> *Op. cit.* p. 437.

<sup>44</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Agência*, cit. p. 82: “O poder normativo das Agências Reguladoras se enquadra como uma variedade de delegação, denominada pela doutrina de *deslegalização*, em que o que se pretende é atender a necessidade de uma normatividade essencialmente técnica com um mínimo de influência político-administrativa do Estado em certos setores da prestação de bens e de serviços, públicos ou não”.

jam concedidos, de acordo com esta concepção – com a qual não concordamos – não será, em última instância, do Estado, mas sim das agências, como se elas não fossem – insistimos – desdobramentos do próprio Poder Estatal, mais especificamente do Executivo, e não estivessem, pois, sujeitas a quem detém a prerrogativa de dirigir superiormente a Administração Pública.

### **5. Força coercitiva das decisões das agências de regulação**

De outra visada, às decisões que venham a emanar destas entidades não se pode, em face do perfil constitucional brasileiro, atribuir poder coercitivo sobre o poder concedente. Na qualidade de autarquias, têm elas poderes menores do que as entidades das quais são extensão. Hely Lopes Meirelles<sup>45</sup>, neste sentido, observa que “entre autarquias e entidades estatais hão de prevalecer sempre as prerrogativas destas sobre as daquelas, por superior na ordem constitucional a posição das entidades político-administrativas (União, Estados-Membros e Municípios) em relação à das entidades meramente administrativas”. Temos de lembrar, sempre, que, no tocante à prestação de serviços públicos, é ao poder concedente que, em princípio, competiria prestá-los. Ele somente chama a colaboração do particular, que, é claro, não irá colaborar gratuitamente, pois na iniciativa privada o móvel primeiro não é a prestação do serviço em si mesma, mas sim o lucro. Para que a justa expectativa de lucro não venha a se tornar proibitiva para a universalidade das pessoas que teria direito à prestação do serviço é que se confere, no art. 175, parágrafo único, III, da Constituição, ao poder concedente a prerrogativa de estabelecer a política tarifária. Atribuir a tais entidades o poder de emitir comandos com caráter coercitivo sobre o poder concedente implica, praticamente, transferir o próprio comando sobre o poder concedente para tais entidades<sup>46</sup>. Eli Heckscher<sup>47</sup>, outra vez, lembra que “lo que, según la concepción moderna, distingue al Estado de todos los demás organismos sociales es el hecho de ser, por su misma esencia, una

<sup>45</sup> *Op. cit.*, p. 313.

<sup>46</sup> Esta matéria é objeto de discussão na ação direta de inconstitucionalidade 2.095 – relator: Min. Octávio Gallotti.

<sup>47</sup> *Op. cit.* p. 461.

corporación coactiva o, por lo menos, la corporación llamada a decidir en última instancia acerca del empleo de la fuerza en el seno de la sociedad; de ser, para emplear la terminología del teórico del derecho público alemán Jellinek, ‘una autoridad sobre las autoridades’. De aquí que el interés primordial del Estado, aquel que no puede abandonar sin negarse a sí mismo, sea el *poder*”.

Entretanto, no que tange ao concessionário em sua relação com o público a que presta serviços, aí, sim, será, em princípio, legítima sob o ponto de vista jurídico a emissão de comandos pelas agências de regulação com caráter coercitivo. O Direito Econômico, aqui, vem com o objetivo de ministrar ao intérprete os necessários subsídios a respeito do atingimento da finalidade a que se propõe a prestação do serviço público pelas empresas privadas, com o que o equilíbrio deixa de ter um sentido meramente contratual para ser entendido como ponto de encontro entre sujeitos de direito, individuais, coletivos e difusos, que são diretamente afetados.

Deve-se salientar, ainda, a hipótese em que a concessionária seja empresa estatal, como é o caso, no Rio Grande do Sul, da Companhia Riograndense de Águas e Saneamento – CORSAN, sociedade de economia mista sob o controle do Estado do Rio Grande do Sul, concessionária dos serviços municipais de saneamento e abastecimento de água<sup>48</sup>. Se deficiências na prestação, por parte da CORSAN, dos serviços de saneamento e abastecimento de água poderiam, em tese, cair sob a competência da Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado do Rio Grande do Sul – AGERGS, tal não poderia ocorrer, por exemplo, com relação à fixação das tarifas, pois, neste caso, a autarquia estadual estaria inclusive adentrando em uma seara que é defesa até mesmo à União e ao Estado-Membro: invadiria a autonomia municipal, resguardada no art. 30, V, da Constituição Federal<sup>49</sup>. Por que a prestação de serviços, em si mesma, poderia cair sob a jurisdição da autarquia, em se tratando de concessionária estatal? Pela razão de se aplicar às empresas públicas e sociedades de economia mista o mesmo regime que às empresas privadas, por força do

<sup>48</sup> FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. *op. cit.* p. 27.

<sup>49</sup> Esta matéria se encontra sob o exame do Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade 2.095 – relator: Min. Octávio Gallotti.

art. 173, § 1º, da Constituição Federal em seu texto originário, e 173, § 1º, II, após a redação dada pela Emenda Constitucional 19/98.

Quando a atividade a que se volte à regulação seja desempenhada por empresas que foram privatizadas que não eram concessionárias de serviço público, claro que às agências cabe um papel fundamental na emissão de comandos de caráter coercitivo, uma vez que, neste caso, o que se tem é a submissão que todos os particulares, efetivamente, devem ao Poder Público. E por que lhes cabe um papel fundamental? É que o serviço prestado pelas empresas que antes eram estatais, prestado a preços acessíveis para que não se tornasse inviável o desenvolvimento da economia como um todo, não pode sofrer solução de continuidade ao sabor do interesse egoístico do novo titular.

### **6.A ubicação das agências no Direito Econômico.**

Mas em que interessa, efetivamente, em termos de Direito Econômico, saber a quem competiria o comando da prestação dos serviços públicos? Isto não seria matéria própria do Direito Administrativo? Consoante dito em trabalhos anteriores, entendemos – e o Supremo Tribunal Federal encampou tal tese<sup>50</sup> – que constitui princípio de Direito Econômico a indissociabilidade entre as medidas de política econômica e os atos jurídicos que as veiculam.

Ora, os atos jurídicos que veiculam medidas de política econômica têm relevância jurídica, tendo em vista que definem posições dos sujeitos perante a parcela da realidade sobre a qual incidem, criando ou mantendo situações de vantagem ou prescrevendo deveres. Posta nestes termos a questão, forçoso é reconhecer que as determinações provenientes das Agências de Regulação, ante as necessárias repercussões sobre a conduta dos interessados, devem ser emitidas de modo válido, pena de nulidade coarctável pelos meios judiciais cabíveis.

Isto porque se tais Agências se manifestam como uma expressão do Estado Mínimo, no sentido de cada vez mais se deixarem as presta-

<sup>50</sup> Ação direta de inconstitucionalidade 234-RJ. Relator: Min. Néri da Silveira. *DJU* 15 set 1995.

