

REGULAÇÃO ECONÔMICA E PROTEÇÃO
DOS DIREITOS HUMANOS: UM ENFOQUE SOB
A ÓPTICA DO DIREITO ECONÔMICO

FABIANO ANDRÉ DE SOUZA MENDONÇA
VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA
YANKO MARCIUS DE ALENCAR XAVIER
(ORGANIZADORES)

REGULAÇÃO ECONÔMICA E PROTEÇÃO DOS
DIREITOS HUMANOS: UM ENFOQUE SOB A
ÓPTICA DO DIREITO ECONÔMICO

Fortaleza, Ceará – 2008

© Copyright – 2008 by FABIANO ANDRÉ DE SOUZA MENDONÇA
VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA, YANKO MARCIUS DE ALENCAR XAVIER

EDITOR RESPONSÁVEL
Anja Czymmeck

COORDENAÇÃO EDITORIAL
Miguel Macedo

COPYDESK
Vianney Mesquita

PROJETO GRÁFICO e CAPA
Wiron Teixeira

R344 Regulação econômica e proteção dos direitos humanos: um enfoque sob a óptica do direito econômico / organizadores, Fabiano André de Souza Mendonça, Vladimir da Rocha França, Yanko Marcus de Alencar Xavier. - Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008. 266 p.

ISBN 978-85-99995-11-2

1. Direito econômico 2. Direitos humanos I. Mendonça, Fabiano André de Souza II. França, Vladimir da Rocha III. Xavier, Yanko Marcus de Alencar IV. Fundação Konrad Adenauer

CDU: 34:33

As opiniões externadas nas contribuições deste livro são de exclusiva responsabilidade de seus autores

Todos os direitos desta edição reservados à
FUNDAÇÃO KONRAD ADENAUER
Avenida Dom Luís, 176, Edifício Mercury - Mezanino
CEP 60160-230 - Fortaleza - CE, Brasil
Telefone: 0055 – 85 – 3261.9293 / Telefax: 0055 – 85 – 3261.2164
www.kas.de/brasil - www.sustentavel.inf.br
e-mail: kas-fortaleza@kas.de

Impresso em papel reciclado
Impresso no Brasil – Printed in Brasil

AUTORES

Diogo Pignataro de Oliveira - Bacharel em Direito pela UFRN. Advogado. Mestrando em Constituição e Garantia de Direitos pela UFRN (Bolsista CAPES). Aluno do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, PRH-ANP/MCT nº. 36.

Fabiano André de Souza Mendonça - Bacharel em Direito pela UFRN. Mestre e Doutor em Direito pela UFPE. Pós-doutorado na Universidade de Coimbra, Portugal. Professor adjunto da UFRN (graduação, especialização, mestrado, PRH-ANP/MCT nº. 36). Procurador Federal.

Fábio Augusto de C.C.M. Leite - Bacharel em Direito pela UFRN. Mestrando em Constituição e Garantia de Direitos pela UFRN. Advogado. Aluno do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, PRH-ANP/MCT nº. 36.

Indhira de Almeida Cabral - Bacharela em Direito pela UFRN. Servidora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Mestranda em Constituição e Garantia de Direitos pela UFRN (Bolsista CAPES – Demanda Social). Aluna do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, PRH-ANP/MCT nº. 36.

Lizziane Souza Queiroz - Bacharela em Direito pela UFRN. Mestranda em Constituição e Garantia de Direitos pela UFRN. Advogada. Aluna do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, PRH-ANP/MCT nº. 36.

Oswalter de Andrade Sena Segundo - Bacharel em Direito pela UFRN. Advogado. Mestrando em Constituição e Garantia de Direitos pela UFRN (Bolsista CAPES). Aluno do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, PRH-ANP/MCT nº. 36 da UFRN.

Otacílio dos Santos Silveira Neto - Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa. Mestre em Direito Econômico pela UFPB. Doutorando em Direito Público pela Universidad de Zaragoza/Espanha. Pesquisador-Visitante do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, PRH-ANP/MCT nº. 36 da UFRN.

Patrícia Borba Vilar Guimarães - Mestra em Ciências da Sociedade pela UFPB. Mestranda em Constituição e Garantia de Direitos pela UFRN. Doutoranda em Recursos Naturais da UFCG.

Rafael Silva Paes Pires Galvão - Bacharel em Direito pela UFRN. Mestrando em Constituição e Garantia de Direitos pela UFRN. Advogado. Aluno do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, PRH-ANP/MCT nº. 36 da UFRN.

Vladimir da Rocha França - Bacharel em Direito pela UFRN. Mestre em Direito pela UFPE e Doutor em Direito pela PUC-SP. Professor adjunto da UFRN (graduação, especialização, mestrado, PRH-ANP/MCT nº. 36). Coordenado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN.

Yanko Marcus de Alencar Xavier - Bacharel em Direito pela UFPB. Mestre e Doutor em Direito pela Universität Osnabrück/Alemanha. Professor associado da UFRN (graduação, especialização, mestrado). Coordenador do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, PRH-ANP/MCT nº. 36 e da Base de Pesquisa em Direito e Regulação dos Recursos Naturais e da Energia da UFRN.

SUMÁRIO

Autores	5
Apresentação	9

INTRODUÇÃO

Hermenêutica Constitucional da Ordem Econômica Regulatória: princípios	15
---	----

PARTE I

1 – A governança pública e o Estado regulador brasileiro na efetivação do direito fundamental ao desenvolvimento	41
2 – Estado regulador e Estado empresário: coexistência e possibilidades	91
3 – O papel do Estado Regulador na concretização dos direitos fundamentais	121

PARTE II

4 – Regulação e uso da água no Brasil: participação popular, subsidiariedade e equilíbrio ambiental na proteção dos direitos humanos	151
5 – A regulação econômica na defesa do meio ambiente: a cobrança da água usada pela indústria do petróleo	179

PARTE III

6 – A utilização de normas tributárias indutoras para a concretização do princípio constitucional da redução das desigualdades sociais e regionais	207
7 – Uma abordagem crítica sobre o transporte de gás natural: o livre acesso aos dutos e o risco de entrave ao desenvolvimento econômico nacional	233

APRESENTAÇÃO

O trabalho que ora se publica resulta de vários anos de estudo, crescimento e aprendizado conjunto de um grupo que se notabiliza pelo vigor das idéias, sede de debates e gosto pelo saber nos eventos e momentos acadêmicos dos quais participa. Revela forte preocupação didática em relação ao Direito Econômico no que ele tem de relação com os Direitos Humanos em suas diferentes facetas.

Os seus autores haurem experiência desde a participação no Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, PRH-ANP/MCT nº 36 – , enquanto ainda eram alunos do curso de graduação em Direito da UFRN (à exceção de Patrícia Borba, feliz aquisição dos quadros discentes do mestrado). Isto, por si, é uma prova da importância do investimento em educação de qualidade e dos resultados continuados que enseja. Já tendo alguns deles publicado pela prestigiosa Fundação Konrad Adenauer as obras coletivas Direito Ambiental e Indústria do Petróleo e Gás Natural e Gestão Legal dos Recursos Hídricos dos Estados do Nordeste do Brasil, apresentam agora os resultados de seus estudos como contribuição ao desenvolvimento do Direito Econômico pátrio.

Os temas aqui tratados refletem o debate diuturno deste grupo de pesquisadores que tem muito a contribuir para os grandes embates jurídicos nacionais. Queira o Senhor que mantenham esse ritmo e que seus nomes continuem a transbordar dos limites geográficos onde, por questão de berço acadêmico, estão assentados.

Enfim, dão-me a honra de pesquisar conjuntamente no que hoje temos como o Grupo de Pesquisa em “Direito e Regulação dos Recursos Natu-

rais e da Energia”. Regulação, ao menos aqui, entendida em seu sentido amplo – não necessariamente por agências reguladoras, mas também pelo Direito – e seus reflexos nos direitos humanos.

Se não tem a beleza em si de uma obra artístico-literária, tem a magia do belo tornado prática.

Quando, em 2006, após retorno de estudos pós-doutorais, resolvi inserir no currículo do curso de mestrado em Direito da UFRN (área de concentração Constituição e Garantia de Direitos) a disciplina monográfica Regulação Econômica e Proteção aos Direitos Humanos, tal correlação soou ainda para muitos como algo desajeitado. A regulação, tradicionalmente associada mais a aspectos econômicos, financeiros, empresariais e de produtividade, comumente passa ao largo de suas implicações sociais.

E não interessa o quanto se ganha ou o quanto o Estado gasta, mas o como se gasta e em que é gasto. Interessa a repercussão social do crescimento econômico. E, para isso, apenas medir a produção interna é insuficiente para aplicar o carimbo “desenvolvimento”.

Apenas se pode compreender o papel do Estado como garantidor de direitos de seus cidadãos. Portanto, ao alterar a sua forma de intervir na economia, os mecanismos que protegem aqueles direitos também devem se adaptar para continuar eficazes e manter o Estado em sua destinação pública, pois, a visão do Direito na sociedade atual, seja público ou privado, não pode passar ao largo de sua repercussão econômica, a qual constitui elemento fatural diretamente condicionado e condicionante do agir estatal e privado.

O compromisso que a pós-graduação assume com o País é cada vez mais urgente. É preciso repensar rápida e constantemente as relações público-privado para manter as chances de toda a população participar dos melhores frutos do relacionamento entre as nações no nascente século.

E cabe ao Direito a criação e o aperfeiçoamento de instrumentos que salvaguardem a verdadeira democracia que uma sociedade seja capaz de produzir: aquela que partilhe a paz entre seus membros. Partindo do pressuposto de que a preocupação exclusiva com a concentração e distribuição dos bens apenas pode conduzir para uma sociedade de consumo do próprio ser humano, nota-se que é preciso um olhar sobre as origens.

Capta-se, então, o nexos entre a Regulação Econômica e a proteção dos Direitos Humanos como momento peculiar de tensão da relação Direito-Economia; mas, para bem analisar uma realidade, é preciso ir ao

encontro de suas bases. É dever, então, imergir no nascedouro de nossas instituições e do modo de inter-relacionamento dos cidadãos desde suas origens, para daí poder compreender melhor e propor soluções dignas de um Constitucionalismo Brasileiro que explique e mostre rumos para os problemas atualmente vivenciados pela nossa sociedade.

Apenas com o conhecimento das origens e no que delas se preserva no mais íntimo recanto do brasileiro é que se pode encontrar a resposta adequada aos problemas apresentados e a tantos outros, como o do poder normativo das agências reguladoras.

E o resultado é que os textos aqui apresentados surpreendem com suas idéias em formação e integram-se num ambiente de produção acadêmica responsável.

Após breve introdução, com o objetivo de apresentar didaticamente os principais aspectos dos princípios da ordem econômica na Constituição de 1988, os trabalhos iniciam pela evolução do Estado Regulador e seus desafios, para, a seguir, refletir sobre a revisão do papel do Estado e suas implicações constitucionais. A partir daí, o capítulo seguinte aborda a regulação em sua feição mais próxima da efetivação dos direitos fundamentais.

De modo mais específico, segue o segundo grupo de trabalhos a abordar a questão da água, bem essencial à existência. Primeiro, acerca da participação popular na sua gestão, e, depois, com uma visão crítica de problema ainda a ser convenientemente desbravado – a cobrança pelo uso da água – e que contrapõe casos de crescimento econômico e necessidades sociais.

A seguir, a terceira parte finaliza com a análise dos temas da primeira parte dinamizados por instrumentos de efetividade dos direitos fundamentais. Por um lado, aplicados à questão da tributação como instrumento para a implementação dos fins do Estado. E, por outro, analisados sob o ponto de vista da evolução do mercado de gás natural e a implantação das regras de livre acesso.

Em todos os temas, foi indispensável a participação dos professores doutores Yanko Marcus de Alencar Xavier e Vladimir da Rocha França em vários dos capítulos, de modo que foram essenciais para articular os temas entre si; afora o natural debate dentro do Grupo de Pesquisa: “Direito e Regulação dos Recursos Naturais e da Energia”. A par disso, como responsável pela disciplina, foi meu papel acompanhar o desenvolvimento

dos temas, dar-lhes norte, revisar e, eventualmente, colaborar na elaboração ou redação de alguma idéia.

Também indispensável foi a participação de Fábio Montanha Leite, que ajudou em muito na coordenação dos trabalhos, pois foi ele que possibilitou a administração da obra, ao manter aceso o ânimo de todos e providenciar a organização de todos. Nisso foram fundamentais os conhecimentos obtidos na condição de estagiário docente da disciplina Direito Econômico, da graduação da UFRN, sob minha tutela (função também desempenhada pela ora autora Lizziane Queiroz).

Não é, portanto, uma coletânea de posições abertamente contrárias nem simples revisão de posicionamentos sobre os temas abordados. Tanto quanto possível, o assunto recebe visão crítica e posicionamento, não raro, desafiador de nossas crenças estabelecidas. É um trabalho propositivo.

E, assim sendo, serve para despertar paixões no iniciante e reacender a chama de quem já a julgava extinta.

A capacidade expositiva que a aplicação de conceitos jurídicos a casos concretos possibilita torna o trabalho recomendável tanto para os que iniciam os estudos de Direito Econômico como para aqueles que já fazem dessa área ou dos direitos humanos o seu dia-a-dia.

Portanto, sempre lembrando que a pesquisa é um contínuo repensar de si mesma, aí está o seu resultado, que apenas se desvela no objetivo de servir a uma sociedade comprometida com os direitos humanos.

Parabéns.

Fabiano André de Souza Mendonça

INTRODUÇÃO

Hermenêutica Constitucional da Ordem
Econômica Regulatória: princípios

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DA ORDEM ECONÔMICA REGULATÓRIA: PRINCÍPIOS

Fabiano André de Souza Mendonça

Tendo por pressuposto que a adoção do modelo regulatório para a intervenção econômica implica necessárias repercussões constitucionais, é preciso compreender o sistema no qual elas pretendem se inserir. Daí ser imprescindível bem compreender os princípios aos quais elas se acham vinculadas.

De início, é preciso salientar que as disposições constitucionais atinentes à economia não se encontram reunidas em único ponto da Constituição¹. Na verdade, se bem observado, integram-nas os preceitos relativos à tributação, aos direitos sociais, à função social da propriedade, ao orçamento etc, todos esparsos no corpo do texto.

A própria expressão ordem econômica é suscetível de longos debates. Por um lado, “ordem” implica uma organização (cuja peculiaridade pode diferenciar um sistema do outro, ainda que tenha os mesmos elementos) fatural, um modo de ser de determinado grupo social. Pertence, assim, ao mundo do ser, independente de ser valorada como justa ou injusta. Não é, por esse prisma, necessariamente, conteúdo de norma jurídica.