ções concretas nas mãos da iniciativa privada, os atos jurídicos por elas emitidos que veicularem comandos abstratos, detalhando *standards* legislativos, se não forem válidos traduzirão restrições ilegais à autonomia da vontade ou autorização de despesas inválidas, enquanto as prestações materiais que por elas forem praticadas traduzirão autêntica malversação dos recursos públicos.

A disciplina sobre o funcionamento dos serviços públicos ou das atividades entregues à iniciativa privada mercê da privatização das empresas que as prestavam, quando materializar uma determinada política econômica, estará precisamente atravessando a fronteira que separa o Direito Administrativo do Direito Econômico. É, aliás, Galbraith<sup>51</sup> quem identifica um caráter de política econômica na própria oferta de serviços públicos:

“O desenvolvimento desigual da economia tem, como sua contrapartida e seu reflexo, uma oferta desigual dos serviços públicos. Os serviços públicos que são importantes para o sistema de planejamento, ou que representam compras de seus produtos, são financiados generosamente. Os serviços públicos que são importantes para o sistema de mercado ou que carecem de base industrial – ou que atendem o público em geral, como o alívio da privação econômica, o fornecimento de ensino não-técnico ou a administração da justiça – são menos amplamente financiados. Esta distorção de prioridades não é, como às vezes se imagina, um erro excepcional no que é, em geral, um sistema excelente. É uma característica tão intrínseca da economia moderna quanto o andar errático num bêbado”.

Como as agências de regulação, por mais que os seus defensores pretendam sustentar que são terceiros acima do poder concedente (!), do concessionário e do usuário, são criadas pelo Estado para executar uma determinada política econômica em seu nome – no caso, a de garantir a continuidade e a qualidade do desempenho daquela determinada atividade voltada à satisfação de uma necessidade coletiva, enquadram-se com toda

<sup>51</sup> *Op. cit.* p. 296.

a tranqüilidade no Direito Institucional Econômico. Nas palavras de Washington Peluso Albino de Souza<sup>52</sup> vem a premissa maior do raciocínio exposto no presente parágrafo:

“Enquadram-se no Direito Institucional Econômico justamente as entidades criadas para exercer a ação econômica, para cumprir a política econômica em seu nome. Com elas, pretende-se manter o princípio liberal de que o Estado não atua diretamente na vida econômica, mas encontra-se o caminho de uma ação que é direta, embora não praticada pelos órgãos da administração tradicional do Estado”.

“Nesta parte, examina-se a intervenção do Estado no domínio econômico não como agente normativo, impondo regras de conduta à vida econômica, mas como elemento de atuação no próprio processo econômico. Pode-se, assim, antepor ao Estado como norma, Direito Regulamentar Econômico, o Estado como agente, Direito Institucional Econômico”<sup>53</sup>.

Ao Direito Administrativo interessará a caracterização destas entidades, a natureza dos atos que praticarem, os procedimentos que conduzirão. É o Direito Econômico que, sem dispensar o concurso do Direito Administrativo, permite a compreensão de suas atividades. E permite compreendê-las como uma forma de *ação do Estado* no domínio econômico. E, destarte, estabelecer seu referencial constitucional.

No que interessa à política econômica de privatização, estas entidades traduzem, em si mesmas, um exemplo vivo de que não é o mercado que vai regular, por si mesmo, a prestação de serviços de infra-estrutura, como os concernentes à energia elétrica. E, por outro lado, é fundamental a garantia do acesso universal a estes serviços para o próprio funcionamento da economia: a vida urbana neste final de século XX depende em larguíssima medida da continuidade do fornecimento da energia elétrica, desde o mais simples eletrodoméstico, utilitário como um liquidificador ou destinado ao lazer como a televisão, até o mais sofisticado computador, que se vem a tornar veículo de importantes negociações pela INTERNET

<sup>52</sup> *Primeiras linhas*, cit. p. 121.

<sup>53</sup> VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Op. cit.* p. 337.

ou ainda possibilita o mais eficiente atendimento hospitalar.

A presença do Poder Público, mesmo mediada pelas autarquias em questão, revela que se está a redefinir um papel deste mesmo Poder Público em face da realidade econômica, mas está longe o dia em que os que sonham com o paraíso terrestre do “free trade”, em que a antiga fórmula leninista é pronunciada substituindo a palavra “soviets” por “capitalistas privados”, verão aliado o Estado do domínio econômico.

Ainda mais tendo em vista que o fortalecimento do Estado Nacional foi bem vindo e apoiado pela burguesia e possibilitou a formação do capitalismo moderno. Como disseram eminentes constitucionalistas:

“As deficiências da sociedade política medieval determinaram as características fundamentais do Estado Moderno. A aspiração à antiga unidade do Estado Romano, jamais conseguida pelo Estado Medieval, iria crescer de intensidade em consequência da nova distribuição da terra. Com efeito, o sistema feudal, compreendendo uma estrutura econômica e social de pequenos produtores individuais, constituída de unidades familiares voltadas para a produção de subsistência, ampliou o número dos proprietários, tanto dos latifundiários quanto dos que adquiriram o domínio de áreas menores. Os senhores feudais, por seu lado, já não toleravam as exigências de monarcas aventureiros e de circunstância, que impunham uma tributação indiscriminada e mantinham um estado de guerra constante, que só causavam prejuízo à vida econômica e social.

Isso tudo foi despertando a consciência para a busca da unidade, que afinal se concretizaria com a afirmação de um poder soberano, no sentido de supremo, reconhecido como o mais alto de todos dentro de uma precisa delimitação territorial”<sup>54</sup>.

“Promovendo a política mercantilista, intervindo na ordem econômica, subsidiando as primeiras empresas capitalistas, encorajando a iniciativa industrial, amparando os frutos do traba-

<sup>54</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.* p. 59-60.

lho burguês ou a capacidade de exploração burguesa, a monarquia absoluta atenuava e encobria a agudeza da contradição frontal que era um governo de reis e nobres, de direitos feudais e instituições do período medievo, numa sociedade cuja base econômica se alterara profundamente, gravitando já o poder da riqueza noutra reino social de todo distinto, qual seja, o da burguesia recém-formada e fortalecida.

De início, acolheu o elemento burguês aquela política com reconhecimento cordial por atender à confirmação da economia capitalista, essa mesma economia que, enganosamente, fez do tema 'livre empresa' o pendão de um dogma ambicioso tentando traduzir a essência do sistema quando, em verdade, traduzia tão-somente o interesse de determinada fase transitória do capitalismo. Cresceu este amparado nos braços do Estado, protegido desde o berço pela política dos príncipes, cuja intervenção sobre o domínio econômico se processa sempre em ordem a sustentar o empresariado débil e desajudado"<sup>55</sup>.