1 Sobre a polêmica do conceito de Constituição Econômica, v. BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 11 e segs. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 41 e segs. MOREIRA, Vital. Economia e Constituição: para o conceito de Constituição Econômica. **Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, v. 17, p. 103-165, 1974.

Sob o ponto de vista formal-jurídico, de um sistema formalizado de expectativas de condutas dotadas de coercibilidade (Cláudio Souto), a ordem econômica encontra dificuldades de definição por se referir a todo o conjunto de normas que se dirigem ao trato das trocas econômicas. Então, não só a Constituição conterà preceitos econômicos, mas também a legislação ordinária.

Portanto, integrarão a ordem econômica a Consolidação das Leis do Trabalho, o Código Civil, as leis de intervenção no domínio econômico etc.

Maior precisão é obtida se se falar em ordem econômica formal constitucional, quando, então, é conferido um sentido também material ao conceito para se indicar as normas do Texto Constitucional que se voltam a ordenar os relacionamentos econômicos na sociedade.

A expressão, tal qual emerge do Texto Constitucional, ora se refere ao mundo do ser (art. 170), ora tem acepção mais direta com o mundo do dever ser (art. 173, § 5º). Na verdade, tal se deve ao fato de, no primeiro modo, fazer referência, gramaticalmente, a como deveria ser a sociedade, numa redação apofântica e afirmativa.

“O revestimento verbal das normas jurídicas positivas não obedece a uma forma padrão. Vertem-se nas peculiaridades de cada idioma e em estruturas gramaticais variadas”² “Gramaticalmente, o direito usa o modo indicativo ou o modo imperativo dos verbos. [...] um só verbo não exprimiria essa rica morfologia da vida humana.”³

Comumente, os enunciados que descrevem as hipóteses fáticas a serem confrontadas com a ocorrência do mundo real não refletem as formas lógicas deonticamente prescritivas que lhe subjazam.

“Partimos da experiência da linguagem em que se reveste o direito positivo, se não como fim temático, pelo menos como índice temático [...] Vamos através da linguagem do direito positivo tentando encontrar a linguagem formalizada em que ela pode ser reduzida [...]. Por variado que seja estilisticamente, tecnicamente, idiomáticamente, o modo

2 VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 95.

3 *Ibidem*, p. 67.

como o direito positivo de uma sociedade concreta se exprime, onde há regra de conduta dotada daquela ‘juridicidade formal’ (Del Vecchio), aí encontramos sua composição dual [antecedente e conseqüente]⁴.

Então, principalmente num mundo jurídico principiológico e de primazia constitucional, é de se atender ao sentido normativo jungido à finalidade jurídica e política da Carta Maior e daí retirar seus significados em termos de comandos para a conduta dos cidadãos e dos condutores do país⁵.

O documento escrito dotado de características de normatividade destacada no ordenamento vem a ser a Constituição (supremacia e supralegalidade). A ele se pode denominar **Constituição política**⁶.

Ela comporta uma análise **formal**, atinente à dinâmica de fontes produtoras do “direito” escrito e seus procedimentos de criação e outra **material**, própria da verificação de compatibilidade do conteúdo que determina com os atos que lhe devam ser subordinados.

Há, por outro lado, uma **Constituição Social**, gerada pela prática comunitária e que interage dialeticamente com aquela, na qual se dá a visão pelo prisma do cidadão e do Estado. Este, criando práticas para aplicar o texto maior, legitimando-as neste, e aquele criando diversas formas normativas de se comportar nos diversos grupos que compõem a sociedade maior⁷.

4 *Ibidem*, p. 85.

5 Apenas para se dar um exemplo de como pode se dar a questão da forma de expressão de uma idéia num texto constitucional pode ser ampla e trazer vários elementos textuais, prescritivos e descritivos, a serem analisados, diz a Constituição Venezuelana: “Artículo 1. La República Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador [...]. Artículo 112. Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.”

6 Não no sentido da dualidade Estado-economia cada um com um estatuto jurídico. Sobre o tema, v. MOREIRA, Vital. Economia e Constituição: para o conceito de Constituição Económica (continuação). **Boletim de Ciências Económicas**, Coimbra, v. 19, p. 1-47, 1976.

7 MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Responsabilidade do Estado por ato judicial violador da isonomia:**

Assim, os conceitos de Constituição e de ordem econômica admitem correlação. A Constituição Econômica sociológica criada é a ordem econômica material (não no sentido de normas jurídicas que tratam materialmente de questões políticas fundamentais econômicas, mas do modo como se dá a ordenação social). E a ordem econômica constitucional normativa é a Constituição Econômica política formal. O desejo de que a Constituição Econômica política material se converta na ordem econômica material.

Por fim, a melhor forma de se entender uma Constituição Econômica é entendê-la como uma “visão compartilhada de uma comunidade de pessoas sobre como elas desejam viver suas vidas”⁸. Isso é indispensável num sistema onde as pessoas compartilham diariamente serviços públicos (public utilities).

Princípios gerais da atividade econômica

Como ponto principal de atenção do Texto Constitucional acerca da relação Direito e Economia no Estado brasileiro, está o seu artigo 170:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I – soberania nacional;
- II – propriedade privada;
- III – função social da propriedade;
- IV – livre concorrência;
- V – defesa do consumidor;
- VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

a igualdade perante o Judiciário e a constitucionalidade da coisa julgada face à responsabilidade objetiva. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 20-4.

⁸ “*The shared vision of a community of people about how they wish to live their lives.*” (GRAHAM, Cosmo. **Regulating public utilities: a constitutional approach.** Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 1).

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;
VIII – busca do pleno emprego;
IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Esses são os princípios que qualquer atitude estatal e qualquer particular – pelos efeitos horizontais dos direitos fundamentais^{9 10}, é obrigado a observar, sob pena de inconstitucionalidade de sua conduta pela violação dos objetivos a que se destina o Estado Brasileiro (governo e sociedade civil), previstos no artigo 3º da Constituição Federal, dentre os quais se destaca a redução das desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, inciso III, parte final), bem como o fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, c/c 170, caput, “existência digna”), aqui presentes.

Direitos fundamentais: propriedade

A conexão com os direitos fundamentais também se mostra pela repetição do direito de propriedade e de sua função social, já mencionados no artigo 5º, incisos XXII e XXIII¹¹. Esses incisos, pelo registro escrito tão próximo de opiniões tão distintas (“XXII – é garantido o direito de pro-

9 Sobre o assunto e as formas como esses princípios poderiam intervir na ordem negocial, v. MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Livraria Almedina, 2005. *passim*. AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 113-126.

10 Na ADIn 939/DF – primeiro debate plenário sobre a constitucionalidade de uma emenda, Rel. Min. Sydney Sanches, julg. em 15.12.1993 (DJU 18.03.94), o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria, reconheceu a condição de direito fundamental dos dispositivos integrantes do artigo 150 da Constituição (limites constitucionais ao poder de tributar), independentemente de sua localização topográfica no texto, assim, protegido contra emendas constitucionais nos termos do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição; pois, como se pode ver nos votos dos ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso, como o artigo 5º, § 2º, estabelece que os direitos expressos no texto não excluem outros decorrentes de seus princípios, tais direitos estariam espreitados por toda a Constituição.

11 MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Limites da Responsabilidade do Estado**: teoria dos limites da responsabilidade extracontratual do Estado, na Constituição Federal Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 112.

priedade; XXIII – a propriedade atenderá a sua função social”), é o símbolo máximo de nossa “programaticidade” constitucional e dos problemas de eficácia que encerra. Devido aos choques de interesses, a Constituição ficou remissiva e a exigir o apoio de uma interpretação principiológica para ser unificada. Claro que, tal qual os problemas de um hospital, não significam a inexistência da Medicina, e, na medida em que Lei e Direito não são a mesma coisa, os problemas do Texto Constitucional não infirmam a Ciência do Direito ou o Direito Constitucional, pois para suplantarem essas questões é que ele existe.

Direitos fundamentais: consumidor, livre iniciativa e concorrência

A conexão com os direitos fundamentais listados no artigo 5º também é o caso da proteção ao consumidor (5º, XXXII, “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”) e da livre iniciativa (5º, XIII, “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”).

Acerca da livre iniciativa, a restrição do artigo 5º, atenção à qualificação exigida em lei, coaduna-se com a do parágrafo único do artigo 170, a lei poderá exigir autorização para o empreendimento. E, ademais, apenas faz sentido se conjugada com a livre concorrência do inciso IV do artigo 170.

Está no cerne do ideal econômico regulatório atual que o papel das agências é permitir o livre desempenho da empresa pelos agentes do setor (liberdade empresarial) e permitir a entrada de novos players no mercado (livre concorrência).

Os direitos fundamentais encerram em si uma feição de **liberdade positiva** e de **liberdade negativa**, advindas do clássico modelo liberal. Em regra, há o sentido negativo da liberdade, no sentido de uma esfera individual de proteção do indivíduo a qual o Estado não pode penetrar. Negativo, assim, no sentido científico-positivista de ausência de comportamento do Estado no ponto em questão.

Doutro bordo, está o sentido positivo, pelo qual o sujeito de direitos pode fazer valer o seu direito pelo seu exercício direto. É a liberdade de agir.

À negativa está associada à função de proteção perante terceiros¹², pela qual o Estado tem o dever, noutra modelo de direitos, de evitar que terceiros perturbem o exercício do direito pelo seu titular¹³ – o que atrai também o tema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais de modo mediato.

Assim, a liberdade empresarial está associada ao sentido positivo e a livre concorrência a completa como o seu sentido negativo; o direito a que ninguém proceda de forma desleal na luta por um espaço no mercado. A sua regulação legal está na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica).

Em síntese, no que toca à liberdade privada de atuação empresarial, a sua forma atual é, em regra, a que se pode chamar de autorização legal, geral e abstrata, válida para todos quantos se insiram em seus requisitos; um meio termo entre o sistema da ampla liberdade e o das autorizações (ainda subsistentes, por exemplo, no caso das instituições financeiras, Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, artigo 10, X), podendo haver privilégios de atuação em serviços concedidos, em nome do bem-estar social¹⁴.

Enfim, o que foi dito atende ao que determina a Constituição no artigo 173:

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabi-

12 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 409.

13 CANOTILHO, J. J. Gomes. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: _____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 35-68. p. 46-51.

14 Sobre a evolução das atividades empresariais e sua regulação pelo Estado, v. REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**; v.2. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 4-6. Cf. *Idem*. **Curso de Direito Comercial**; v. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 8-13.

lidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Assim, vê-se que o abuso de poder econômico juridicamente relevante é aquele traduzido por dominação de mercados, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros. E, por outro lado, os crimes contra a economia popular estão na Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, e a proteção à ordem tributária, econômica e também ao consumidor na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991 (crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis).

A Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo.

Sobre o tema da livre iniciativa, vale a transcrição dos seguintes posicionamentos do Supremo Tribunal Federal:

“1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define a opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Muito ao contrário. 2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia fins, diretrizes e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts 1º, 3º e 170. 3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso, a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da “iniciativa do Estado”; não a privilegia, portanto, como bem atinente apenas à empresa. 4. A Constituição do Brasil em seu art. 199, § 4º, veda todo tipo de comercialização de sangue, entretanto estabelece que a lei infraconstitucional disporá sobre as condições e requisitos que facilitem a coleta de sangue. 6. Na composição entre o princípio da livre

iniciativa e do direito à vida, há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 7. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

(ADI 3.512/ES, Rel. Min. Eros Grau, julg. em 15.02.06, maioria, DJ 23/06/06, p. 03)

- - -

“Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ECONÔMICO. INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA: REGULAMENTAÇÃO E REGULAÇÃO DE SETORES ECONÔMICOS: NORMAS DE INTERVENÇÃO. LIBERDADE DE INICIATIVA. CF, art. 1º, IV; art. 170. CF, art. 37, § 6º, I. – A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem Econômica: CF, art 1º, IV; art 170, II. – Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa. III. – Contrato celebrado com instituição privada para o estabelecimento de levantamentos que serviriam de embasamento para a fixação de preços, nos termos da lei. Todavia, a fixação dos preços acabou realizada em valores inferiores. Essa conduta gerou danos patrimoniais ao agente econômico, vale dizer, à recorrente: obrigação de indenizar por parte do poder público. CF, art. 37, § 6º, IV. – Prejuízos apurados na instância ordinária, inclusive mediante perícia técnica. V. – RE conhecido e provido.”

(RE 422.941/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. em 06.12.05, DJU 24.03.06, p. 55)

- - -

EMENTA: Fixação de horário de funcionamento para farmácias no Município. Multa administrativa vinculada a salário mínimo. - Em casos análogos ao presente, ambas as Turmas desta Corte (assim a título exemplificativo, nos RREE 199.520, 175.901 e 174.645) firmaram entendimento no sentido que assim vem sintetizado pela ementa do RE 199.520: “Fixação de horário de funcionamento para farmácia no Município. Lei 8.794/78 do Município de São Paulo. - Matéria de competência do Município. Improcedência das alegações de violação aos princípios constitucionais da isonomia, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da liberdade de trabalho e da busca ao pleno emprego. Precedente desta Corte. Recurso extraordinário conhecido, mas não provido”. - Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. - O Plenário desta Corte, ao julgar a ADIN 1425, firmou o entendimento de que, ao estabelecer o artigo 7º, IV, da Constituição que é vedada a vinculação ao salário-mínimo para qualquer fim, “quis evitar que interesses estranhos aos versados na norma constitucional venham a ter influência na fixação do valor mínimo a ser observado”. Ora, no caso, a vinculação se dá para que o salário-mínimo atue como fator de atualização da multa administrativa, que variará com o aumento dele, o que se enquadra na proibição do citado dispositivo constitucional. - É, portanto, inconstitucional o § 1º do artigo 4º da Lei 5.803, de 04.09.90, do Município de Ribeirão Preto. Recurso extraordinário conhecido em parte e nela provido, declarando-se a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 4º da Lei 5.803, de 04.09.90, do Município de Ribeirão Preto.