Não resta dúvida, portanto, que a quebra da autoridade estatal em prol das agências de regulação traduz um retorno, com sofisticações tecnológicas, a concepções tipicamente medievais. Se, por um lado, elas se parecem muito com as guildas, em que os comerciantes e artesãos se juntaram para fazer valer o seu poder econômico contra os senhores feudais, por outro, a quebra da hierarquia, típica do sistema feudal e a fundamentação puramente contratual da autoridade também apontam para uma ressurreição da Idade Média. Apontam para a ressurreição da política econômica vigorante na Idade Média. Como, sob o aspecto constitucional, ainda se adota a concepção de Estado como a instância máxima em termos de espaço público – justamente a concepção que desalojou a medieval, por se entender que esta constituía até mesmo um entrave para o desenvolvimento econômico – a compreensão das agências dentro do Direito Institucional Econômico e sem o comprometimento da própria autoridade do Poder Público estatal traduz, em realidade, um compromisso com o respeito à concep-

<sup>55</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 91.

ção esposada pela Constituição. A menos que se pretenda sustentar que o objetivo seria, realmente, estabelecer um marco divisório entre os sujeitos de direito e os seres com forma humana que não seriam sujeitos de direito. Uma política econômica que se destinaria a bloquear qualquer atuação do Poder Público no sentido de propiciar àqueles que não tenham condições de pagar tarifas aptas a garantirem a lucratividade a prestação do serviço público delegado a empresas privadas. Neste caso, caberia trazer à colação a reflexão de Washington Peluso Albino de Souza<sup>56</sup>:

“Nossa proposta de reflexão sobre ‘exclusão social’ aponta para a necessidade de acrescentar à enumeração textual dos ‘excluídos’ também a denúncia dos expedientes capazes de impedir a eficácia dos direitos dos próprios ‘incluídos’. Procura levar até os dispositivos bloqueadores, tanto dos novos direitos ali introduzidos quanto dos anteriores, assim anulados. Considera que, em maior ou menor dimensão, aplicam-se a concretizar a ‘exclusão’. Constituem modos capazes de modificar ou de substituir, até pelo seu contrário, afirmativas ideológicas definidas pelo legislador constituinte originário, pela via de atribuir competência ao legislador ordinário, hierarquicamente inferior, unguindo-o de perenidade constituinte. Afirmam-se, portanto, como formas de ‘exclusão’ que atingem o povo-população na plenitude dos direitos dos indivíduos ou das categorias que os congregam, desconsiderando-os como destinatários dos direitos assegurados pelos fundamentos da soberania, da cidadania, da dignidade humana, dos valores sociais do trabalho e do pluralismo político”.

<sup>56</sup> *Democracia e exclusão social*. Conferência. Belo Horizonte: 1999.

## 7. Competências.

Dentre as competências que se têm atribuído às agências de regulação, mostram-se de discutível constitucionalidade as que impliquem, de qualquer modo, submissão do poder concedente a elas<sup>57</sup>. Entretanto, é

<sup>57</sup> Houve, inclusive, uma cogitação de se entenderem as competências previstas em lei como um *numerus apertus*, bloqueada a tempo pelo Parecer 12.075 - Ma. Regina Massa Cysneiros da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul:

“LICITAÇÃO. AGERGS - Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul. Alcance do artigo 1º do Decreto n. 37.839 de 21.10.97. Incompetência para apreciação de licitação que tenha por objeto arrendamento de instalações portuárias e exploração dos respectivos serviços. Bens de propriedade da União. Arts 20 da Constituição Federal e artigos 64 e 76 do Decreto-Lei 9.760 de 05.09.46. Lei 8.630 de 25.02.93.

O expediente proveniente da AGERGS - Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul contém consulta acerca da competência daquela Agência para exame e homologação dos editais e minutas de contratos para licitação de áreas em instalações no Porto do Rio Grande.

Emerge a dúvida porquanto a Lei 8.630/93, que dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias, prevê que a referida exploração das instalações portuárias e dos respectivos serviços públicos, pelo particular interessado, seja efetuada sob a forma de contrato de arrendamento, o que afastaria a competência da AGERGS, posto que estaria restrita à fiscalização de concessões, permissões e autorizações de serviços públicos, como disposto no artigo 1º do Decreto 37.839 de 21.10.97, “*verbis*”:

“Art. 1º - Todos os editais e minutas de contratos objetivando a outorga de Concessão e Permissão dos Serviços Públicos do Estado, após o exame e manifestação da Procuradoria-Geral do Estado, deverão ser obrigatoriamente encaminhados à Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul - AGERGS, para exame e homologação.”

É o relatório.

O artigo 20 da Constituição Federal estabelece no inciso VII, que constituem bens da União, “os terrenos de marinha e seus acrescidos”, em idêntica redação àquela do Decreto-Lei n. 9.760 de 05.09.46, que dispõe sobre os bens imóveis da União, e fixa, em seu artigo 1º, sob letra “a”, como sendo de propriedade daquela, “os terrenos de marinha e seus acrescidos”, abrangendo, portanto, toda a área na qual se situa o Porto do Rio Grande.

Atualmente, o Porto do Rio Grande é objeto de contrato de concessão celebrado entre a União Federal e o Estado do Rio Grande do Sul, que o administra através da SUPRG.

Mais adiante, o artigo 64 do citado Decreto-Lei 9.760/46, explicita as modalidades de utilização dos bens imóveis da União não considerados em serviço público:

“Art. 64. Os bens imóveis da União não utilizados em serviço público poderão, qualquer que seja a sua natureza, ser alugados, aforados ou cedidos.

§ 1º. A locação se fará quando houver conveniência em tornar o imóvel produtivo, conservando, porém, a União sua plena propriedade, considerada arrendamento mediante condições especiais, quando objetivada a exploração de frutos ou prestação de serviços.

.....”(Grifou-se).

Logo em seguida, no artigo 76 do mesmo Decreto-Lei, fica esclarecido o alcance da expressão “

imóveis utilizados em serviço público”:

“Art. 76. São considerados como utilizados em serviço público os imóveis ocupados:

I - por serviço federal;

II - por servidor da União, como residência em caráter obrigatório;”

Não sem razão, portanto, a Lei 8.630 de 25.02.93, determina a modalidade de arrendamento a ser empregada na exploração de instalações portuárias, o que condiciona o edital de licitação e respectivo contrato à obediência a esta forma de uso de bem público, não prevista no Decreto Estadual 37.839 de 21.10.96, que determina procedimentos a serem adotados junto à AGERGS quando de matéria relativa à concessão, permissão e autorização de serviço público no Estado.