(RE 237965/SP, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, julg. em 10/02/2000, unânime, DJU 31.03.2000, p. 61)

- - -

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FARMÁCIA. FIXAÇÃO DE HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO. ASSUNTO DE INTERESSE LOCAL. A fixação de horário de funcionamento para o comércio dentro da área municipal pode ser feita por lei local, visando o interesse do consumidor e evitando a dominação do mercado por oligopólio. Precedentes. Recurso extraordinário não conhecido. (RE 189170/SP, Segunda Turma, Rel. p/ Acórdão Min. Maurício Corrêa, julg. em 01/02/2001, maioria, DJU 08.08.2003, p. 86)

- - -

Postos de gasolina. Atividade de alto risco que justifica o prudente distanciamento, na mesma área geográfica, de estabelecimentos congêneres. Inexistência de inconstitucionalidade do art. 3º, letra b, da Lei 2.390, de 16.12.74, do Município de Belo Horizonte (MG). RE conhecido, mas improvido. (RE 204187/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. em 16/12/2003, DJU 02.04.2004, p. 27)

No último julgado citado, a Corte afastou a alegação de violação da livre concorrência, entre os demais motivos, por não haver vedação à livre iniciativa empresarial, desde que atendido o requisito racional para evitar concentração de substâncias explosivas na mesma área.

O Meio Ambiente

Por sua vez, o meio ambiente encontra tópico próprio no Texto Constitucional, dentre a ordem social (capítulo VI, artigo 225). Cabe aqui ressaltar a inovação, feita pela Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de

2003, do tratamento diferenciado aos produtos e serviços consoante o seu impacto ambiental; é o caminho para a denominada **tributação ambiental**¹⁵.

Destaque especial cabe à noção de desenvolvimento sustentável. Não é o mero crescimento¹⁶, como maior disponibilidade de bens e serviços, mas ele deve vir acompanhado de uma liberdade real que assegure sua continuidade. O crescimento pode vir antes ou depois da conquista da liberdade – é preferível que ocorra depois, como forma de melhor direcionar os esforços da democracia – mas sem ela não chega a caracterizar um desenvolvimento¹⁷.

A importância do meio ambiente está no simples fato básico de que dele provêm para o homem o alimento e a energia para cozê-lo. Daí todas as considerações que transbordam para a visão da economia como uma forma de relação entre o homem e a natureza; desta advêm os produtos e suas matérias-primas e para ela vão os resíduos. Ecologia e economia, assim, complementam-se¹⁸.

No Brasil, desde a colonização, a relação econômica com o meio ambiente foi marcada pelo uso explorador, que se estendia à relação com os trabalhadores braçais, em regra, escravos. Era uma produção pautada pela quantidade e voltada para o mercado externo, na qual, “só com alguma reserva se pode aplicar a palavra ‘agricultura’ aos processos de exploração que se introduziram no país com os engenhos de cana.” Sérgio Buarque de Holanda denuncia o caráter perdulário da grande lavoura colonial, a qual, sem a escravatura e terra farta para gastar e ar-

15 Sobre o assunto, v. GARCÍA-INÉS, Marta Jorge. La protección fiscal del medio ambiente en la UE. **Revista de Estudios Europeos**, n. 37, p. 3-25, mayo/ago., 2004. IRUJO, Antonio Embid. La fiscalidad ambiental y los principios de su regimen jurídico. Consideraciones específicas en el ambito de las aguas continentales. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 148, p. 61-97, ene./abr., 1999.

16 Com apoio em Celso Furtado, diz Amadeu Carvalhaes Ribeiro: “[...] crescimento econômico não é sinônimo de desenvolvimento. Para que haja desenvolvimento, é necessário que o crescimento venha acompanhado de uma distribuição mais equilibrada das riquezas produzidas.” (Cooperação e desenvolvimento: a regulação da atividade seguradora. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 124-81) (p. 126)

17 “*Desenvolvimento auto-sustentável* é o fato de todo o processo de desenvolvimento ter de se manter durante todo o itinerário ou passagem do estágio de subdesenvolvimento até a chegada ao novo status de desenvolvimento.” (NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico: um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 11-24) (p. 17)

18 NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao Direito Econômico. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 360 e segs.

ruinar, seria “irrealizável”¹⁹. Então, a proteção ao meio ambiente inserida na Constituição de 1988 assume um grande caráter pedagógico, além de normativo, e representa um marco na evolução da relação do brasileiro com o meio ambiente e consigo.

As empresas de pequeno porte

O tratamento favorecido às empresas de pequeno porte (“constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”, alude à definição de empresa brasileira extirpada pela ablação do artigo 171 pela Emenda nº 06, de 15 de agosto de 1995²⁰), pode ser compreendido como regime específico de isonomia²¹. O inciso em comento dá amparo à Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999 (Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), regulamentada pelo Dec. nº 3.474, de 22 de maio de 2000, e à Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996 (estabelece o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte e institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições

19 HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 40. (Edição Comemorativa 70 anos) A criação da riqueza no país desde seus primórdios seguiu o mesmo princípio de relação com a natureza: “todos queriam extrair do solo excessivos benefícios sem grandes sacrifícios.” (Ibidem, p. 44).

20 Redação original: Art. 171. São consideradas:

I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;

II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

§ 1º - A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:

I - conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País;

II - estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:

a) a exigência de que o controle referido no inciso II do “caput” se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia;

b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno.

§ 2º - Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional.

21 Cf., sobre a diferença entre isonomia e igualdade, MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Limites da Responsabilidade do Estado**: teoria dos limites da responsabilidade extracontratual do Estado, na Constituição Federal Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 69 e segs.

das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES). No artigo 179 da Constituição, está normativamente sintetizada a justificativa para esse tratamento, incentivar o pequeno empreendimento²², com o que se busca obter desenvolvimento, redução da carga tributária e benefícios econômicos para toda a sociedade²³.

Princípios

Como a soberania nacional também já estava presente no artigo 1º, I, da Constituição (fundamentos da República Federativa do Brasil), vê-se que, no texto do artigo 170, apenas o pleno emprego e o tratamento favorecido às pequenas empresas não se encontravam já explicitamente previstos na Constituição. Note-se que nada impede que tais preceitos fossem compreendidos como inerentes aos direitos sociais e à igualdade.

É claro que a enumeração concentrada do artigo 170 não elide a aplicação dos outros direitos constitucionalmente consagrados, consoante as exigências do caso concreto. Serve, todavia, para pôr em relevo as principais questões envolvidas no debate e propiciar o seu trato.

Ademais, reflete também outras contradições do mesmo tipo, além da já apontada, como quando fala em conciliação da valorização do trabalho humano (direito social nos termos do artigo 6º) com a livre iniciativa; direitos que, conquanto se possa argumentar teoricamente acerca da sua convivência harmoniosa, historicamente demonstraram grande incompatibilidade; onde um é observado, o outro queda diminuído²⁴. Não há como incentivar a igualdade material sem reduzir a liberdade, e vice-versa. O predomínio de um outro dependerá, portanto, da opção, não estritamente jurídica, mas política de quem interpreta, legisla ou executa.

22 “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às micro empresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.”

23 V. CORREIA, Heloisa Augusta Neri. **Tributação e inclusão**: os pequenos empreendimentos frente à visão social da ordem jurídica. Monografia. Natal, Universidade Federal do Rio Grande do Norte – Programa de Pós-Graduação em Direito, Curso de Especialização em Direito Tributário, 2003. Orientador: Fabiano Mendonça.

24 BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. 6. ed. Trad. por Marco A. Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 37-41. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 18.

Enfim, o prefácio do Texto Constitucional já estabelece que a sociedade deve ser fraterna, pluralista e sem preconceitos e dar guarida, como valor supremo, a um Estado “destinado a assegurar o exercício dos **direitos sociais e individuais**, a liberdade, a segurança, o **bem-estar**, o **desenvolvimento**, a **igualdade** e a justiça”. [grifos acrescentados].