Refoje, portanto, da competência da AGERGS, o exame dos editais e contratos de arrendamento de instalações portuárias, restando-lhe, porém a competência prevista no artigo 3º da Lei 10.931 de 09.01.97 que dispõe:

“Art. 3º - Compete à AGERGS, observada a competência própria dos outros entes federados, controlar e fiscalizar, bem como, se for o caso, normatizar, padronizar, conceder e fixar tarifas dos serviços públicos delegados em decorrência de norma legal ou regulamentar, disposição convenial ou contratual, ou por ato administrativo, ao Estado do Rio Grande do Sul, suas autarquias, fundações públicas ou entidades paraestatais, em especial:

a).....

b).....

c).....

d).....

e)portos e hidrovias;

.....  
.....  
.....  
.....”

Sugere-se, finalmente, seja alterado o Decreto nº 37.839/97 objetivando incluir no rol dos institutos contemplados no artigo 1º o arrendamento.”

Outra tentativa neste sentido foi bloqueada pelo Parecer da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul 12384 – Maria Denise Feix de Vargas:

“AGÊNCIA ESTADUAL DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DO RIO GRANDE DO SUL - AGERGS. APLICABILIDADE DE PENALIDADE NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. IMPOSSIBILIDADE. RESERVA LEGAL. Se a lei não lhe entregou atribuição sancionatória de irregularidades por ela detectadas no cumprimento de suas atividades, não titula a AGERGS o poder de penalizar. Princípio da reserva legal, ou da legalitariedade, que pressupõe existência de lei em sentido formal.

1. O Conselheiro-Presidente da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul - AGERGS - solicita pronunciamento desta Procuradoria no tocante ao cabimento, por aquela autarquia, de aplicação direta de penalidades nos casos de descumprimento contratual ou cometimento de irregularidades por concessionários de serviços públicos.

Consignando que o exercício do poder de polícia pela AGERGS tem sido constantemente debatido pelo seu Conselho Superior, aduz o consulente que o Departamento Jurídico daquela Agência, ao enfrentar a questão ora enfocada (através da Informação nº 72/98, destes autos constante), manifestou-se já no sentido da legalidade da referida aplicação direta de penalidades.

Assim delineando os termos da consulta, solicita aquele Presidente manifestação conclusiva desta Casa, em face do que prevê a Lei nº 10.931, de 09 de janeiro de 1997, diploma este que criou a mencionada autarquia.

É o relatório.

2. Trata-se de examinar a viabilidade de aplicação direta de penalidades pela AGERGS aos concessionários de serviços públicos à luz do que preconiza sua lei instituidora.

Esta lei, ao definir o espectro competencial reservado à AGERGS, de modo expresso, prevê:

“Art. 3º - Compete à AGERGS, observada a competência própria dos outros entes federados, controlar e fiscalizar, bem como, se for o caso, normatizar, padronizar, conceder e fixar tarifas dos serviços públicos delegados em decorrência de norma legal ou regulamentar, disposição convenial ou contratual, ou por ato administrativo, ao Estado do Rio Grande do Sul, suas autarquias, fundações públicas, ou entidades paraestatais, em especial:

- “a) saneamento;
- “b) energia elétrica;
- “c) rodovias;
- “d) telecomunicações;
- “e) portos e hidrovias;
- “f) irrigação;
- “g) transportes intermunicipais de passageiros;
- “h) aeroportos;
- “i) distribuição de gás canalizado;
- “j) inspeção de segurança veicular.

“Art. 4º - Compete ainda à AGERGS:

- “I - garantir a aplicação do princípio da isonomia no uso e acesso aos serviços concedidos;
- “II - buscar a modicidade das tarifas e o justo retorno dos investimentos aos concessionários;
- “III - cumprir e fazer cumprir, no Estado do Rio Grande do Sul, a legislação específica relacionada aos serviços públicos;
- “IV - homologar ou encaminhar ao responsável pelo exercício do poder concedente específico os contratos celebrados pelos concessionários e permissionários e zelar pelo fiel cumprimento das normas e dos contratos de concessão ou de permissão e termos de autorização dos serviços públicos;
- “V - fixar, homologar ou encaminhar ao titular do poder concedente tarifas, seus valores e estruturas;
- “VI - submeter ao responsável pelo exercício do poder concedente os editais de licitação, objetivando outorga de concessão e permissão dos serviços públicos do Estado do Rio Grande do Sul, podendo promover o respectivo procedimento;
- “VII - encaminhar propostas de concessão, permissão ou autorização dos serviços públicos, no Estado do Rio Grande do Sul, bem como propor alteração das condições e das áreas, a extinção ou aditamento dos respectivos contratos ou termos;
- “VIII - requisitar informações, relativas aos serviços públicos delegados, de órgãos ou entidades da Administração Estadual, ou de concessionários, permissionários ou autorizatários;
- “IX - moderar, dirimir ou arbitrar conflitos de interesse, no limite das atribuições previstas nesta Lei, relativos ao objeto das concessões, permissões e autorizações;

"X - permitir o amplo acesso às informações sobre a prestação dos serviços públicos delegados e as suas próprias atividades;

"XI - fiscalizar a qualidade dos serviços, por meio de indicadores e procedimentos amostrais." (grifou-se).

3. Mesmo superficial leitura destes dispositivos revela de logo que, em seu atual status, não cabe à AGERGS, ou, até melhor, é-lhe legalmente vedada a imposição de quaisquer penalidades, seja por descumprimento contratual, seja por cometimento de irregularidades por parte de concessionários de serviços públicos.

De efeito, no rol que fixa a competência distribuída a essa autarquia, em nenhum momento se flagra o poder sancionatório que lhe permitiria a aplicação direta de penalidades.

Fiscalizar, controlar, conceder, fixar e homologar tarifas, dentre outras tarefas a ela afetas e antes elencadas, nada, absolutamente nada tem com aquele poder.

4. Mas não é tudo.

Análise atenta da mesma Lei nº 10.931/97, todavia, conduz necessariamente a outro dispositivo, apartado daqueles onde se encontram as atribuições antes inscritas. É o art. 15.

Pergunta-se, então: não dispõe textualmente dito art. 15 que o custeio da AGERGS se compõe, inclusive, de taxas e multas? E, neste caso, não estaria precisamente a lei a prever a cominação destas penalidades por aquela autarquia?

A resposta, ainda uma vez, é não. Observe-se o que fixa esta regra:

"Art. 15 - As despesas da AGERGS serão custeadas pelas receitas seguintes:

"I - até os dois (2) primeiros anos, a partir de sua efetiva criação, com recursos do Tesouro do Estado, alocados pelo Orçamento;

"II - valor das taxas e multas de legislação vinculada;

"III - transferências de recursos à AGERGS pelos titulares do Poder Concedente

"IV - outras receitas, tais como as resultantes da aplicação de bens e valores patrimoniais, operações de crédito, legados e doações." (grifou-se).

Ora, se é verdade que taxas e multas comporão a receita da Agência, menos verdade não é que a correta inteligência dessa norma resulta na obrigatória conclusão de que tais valores não decorrerão de penas que a própria autarquia venha a impor.