Competência legislativa

A competência para legislar em matéria de direito econômico é concorrente (CRFB artigo 24, I), pelo que toca à União, aos estados e ao Distrito Federal. Cumpre ressaltar que isso não impede o estabelecimento de órgãos denominados agências reguladoras pelos municípios, como o há, no desiderato de direcionar as políticas para determinado setor ou mesmo estabelecer convênios de atuação com outras Agências de âmbito maior. É comum a existência de agências de desenvolvimento regional ou de controle do saneamento básico, como no Rio Grande do Norte.

No âmbito estadual, cabe destacar a competência para legislar em termos de regulação do setor de gás local canalizado (artigo 25, § 2º).

Em regra, deve caber à União as normas gerais, apesar da prática mostrar que é comum tal esfera legislativa deter-se em especificidades; afora a dificuldade muitas vezes existente em separar o que se pode considerar geral do que é especial.

Portanto, caberia ao Estados suplementar essa legislação e, ressalte-se, a Constituição dá-lhes competência para tratar de temas gerais na ausência de lei federal (competência plena, artigo 24, § 3º). Note-se que para legislar é preciso autorização constitucional e essa inexistente para a União atuar no plano que é dos estados. Sobrevindo lei federal, suspender-se-ão os dispositivos contrários da estadual, em rara hipótese de supremacia jurídica federal sobre estadual num regime federativo (artigo 24, § 4º).

A Ordem Econômica e a Ordem Social

O exposto atesta a vinculação da Ordem Econômica com todo o corpo constitucional, tal qual apraz à idéia de unidade da Constituição e do ordenamento jurídico, com o uso, principalmente, dos princípios constitucionais²⁵.

Na análise “topológica” da Constituição, vê-se interessante pista sistemática deixada pela seqüência de seus tópicos. Após os “princípios fundamentais” e os direitos e garantias fundamentais – dispostos em primazia na ordem jurídica, portanto – advém a organização do Estado, onde estão dispostos o federalismo legislativo e administrativo e também a administração pública e a organização dos poderes. Depois disso, estruturadas as finalidades do Estado e o modo de exercer o poder, vem a legalidade extraordinária com a defesa do Estado e das instituições democráticas, com o regime excepcional do poder.

Lançadas as bases da República, vêm o seu dia-a-dia e demais conquistas do cidadão. Começa pela tributação e orçamento, ou seja, de onde provêm os recursos e como serão utilizados. É o Estado Fiscal. Após isso, é a vez de tratar da ordem econômica e financeira, ponto no qual nos encontramos, a qual participa de momento interligado com o título anterior, com maior atenção sobre o direito de propriedade.

Por fim, antes das disposições constitucionais gerais e do ato das disposições constitucionais transitórias (que não são nem transitórias – indicariam mudança, nem provisórias, antes crescem a cada ano; estamos em permanente mudança), há a ordem social. O fato de estar por último não significa menor relevância, mas sim culminância de todo o processo de estruturação estratégica do Estado que redacionalmente lhe antecede no texto.

Noutras palavras, a ordem social encerra a finalidade de toda a sistemática estatal. O homem como meio e fim da vida do Direito.

Não adianta ter uma ordem tributária, orçamentária, econômica e financeira se isso não se reverter em prol da sociedade. Não tem guarida, portanto, em nossa ordem, a simples acumulação de riquezas. É preciso

25 “Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 176). Cf. tb. MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Responsabilidade do Estado por ato judicial violador da isonomia: a igualdade perante o Judiciário e a constitucionalidade da coisa julgada face à responsabilidade objetiva**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 113 e segs. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 181 e segs.

dar-lhe uma finalidade social. Planificações estatais que fiquem pela metade do caminho, “fermentando o bolo”, padecem de vício essencial, pois agridem o sistema como um todo.

Tal esquema faz parecer que o Texto Constitucional é um primor de organização, todavia, o conteúdo ainda é capaz de receber muitos aperfeiçoamentos para se adequar ao que dispõem os títulos.

Antes, porém, de interpretações equivocadas, é preciso ressaltar que a Constituição de um Estado Social é o documento econômico de um Estado capitalista que procedeu a alterações para sua continuidade. A adoção desse modelo econômico está presente na adoção dos direitos fundamentais à **propriedade privada** e à **livre iniciativa**, todavia, com notas sociais, como a função social da propriedade (vedação de uso de bem para fins absolutamente individuais em detrimento da coletividade)²⁶, a finalidade social da concorrência, a redução das desigualdades sociais, a valorização do trabalho humano, a Justiça social e a busca do pleno emprego, até porque, nenhum direito fundamental é absoluto²⁷.

Para bem constatar as diferentes visões que permearam o Texto de 1988²⁸, pode ser feita uma acareação do que foi dito nos artigos 170, caput (ordem econômica e financeira, princípios gerais da atividade econômica), e 193 (disposição geral da ordem social):

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

26 Sobre o assunto da função social da propriedade estatal na ordem econômica, vale acrescentar que o artigo 172, § 1º, I, da Constituição, determina que lei deverá cuidar da função social empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços e as formas de sua fiscalização pelo Estado e pela sociedade.

27 RABENHORST, Eduardo R. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 67.

28 Essa diversidade foi fruto da intensidade dos debates constituintes e, em temas como liberdade empresarial, os grupos acharam a Constituição, por um lado, antiempresarial (Roberto Campos), e, por outro, incapaz de promover as mudanças necessárias (Florestan Fernandes). MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Limites da Responsabilidade do Estado**: teoria dos limites da responsabilidade extracontratual do Estado, na Constituição Federal Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 113.

Da análise, tem-se:

- a) ordem econômica x ordem social;
- b) fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa x com base no primado do trabalho;
- c) finalidade de assegurar existência digna x objetivo de bem-estar; e
- d) consoante os ditames da Justiça Social x objetivo de Justiça Social.

Salta aos olhos como grande diferença a livre iniciativa, presente na ordem econômica. A troca da vida digna pelo bem-estar pode ser interpretada como capaz de denotar um Estado do Bem-Estar Social. E a presença, em ambos, da Justiça Social encaminha para a compreensão de uma igualdade material, de uma igualdade distributiva. A ordem social não buscou apoio na livre iniciativa para a consecução da dignidade. A ordem econômica a tem por essencial, mas uma não se sustenta sem a outra.

A repartição operada pela Constituição de 1988, diferentemente das anteriores, que se referiam à “ordem econômica e social”, denota um destaque de modo a dar real importância à questão social, não podendo supor que sejam instâncias separadas e estanques.

O ponto final afirmativo dessa questão é um dispositivo constante da Ordem Social, no capítulo IV, Ciência e Tecnologia:

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

A referência ao patrimônio nacional está aí como direito do povo, o mercado (o funcionamento regular das trocas econômicas) é um bem de toda a Nação. Esse mercado interno será incentivado, ou seja, será conduzido, de forma a proporcionar desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar geral e a autonomia tecnológica (caráter finalístico das relações jurídicas). A idéia de bem-estar reforça a opção constituinte pelas questões sociais e o liame entre o desenvolvimento cultural e o tecnológico²⁹ (que remete à soberania

29 Isso, até por estar em seqüência aos dispositivos que abordam a educação, a cultura e o desporto, e, assim, sinaliza, também e dialeticamente, a finalidade econômica (bem-estar geral e auto-sustentabilidade) da educação e do desenvolvimento científico. Afinal, repetir fenômenos em laboratórios, por exemplo, a própria natureza já faz e sempre fez. A questão é a aplicabilidade benéfica ao ser humano. É o que se lê também no artigo 218 [grifos nossos]:

“Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capa-

do artigo 170, I). Por fim, é possível retirar a ilação de que o mercado deve ser alimentado pela educação – o que inclui o desenvolvimento científico e tecnológico, como forma de alcançar sua sustentabilidade.