Em outras palavras, a interpretação sistemática desse dispositivo, na medida em que os arts. 3º e 4º da Lei nº 10.931/97 não lhe autorizam a cobrança de penalidades, arreda de pronto a plausibilidade de que tais taxas e multas sejam impostas, diretamente, pela AGERGS.

5. De tudo se infere, em síntese, que não pode - ao menos por enquanto, não pode - de per si a AGERGS efetuar cobrança de tais penalidades aos concessionários de serviços públicos.

Este poder que lhe falta, registre-se, reclama a existência de lei, o que já se afigura tenha a AGERGS conhecimento em face da menção, na Informação de seu Departamento Jurídico, de que há projeto de lei tramitando no Executivo colimando tal finalidade.

Trata-se do princípio da legalidade, ou da legalitariedade, que, em PONTES DE MIRANDA, vem assim esgrimido:

"Tem-se aí o princípio da legalidade (melhor: da legalitariedade): qualquer regra jurídica que crie dever de ação positiva (fazer) ou de ação negativa (deixar de fazer, abster-se) tem de ser regra de lei, com as formalidades que a Constituição exige.

.....

"Quando se diz que só a lei pode impor fazer-se, ou deixar de fazer-se alguma coisa, quer-se

possível, dentro da função propriamente de regulação, identificar competências que não se mostram antagônicas à Constituição. E, para tanto, servir-nos-emos daquelas que se encontram elencadas na Lei Estadual 10.931, de 1997, do Estado do Rio Grande do Sul, que criou a AGERGS, dado que, como a maioria das agências estaduais, tem caráter multi-setorial, “abrangendo a regulação de diversas atividades” e foi a primeira criada neste âmbito<sup>58</sup>.

Podem-se apontar, dentre tais competências: 1) **a função de arbitragem entre os usuários e os concessionários**. A pronta composição dos conflitos de interesses envolvendo a prestação de serviços de infraestrutura coloca-se como um fator de grande importância para o funcionamento da economia como um todo, já que as delongas do processo judicial, com todas as medidas cautelares e a instauração de uma fase cautelar no próprio processo de conhecimento, podem levar à frustração da satisfação de necessidades que têm de ser atendidas em curto espaço temporal. De outra parte, as dúvidas que remanesçam quanto à juridicidade da decisão que se tome no comando da atividade da prestação de serviços conduzem aos riscos de nulificação de tais decisões, que na esfera econômica podem produzir efeitos de difícil, quando não impossível reversão. É de se salientar que, de qualquer sorte, no direito brasileiro, a última palavra caberá sempre ao Poder Judiciário; 2) **a elaboração de estudos técnicos para subsidiar o poder concedente**. O poder concedente deve estar munido de dados para, em se verificando não atingirem os concessionários a contento o objetivo de atendimento mais célere às necessidades da coletividade, proceder à alteração unilateral ou mesmo à extinção da concessão. Mais do que os simples interesses privados dos concessionários, o que importa, no

expressar que não importa qual o conteúdo do ato. Se ao Estado importa que se faça, ou não se faça alguma coisa, que o diga em lei.” (Comentários à Constituição de 1967, Tomo V, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1974, págs. 1 e 5).

6. Em conclusão, a aplicação direta de penalidades pela Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul, ainda que, em tese, sucedâneo de sua atividade precípua, não se pode consumir.

Somente lei que expressamente lhe entregue competência para tal, traçando limites do poder de sancionar, a legitimará.

É o parecer.”

<sup>58</sup> FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. *op. cit.* p. 62.

caso, é o interesse da coletividade em que os serviços não sofram solução de continuidade, até porque deles depende a própria iniciativa privada para que se possam desenvolver suas atividades; 3) **estabelecimento de índices de qualidade e zelo por que sejam atingidos**. Em se tratando de delegação de serviços públicos aos particulares, a função social que grava o exercício da atividade econômica privada apresenta-se mais evidente. O atendimento ao dever constitucional de ofertar serviço adequado constitui um temperamento ao intuito de lucro do concessionário, que, se por um lado não deve ser conduzido à bancarrota, por outro não deve tirar proveito de uma carência coletiva ao ponto de praticamente governar a totalidade dos cidadãos a que presta serviço e de, mesmo, chegar a dominar o mercado de produção de bens e serviços, em franco desafio ao art. 173, § 4º, da Constituição Federal de 1988. Neste sentido, o controle da qualidade dos serviços prestados e o estabelecimento de referenciais objetivos para que se verifique o atendimento do mínimo exigível constitui uma das mais relevantes funções que podem ser desempenhadas pelas autarquias em questão<sup>59</sup>; 4) **zelo pela universalidade do atendimento aos usuários**. O Poder Público, quando os oferece diretamente, está sujeito ao princípio da impessoalidade, de tal sorte que deve oferecê-los a quem quer que preencha os requisitos legais para usufruí-los. A prestação de serviços pela iniciativa privada, em regra, está marcada pela liberdade de escolha: ela decorre de um contrato que se instaura entre o fornecedor e o usuário. O concessionário, ao se propor ao atendimento das necessidades coletivas da população, mesmo tendo a expectativa justa pelo lucro, deve ofertar os serviços de acordo com a possibilidade de o maior número de pessoas vir a usufruí-los. A expansão das possibilidades de usufruto dos serviços públicos, outrossim, como reconhece Sérgio Nelson Mannheim<sup>60</sup>, cria um efeito altamente positivo “para a atração de novos investimentos, especialmente no setor industrial”; 5) **fomento do aumento da competitividade**. O estabelecimento de condições monopolísticas, em se tratando de serviços presta-

<sup>59</sup> FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. *op. cit.* p. 79: “É, no entanto, na fiscalização da qualidade dos serviços por meios amostrais que a AGERGS tem, presentemente, a sua maior força. Em reforço a esta faculdade foi instituído, pela Lei 11.075, de 6 de janeiro de 1998, o Código Estadual de Qualidade dos Serviços Públicos que, entre outras competências, deu à AGERGS, no art. 4º, a incumbência pela formulação dos indicadores de qualidade para serviços sujeitos à delegação”.

<sup>60</sup> *Op. cit.* p. 227.

dos pelos particulares, é considerado forma de abuso do poder econômico. A Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, no particular, é clara no sentido de não se admitir que da privatização de empresa estatal que explore determinada atividade em regime monopolístico possa resultar monopólio privado. Claro que a estas agências não compete a apuração e repressão ao abuso do poder econômico no âmbito concorrencial, porquanto isto cabe ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, nos termos da Lei 8.884/94. O fomento ao aumento da competitividade na prestação de serviços poderá ser feito a partir da identificação de atividades que antes eram prestadas por empresas estatais e que, após a respectiva privatização, teriam de contar com um maior número de atores no campo econômico, sob pena de se fazer necessária, novamente, a estatização das empresas; 6) **fiscalização da execução dos serviços sob o aspecto técnico, econômico, financeiro e contábil.** Normalmente, o limite para o agente econômico privado é a possibilidade de recuperação do custo. Mesmo quando atua em parceria com o Poder Público, o seu móvel é o lucro. A fiscalização do serviço sob o aspecto técnico toca ao emprego dos meios adequados à consecução do serviço de sorte a atender satisfatoriamente às necessidades dos usuários. Sob o aspecto econômico, a orientação há de se voltar para o atingimento dos maiores resultados com o mínimo de sacrifício, seja do concessionário, seja do usuário. Isto significa que não estaria havendo fiscalização da execução dos serviços sob o aspecto econômico pela simples produção de lucros para o concessionário, mas sim pela produção dos mais amplos resultados para a coletividade.

Todo este elenco de competências enquadraram-se perfeitamente no conceito de regulação que foi adotado para os efeitos deste texto. Com efeito, cada uma delas traduz um processo consistente na restrição na eleição da atividade do sujeito – no caso, o concessionário – buscando o ajuste dos interesses em conflito. Com efeito, o próprio exercício da função de arbitragem não afeta o conceito que empregamos, uma vez que ele não exclui a decisão heterônoma: apenas enfatiza o papel da auto-composição do conflito de interesses. A elaboração dos estudos técnicos insere-se no contexto da atividade de regulação porque a partir de tais estudos é que serão tomadas, pelo poder concedente, as decisões aptas a alterar ou pre-

servar as posições jurídicas dos concessionários e dos usuários. O estabelecimento dos índices de qualidade e zelo por que sejam atingidos inserem-se no conceito de regulação, até porque serão estabelecidos, em regra, por ato destinado ao detalhamento de lei-quadro. O zelo pela universalidade do atendimento traduz uma atuação, via de regra, concreta, mas se insere no conceito de regulação porque visa à manutenção do equilíbrio dos interesses em conflito. E tal atuação não precisa ser necessariamente coercitiva: através da mediação, pode-se obter a composição do conflito pelas próprias partes interessadas. Quanto ao fomento da competitividade, podem perfeitamente ser estabelecidas as condições para que determinados serviços possam ser executados em regime concorrencial, no caso de, comprovadamente, não virem a configurar um monopólio natural.

Como se pode ver, não há necessidade de hostilizar estas autarquias para lhes reconhecer competências que não impliquem a subversão do sistema presidencialista de Governo, que é o adotado no Brasil<sup>61</sup>. Ao contrário, a questão é, apenas e tão-somente, de se as compreender como um desdobramento do Estado e não como uma criatura maior do que o próprio criador, a exemplo do que ocorreu com a experiência do Dr. Victor Frankenstein, no célebre romance de Mary Shelley<sup>62</sup>. José Luiz Bolzan de Moraes<sup>63</sup>, a propósito, faz pertinente questionamento:

<sup>61</sup> O Min. Sepúlveda Pertence, ao proferir o seu voto na medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 1949, lembrou que o indeferimento da postulação do Governador quanto à suspensão da eficácia do dispositivo que estabelecia a competência da Assembléia Legislativa para a destituição dos Conselheiros da AGERGS implicaria verdadeiramente uma revisão do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na representação nº 94, relatada pelo Min. Castro Nunes, no sentido de que adotado o sistema presidencialista no âmbito nacional, descaberia aos Estados-Membros e aos Municípios instaurar o sistema parlamentarista.

<sup>62</sup> O Supremo Tribunal Federal, ao deferir a medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 821, relatada pelo Min. Octávio Gallotti, suspendeu a eficácia de disposições da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul e das Leis que a regulamentaram que previam a criação e as incumbências do Conselho Estadual de Comunicação Social porque lhe pareceu que implicava o deferimento a tal órgão de competências de definição da política de comunicação social do Estado uma usurpação da prerrogativa do Governador do Estado dirigir superiormente a administração estadual. Por ocasião do julgamento da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 1.448, do Rio de Janeiro, relatada pelo Min. Maurício Corrêa, foi ele ainda mais enfático, no sentido de afirmar a prerrogativa indeclinável do Governador dirigir superiormente, no sistema constitucional brasileiro, a administração pública.

<sup>63</sup> *Mediação e arbitragem – alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 219.

“Será que, ainda, o reconhecimento e a efetivação dos novos direitos, assim como dos tradicionais (alguns deles, pelo menos), não passa pelo Estado, seja por seu Direito, seja por sua jurisdição? Ou, se não pelo Estado, por espaços públicos onde a democracia permaneça como valor fundamental?”

Se não pensarmos aprofundadamente estas questões que pretendemos tratar, cairemos em uma situação que se expressava numa frase lapidar do Brasil Colônia – *um poder que não é Estado nacional, nem democrático, nem representativo*, levando, como afirma Renato Janine Ribeiro, ao desaparecimento das instâncias públicas de apelo. Nada sobrarão [...] a não ser ir *queixar-se ao bispo...*

Não podemos ter a ilusão vã de que a única saída da crise (doença) é a de matar o doente, o que não significa a negação da importância de tais instrumentos (re)novados, embora perceba-se que o [...] *poder efetivo está tão confiscado por estes circuitos mais ou menos anônimos, quase inidentificáveis, de poder financeiro, que a autonomia do Estado praticamente se desfez e, com ela, as instâncias de atendimento a agravos*”.

## **8.O modelo federativo.**

Pensa-se, hoje, em converter as autarquias federais voltadas à política de desenvolvimento regional em agências de regulação. A questão maior que se coloca é a seguinte: os seus atos jurídicos veiculadores de políticas de âmbito regional têm a natureza de atos administrativos. No âmbito regional, os atos em questão hão de ser aptos a regular as atividades comuns a mais de um Estado-Membro. Se houver ato legislativo do Estado-Membro disciplinando a matéria de modo diverso, que fazer?

Pareceria não ultrapassar o óbvio que um ato administrativo, ainda que de efeitos normativos, está em patamar hierárquico inferior à lei, e que, como não existe hierarquia entre União, Estados-Membros e Municípios no plano interno, um ato administrativo federal não se pode sobre-

por a uma lei estadual.

No direito brasileiro, o Estado-Membro tem sua competência para legislar sobre matéria de Direito Econômico prevista no art. 24, I, da Constituição Federal de 1988, tendo sido reservada à *União* a competência para veicular normas gerais no § 1º do mesmo art. 24 ora invocado. À *União*, note-se bem, não à *administração federal*. Conseqüentemente, os atos normativos que sejam veiculados pelas autarquias em detalhamento à legislação federal não se podem qualificar como as *normas gerais* a que se refere o art. 24, § 1º, da Constituição Federal.

As agências federais não podem, assim, perfurar a autonomia do Estado-Membro. À União mesma é vedada a intervenção no Estado-Membro, salvo as hipóteses taxativamente previstas na Constituição Federal, art. 34 do Texto de 1988. O mesmo se diga das agências estaduais: não lhes cabe atravessar a autonomia municipal, até porque o único legitimado constitucionalmente a intervir nos Municípios é o Estado-Membro, e isto nas hipóteses taxativamente elencadas no art. 35 da Constituição Federal. Aliás, uma das hipóteses em que o art. 34 da Constituição Federal autoriza a intervenção federal no Estado-Membro é justamente a preservação da autonomia municipal<sup>64</sup>.

Qual a importância de se preservar o Federalismo? Em que isto tem importância para o Direito Econômico?

<sup>64</sup> Uma dos problemas mais sérios em termos de preservação do federalismo em face da atuação das agências foi analisado pela Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul no Parecer 12.518 – Ricardo Camargo:

“AGERGS. Competência concernente ao controle e fiscalização em relação a portos e hidrovias. Divergência entre entendimento da Procuradoria-Geral do Estado e da Assessoria Jurídica da Secretaria dos Transportes. Delegação do serviço portuário por parte da União. Constitucionalidade da letra e do art. 3º da Lei 10.931, de 1997. Inteligência do art. 21, XII, f, da Constituição Federal e das Leis Federais 8.630, de 1993, e 9.277, de 1996. Manutenção do entendimento adotado pelo Parecer 12075 sugerida.

Parecer desta Procuradoria-Geral do Estado entendeu inexistente competência legal da AGERGS para a fiscalização referente a contratos de arrendamento concernentes a instalações portuárias, reconhecendo, todavia, sua competência desenhada no art. 3º, e, da Lei Estadual 10.391, de 1997, quanto ao controle e fiscalização. Manifestação da Assessoria Jurídica da Secretaria dos Transportes, concordando, embora, com o posicionamento da Procuradoria-Geral do Estado em se tratando de inexistir competência legal da AGERGS concernente a contratos de arrendamento, suscita a inconstitucionalidade do art. 3º, e, da Lei Estadual 10.931, de 1997. Volta

o expediente ao exame desta Casa para se verificar a procedência do que articulado.

A princípio, descaberia à AGERGS atuar em relação ao sistema portuário, porquanto isto seria da competência da União. É o que diz o art. 22, X, da Constituição Federal.

A descentralização, outrossim, tal como disciplinada pela Lei Federal 8.630, de 1993, incumbe aos Conselhos de Administração Portuária.

Por esta razão, seria inconstitucional, de acordo com a interpretação da Assessoria Jurídica da Secretaria dos Transportes, o disposto no art. 3º, e, da Lei 10.931, de 1997.

Contudo, resta saber se existe alguma delegação autorizada pela Lei 9.277, de 10 de maio de 1996 e mercê da qual se poderia salvar o art. 3º, e, da Lei Estadual 10.931, de 1997. Não se pode esquecer que a inconstitucionalidade somente se deve declarar quando estiver acima de qualquer dúvida. E, à falta de precedentes do Supremo Tribunal Federal nesta matéria, temos de verificar se ela está extreme de dúvidas.

A delegação de competência legislativa somente se poderia operar em virtude de lei complementar (art. 22, parágrafo único, Constituição Federal de 1988). Não assim com a competência administrativa, que pode ser delegada mediante lei ordinária. E a Lei Federal 9.277, de 10 de maio de 1996, autoriza, no seu art. 1º, a União a delegar, pelo prazo de até vinte e cinco anos, prorrogáveis por mais vinte e cinco, aos Municípios, Estados da Federação, Distrito Federal, a administração de rodovias ou exploração de trechos de rodovias ou obras rodoviárias federais. Esta autorização é estendida aos portos sob responsabilidade da União pelo art. 2º do mesmo diploma legislativo. O art. 3º do diploma em questão estabelece o convênio como instrumento apto a materializar a delegação. Como cláusula necessária do convênio consta a possibilidade de aplicação da legislação do Estado, do Município e do Distrito Federal na cobrança de pedágio ou de tarifa portuária (art. 3º, § 1º). O art. 4º estabelece que para a consecução dos objetivos almejados pela descentralização poderão os Municípios, o Estado ou o Distrito Federal explorar o porto diretamente ou entregá-los em concessão, nos termos da legislação federal concernente às concessões e a Lei 8.630/93.

Existe contrato de concessão celebrado entre o Estado do Rio Grande do Sul e a União, contrato, este, que estaria autorizado pelo art. 21, XII, f, da Constituição Federal. A administração dos portos e respectivas instalações abrangidos por delegação da União ao Estado compete ao antigo Departamento Estadual de Portos, Rios e Canais - DEPRC, denominado, a partir da Lei Estadual 11.089, de 22 de janeiro de 1989, Superintendência de Portos e Hidrovias. As concessões de portos para o Estado do Rio Grande do Sul datam de 1912, tendo havido novações sucessivas, como historiou esta Procuradoria-Geral, através da pena da Dra. Lisete Maria Skrebski, no Parecer 11.267. Quanto ao papel do DEPRC, após a entrada em vigor da Lei 8.630, de 1993, esta Procuradoria-Geral entendeu, através da pena da Dra. Maria Regina Massa Cysneiros, no Parecer 9.719, necessário apenas adaptar as concessões já existentes.

Se a matéria pode ser objeto de delegação, é evidente que os procedimentos para que o Estado ou a entidade que, em seu nome, poderiam e deveriam ser regulados pela lei estadual, sob pena da atuação do responsável pela Administração do Porto estar marcada pela arbitrariedade. E, em sendo terceirizado o porto, tendo em vista a própria finalidade da AGERGS, surgida em um contexto de privatizações, como uma tentativa de se estabelecer um ponto de equilíbrio entre o interesse do particular no lucro e o interesse público na continuidade do serviço portuário, justificar-se-ia, pelo menos a uma primeira vista, a competência definida na letra e do art. 3º da Lei 10.931, de 1997.

Isto não significa, porém - é de se esclarecer desde já - que se reconheça à AGERGS um papel de substituir o Governador no exercício da direção superior da Administração Pública estadual ou de mesmo subordinar o Governador ou qualquer de seus Secretários hierarquicamente. Ao contrário, o papel da AGERGS, foi apontado na exordial da ação direta de inconstitucionalidade

O Federalismo se impõe como forma de Estado, tendo em vista, como observou Washington Peluso Albino de Souza<sup>65</sup>, que “a presença de elementos culturais unificadores, impostos a partir do descobrimento do país, como a religião, o governo centralizado na metrópole, a língua, vingaram por serem estrangeiros, mas sofreram certamente os efeitos dos valores locais de conteúdo regional inevitável. As regiões brasileiras, dife-

1949, posto, portanto, como integrante da estrutura do Executivo e não como uma entidade maior do que o próprio Estado que a criou através de lei, pouco importando, aqui, que tais entidades tenham maiores ou menores poderes em outros ordenamentos jurídicos, por mais avançados que sejam, pois o objeto de exame desta Procuradoria é o direito positivo pátrio:

“AAGERGS é uma autarquia estadual cuja finalidade, tal como a de suas congêneres federais, é a de manter a continuidade da prestação de serviços públicos que sejam delegados aos particulares, equilibrando o interesse privado na obtenção do lucro com o interesse coletivo na universalidade da prestação do serviço que foi delegado ao particular.

Isto é: insere-se no contexto da função planejadora, prevista no art. 174, caput, da Constituição Federal de 1988, como instrumento destinado à racionalização da prestação de serviços de infra-estrutura delegados à iniciativa privada. Constitui, portanto, uma entidade auxiliar do Executivo, que é o responsável, efetivamente, pela deflagração do processo legislativo no tocante à veiculação dos atos que materializarão as medidas de política econômica, não se substituindo, por óbvio, ao Chefe do Executivo, nem se lhe sobrepondo em termos de hierarquia, a menos que se quisesse considerar como não escrito o art. 84, II, da Constituição Federal de 1988.

Posta a premissa anterior, verifica-se, facilmente, estar a AGERGS inscrita no âmbito do Executivo, com o que é, em última análise, ao Chefe do Executivo e ao Secretariado que deve ela, efetivamente, obediência, sob pena de se tornar a autarquia estadual em algo maior do que a própria entidade que a criou, ou seja, o Estado.

É o que ensina FÁBIO KONDER COMPARATO:

“A responsabilidade da execução dos planos aprovados pelo Parlamento incumbe, obviamente, ao Poder Executivo. Mas isto não significa que este haveria de limitar-se a exercer uma tarefa meramente administrativa, sem qualquer ação inovadora ou de impulsionamento da máquina estatal. A execução de uma política pública implica a necessária competência para desenvolver as diretrizes lançadas no plano, bem como para sua adaptação à mudança ulterior das situações existentes no momento de sua concepção” (A organização constitucional da função planejadora. In: PLURES. Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional - estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, p. 89 - grifo lançado pelos signatários).”

Em conclusão, não consigo visualizar qualquer inconstitucionalidade, data venia do culto Assessor Jurídico da Secretaria dos Transportes, vez que entendo incidente, aqui, a Lei Federal 9.277/96.

Destarte, o Parecer firmado pela Dra. Maria Regina Massa Cysneiros mostra-se insusceptível, pelo menos no momento, de revisão, ante a inexistência de inconstitucionalidade fora de qualquer dúvida.”

<sup>65</sup> *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1996, v. 2, t. 1, p. 120.

rentes entre si, não eram nem ao menos povoadas por tribos num mesmo estágio de civilização e costumes”. Quer dizer: a presença de elementos aglutinadores de grupos culturais heterogêneos entre si tornava a adoção da forma federativa de Estado imperiosa, a fim de permitir uma maior correspondência entre as decisões político-econômicas e a realidade sobre as quais incidiriam. E não são as autarquias federais, ainda que voltadas à “regulação” da política econômica regional, que hão de predeterminar os Textos das Constituições dos Estados-Membros e das Leis Orgânicas dos Municípios. O limite da validade das disposições constitucionais estaduais está posto na Constituição Federal. As Constituições estaduais condicionam, até o limite da autonomia assegurada pela Constituição Federal aos Municípios, as Leis Orgânicas Municipais.

É justamente por entender que as soluções que afetam a interesses locais somente poderiam ser atingidas de forma mais satisfatória a partir dos próprios locais que Paulo Bonavides<sup>66</sup> considera que o Federalismo, em um país das dimensões do Brasil, constituiria a chave para garantir a unidade nacional, já que implica a coesão de elementos díspares: “A autonomia é o antídoto do separatismo; bem entendidos, os dois conceitos se excluem. Sem a descentralização das províncias, ministrada pelo Ato Adicional de 1834 e temperada nos seus excessos com a Lei de Interpretação de 1840, a integridade do Império não teria prosperado. Foi portanto a dose de autonomia e não a centralização o penhor da unidade nacional, fadada decerto a esfacelar-se sem a grande reforma da Regência, ou seja, o Ato Adicional. A centralização nos arrebatou a Província Cisplatina durante os primeiros anos da Independência e teria, sem dúvida, desagregado os entes periféricos do sistema imperial se faltasse o sopro federativo das autonomias provinciais”.

Convertidas que fossem, seguindo a moda, em Agências de Regulação, caber-lhes-ia garantir a continuidade e a qualidade do serviço prestado no sentido de se garantir o desenvolvimento regional, exercendo as competências dentro dos limites assinalados neste estudo, que são aqueles que, no nosso entender, não se antagonizam com o desenho constitui-

<sup>66</sup> *A Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 189.

onal do Estado brasileiro.

O que, efetivamente, interessa, é lembrar que estas agências não são pessoas políticas, mas sim pessoas administrativas, nascidas das pessoas políticas. Não lhes compete formular e executar política econômica em desacordo com a definida pela pessoa política que as crie. Não lhes cabe, de outra parte, impor a política econômica da pessoa política a que estejam vinculadas a outra pessoa política. Não cabe a uma agência de regulação estadual, por exemplo, regular a prestação dos serviços municipais. Invoque-se novamente a autoridade de Washington Peluso Albino de Souza<sup>67</sup>:

“A Federação exercerá a política econômica que interesse à nação como um todo e em cujos objetivos integra-se o Estado-Membro, participando dos seus benefícios. Esta integração, porém, é determinada pelo limite das funções precípua caracterizadoras de sua governabilidade, ou seja, das funções e obrigações de seu Governo, que não podem ser afetadas pela política econômica federal, nem transferidas ou delegadas a qualquer título, sob pena de desfiguramento do princípio federalista”.

## 9. Conclusão

De qualquer forma, cremos haver demonstrado que, neste final do 2º milênio, a Idade Média parece haver retornado, com toda a sua força. Onde antes estava escrito “Deus”, deve-se ler hoje “mercado”. Com uma diferença, porém: é que a idéia de Deus pressupõe uma origem de Onde tudo proveio e a Que tudo há de retornar – Santo Agostinho é que o disse -, o que conduz, necessariamente, a uma idéia de igualdade, que se não era posta em prática, pelo menos era pressuposta. O culto ao mercado, contudo, pressupõe uma classe de seres úteis e uma classe de seres inúteis, descartáveis, que estão condenados a desaparecer para a maior glória do seu deus. A idéia que anima os defensores da total autonomia e indepen-

<sup>67</sup> Parecer citado.

dência das agências de regulação prende-se a esta última concepção. Neste caso, não lhes seria desagradável escoimar da Constituição as referências à dignidade humana, especialmente no art. 1º, III, e no art. 170, *caput*.

Por estas razões, menos por um pendor humanista incompatível com o trabalho científico e mais tendo em vista a ideologia constitucionalmente adotada é que preferimos trabalhar as agências de regulação dentro do sistema do Direito Institucional Econômico, situando-as no mesmo patamar que outras autarquias que desempenharam e desempenham o papel de materializar a ação do Estado no domínio econômico.