Esse dispositivo foi regulamentado pela Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004 (dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo), a qual traça parâmetros para a gestão da propriedade intelectual, particularmente a industrial, e demais atividades de inovação e pesquisa em parceria com o setor privado ou não, das instituições científicas e tecnológicas da Administração Pública. Do que se infere do artigo, mais pode ser extraído dele de modo complementar à atuação do Estado no domínio econômico.

Ordem Econômica e Cooperação Econômica interna

É preciso ainda atentar para o fato de que o estabelecimento de um regime essencialmente competitivo conduz à existência de muitos “perdedores” na concorrência. Alguém ganha e, aos poucos, a possibilidade de vitória no mercado se concentra cada vez mais, tornando-se exclusão.

A competição mantida por longo período apenas conduz à desagregação do grupo social pelo afastamento gerado entre seus componentes³⁰. Assim, é imperioso ver como se comporta o tema em nossa ordem constitucional, pois apenas um movimento social de cooperação pode conduzir à efetiva paz social, mesmo que a competição possa ser interessante para alavancar determinados objetivos.

Bem, ao estabelecer a ordem econômica centrada no primado capitalista, a Constituição não deixou muitas ensanchas à cooperação. Com efeito, é difícil imaginar, para não dizer impossível de ver, um comerciante cooperando com o seu concorrente para que este não vá à bancarrota. Dá-se o adágio popular, “farinha pouca, meu pirão primeiro”.

A ordem, porém deixou abertos alguns mecanismos para essa

citação tecnológicas.

§ 1º A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, **tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.**

§ 2º A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a **solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.** [...]”

30 SOUTO, Cláudio. **Ciência e Ética no Direito**: uma alternativa de modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

cooperação, os quais têm de ser enfatizados aqui para evitar uma visão reducionista do modelo adotado. Particularmente, o primeiro e mais direto é, precisamente, a proibição de abuso do poder econômico. A proteção à **livre concorrência** é uma forma exatamente de impedir a gana individualista do empresário; ele não pode se concentrar em seus objetivos ao ponto de desprezar limites éticos para buscar sucesso exclusivo no mercado.

O outro ponto é a **tributação** com finalidade **extrafiscal** como forma de intervenção indireta do Estado na economia. Por meio do tributo, exação forçada, nas suas diversas formas e progressões, o Poder Público obriga o patrimônio particular a servir à comunidade (no que também desempenha papel o tributo fiscalista mesmo).

Assim, o empresário é obrigado a desembolsar quantias que tanto poderão servir para direcionar seu planejamento econômico, como para socorrer (desde que não envolva direcionamento escuso de dinheiro público para particulares), através de programas de financiamento de atividades produtivas, por exemplo, o comércio de seu concorrente.

Na verdade, a cooperação empresarial não pode, também, ir ao ponto da cartelização. A ética é fundamental. Não poderá servir para gerar concentração econômica que, de modo duradouro, reduza os fornecedores no mercado, por intermédio, até mesmo de uma fusão empresarial. Na cooperação válida, apenas algumas decisões são unificadas, com vistas à uniformização de comportamentos³¹. E isso é salutar à sociedade.

Desigualdades regionais na Constituição

A atenção para a questão local num país como o Brasil é delicada e não deve ser deixada de lado pelas agências, na medida em que a Constituição Federal prescreve ser dever do Estado:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais

31 RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. Cooperação e desenvolvimento: a regulação da atividade seguradora. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 124-81 (p. 167)

[...]

Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.

[...]

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

Portanto, é imprescindível adotar, mesmo que não se trate de agência de fomento regional (caso da Agência de Desenvolvimento da Amazônia e da Agência de Desenvolvimento do Nordeste), uma atitude que atente para essa **assimetria** federativa, política, econômica e jurídica.

Desse modo, estão postos os princípios basilares de nossa ordem econômica, a cujos preceitos o sistema regulatório tem de se adaptar. Como fonte jurídica maior do Estado e norte para o Poder Público, a Constituição e seus objetivos não podem ser deixados de lado, sob pena de uma prática descompromissada para com as necessidades nacionais e o que foi expresso no exercício do Poder Constituinte. Transpor isso é querer mudar as opções do Estado à revelia do povo.

Referências Bibliográficas

- AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. 6. ed. Trad. por Marco A. Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: _____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- CORREIA, Heloísa Augusta Neri. **Tributação e inclusão: os pequenos empreendimentos frente à visão social da ordem jurídica**. Monografia. Natal, Universidade Federal do Rio Grande do Norte – Programa de Pós-Graduação em Direito, Curso de Especialização em Direito Tributário, 2003. Orientador: Fabiano Mendonça.
- GARCÍA-INÉS, Marta Jorge. La protección fiscal del medio ambiente en la UE. **Revista de Estudios Europeos**, n. 37, p. 3-25, mayo/ago., 2004.
- GRAHAM, Cosmo. **Regulating public utilities: a constitutional approach**. Oxford: Hart Publishing, 2000.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 40. (Edição Comemorativa 70 anos)
- IRUJO, Antonio Embid. La fiscalidad ambiental y los principios de su regimen jurídico. Consideraciones específicas en el ambito de las aguas continentales. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 148, p. 61-97, ene./abr., 1999.
- MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares**

aos direitos fundamentais. Coimbra: Livraria Almedina, 2005.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Limites da Responsabilidade do Estado:** teoria dos limites da responsabilidade extracontratual do Estado, na Constituição Federal Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Responsabilidade do Estado por ato judicial violador da isonomia:** a igualdade perante o Judiciário e a constitucionalidade da coisa julgada face à responsabilidade objetiva. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MOREIRA, Vital. Economia e Constituição: para o conceito de Constituição Econômica. **Boletim de Ciências Económicas**, Coimbra, v. 17, p. 103-165, 1974.

MOREIRA, Vital. Economia e Constituição: para o conceito de Constituição Econômica (continuação). **Boletim de Ciências Económicas**, Coimbra, v. 19, p. 1-47, 1976.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia:** introdução ao Direito Econômico. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico: um retrospecto e algumas perspectivas. **In:** SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). **Regulação e desenvolvimento.** São Paulo: Malheiros, 2002. p. 11-24

RABENHORST, Eduardo R. **Dignidade humana e moralidade democrática.** Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial.** São Paulo: Saraiva, 1993 [v. 2. 19. ed.], 1998 [v. 1. 23. ed.].

RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. Cooperação e desenvolvimento: a regulação da atividade seguradora. **In:** SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). **Regulação e desenvolvimento.** São Paulo: Malheiros, 2002. p. 124-81

SOUTO, Cláudio. **Ciência e Ética no Direito:** uma alternativa de modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PARTE I

A governança pública e o Estado regulador brasileiro na efetivação do direito fundamental ao desenvolvimento

Estado regulador e Estado empresário:
coexistência e possibilidades

O papel do Estado Regulador na concretização dos direitos fundamentais

A GOVERNANÇA PÚBLICA E O ESTADO REGULADOR BRASILEIRO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO

Diogo Pignataro de Oliveira
Fabiano André de Souza Mendonça
Yanko Marcius de Alencar Xavier

Introdução

O modelo de atuação do Estado brasileiro na economia é alvo de sensíveis modificações ao longo dos últimos anos, principalmente após as transformações constitucionais e legislativas ocorridas na década de 1990, que acabaram por alterar a forma pela qual o Estado se inseria na exploração de atividades econômicas e na prestação de serviços públicos. Abriu-se o leque de participação do Estado nesses setores para duas maneiras especificamente: atuação fiscalizatória renovada, o denominado uso do poder de polícia trabalhado de uma forma diferente do praticado no Estado liberal; e a atuação via concessão a particulares para suas atuações em atividades econômicas e em serviços públicos com a respectiva expedição de normas reguladoras para esses setores específicos.

Por conseqüência, tal modificação transmutou o foco da preocupação para com certos direitos fundamentais³² atingidos diretamente através das

32 Especialmente trata-se do direito fundamental do desenvolvimento que teve seu ponto de preocupação

modificações de atuação na economia advindas. Isso porque o Estado, contemporaneamente, não é mais o único agente indutor, responsável pela efetivação de direitos fundamentais intimamente relacionados com atividades não mais exercidas diretamente por ele, mas sim por particulares, haja vista suas novas formas de participação na economia e nos serviços públicos.

Assim, modificou-se a forma de agir do Estado quase que por inteiro, já que antes era praticamente o único agente responsável pela busca do desenvolvimento, bem como fez surgir responsabilidades para agentes privados investidos do caráter público, haja vista o Estado assumir, por esse novo espectro, um papel de regulador, fiscalizador e planejador de certas atividades e serviços.

É neste contexto que se inserem as preocupações atuais com o modo de agir do Estado contemporâneo na consecução de suas atividades essenciais, bem como dos particulares que atuam ante este. A governança pública surge, desse modo, como a formatação de um *modus operandi* pelo qual o Estado deve extrair suas melhores práticas a fim de se adequar a esse novo papel assumido por si perante o direito fundamental ao desenvolvimento. Faz-se mister que a regulação econômica exercida pelo Estado brasileiro se coadune com os princípios elencados pela governança pública, de modo que, em um somatório de esforços conjuntos, se possa concretizar e efetivamente se ter a proteção devida e adequada ao direito fundamental citado.

Desta feita, pretende-se, pois, com esse delineamento introdutório efetivado, construir as bases jurídicas sobre as quais deve se erigir uma forma de pensar e de agir da Administração Pública que vise à correta e efetiva proteção de determinados direitos fundamentais: a consecução do desenvolvimento. E esse novo papel a ser considerado pela Administração Pública, com foco nas diretrizes almejadas como nortes centrais, se fundamenta nos princípios da Governança Pública. O objetivo central do presente trabalho é, portanto, congrega as novas funções tomadas pelo Estado a partir das alterações consubstanciadas na ordem jurídica em um modelo de Administração voltado para a Governança Pública, a fim de

transmudado e que será analisado, porém outros direitos fundamentais forem alvo de tal modificação, como por exemplo, o direito ao meio-ambiente sadio e equilibrado, o direito à educação, à saúde, do trabalho etc.

que, desse modo, se tenha por atingido os fins protetores e concretizadores do Estado para com o direito fundamental ao desenvolvimento, direito este que se encontra intimamente atingido, direta e indiretamente, nessa nova concepção de Estado, motivo pelo qual se enseja um pensamento remodelado acerca de sua proteção e efetivação.

Para a consecução desse fim, o estudo será realizado dentro da metodologia teórico-descritiva, fundamentado na doutrina do Direito Constitucional, do Direito Administrativo e do Direito Regulatório, tendo ênfase considerável ainda nos estudos desenvolvidos pelas ciências sociais como um todo acerca do tema da Governança Pública. Analisar-se-á o modelo regulatório brasileiro atual (a constitucionalização, certas disposições legais, a mudança de concepção do Estado interventor para o regulador) para passar para a regulação econômica dos mercados especificamente, perquirindo sobre suas teorias e visões. Em seguida buscar-se-á passar, com fundamento teórico construído na Constituição de 88 e de variados documentos jurídicos internacionais, o caráter de direito fundamental inerente ao direito ao desenvolvimento. Por derradeiro, trabalhar-se-á com a junção dos efeitos que devem ser propugnados pela regulação econômica, bem como observar a realidade brasileira neste sentido, para que se possa ver efetivado o direito ao desenvolvimento, não olvidando a aplicação dos princípios da governança pública.

O Modelo Regulatório Brasileiro e a Regulação Econômica

Do Estado liberal ao Estado contemporâneo regulador

Indissociável da idéia de análise do modelo regulatório brasileiro, bem como do tema geral da regulação econômica e sua implicação no direito fundamental que se objetiva traçar uma proteção efetiva neste trabalho à luz do espectro da governança pública, está a questão da reforma pela qual passou o Estado brasileiro nos últimos anos, remontando-se tal discussão, ainda, às mudanças que os Estados nacionais passaram com relação especificamente às suas atuações no campo econômico.

Fazendo uma divagação nem tão profunda historicamente, nem mesmo faturalmente, até mesmo porque este não é objeto do que ora se propõe, mas apenas visa a criar um campo de partida para o entendimento do foco central em debate, verifica-se que a atuação do Estado³³ na economia passou por diversas transformações em sua essência ao longo do século XX.

Inicialmente o Estado, na passagem do século XIX para o século XX, se configurava como um Estado fundado na doutrina liberal, consubstanciada no modelo liberal clássico de Adam Smith³⁴. Esse tipo de Estado detinha uma atuação fundada principalmente na questão da polícia administrativa, haja vista possuir suas funções, como um todo, reduzidas e restringidas à segurança, à justiça e a alguns serviços essenciais. O fim precípua do Estado nesse momento histórico não era outro senão o de garantir a proteção dos direitos individuais junto ao Poder Público, seja por meio da proteção irrestrita e de caráter extremamente relevante da propriedade privada, seja por meio da consubstanciação dos direitos de ter livre iniciativa e a liberdade de contrato³⁵.

Todavia, ao longo da subsistência do regime de atuação do Estado baseado na concepção da doutrina liberal, verificou-se a necessidade de sua reformulação, a fim de que se tivesse um Estado que assumisse diretamente certos papéis no espaço econômico, agindo tanto diretamente, como efetivador do desenvolvimento, quanto de maneira indireta, procuran-

33 A acepção “Estado” encontra-se ora empregada não como referência ao Estado brasileiro ou a qualquer outro em específico, mas sim de uma maneira geral, englobando a compreensão do fenômeno Estado.

34 De acordo com esse modelo liberal clássica de Adam Smith, o Estado tinha três papéis a cumprir: 1) o dever de proteger a sociedade da violência da invasão por outros Estados; 2) o dever de estabelecer uma adequada administração da justiça; e 3) o dever de realizar obras públicas e prestar certos serviços públicos que são economicamente desinteressantes para os particulares. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 17). Para uma maior profundidade acerca do assunto, ver SMITH, Adam. **Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

35 A liberdade de contratar e a livre iniciativa nada mais são do que direitos advindos do corolário principal do sistema capitalista, que é o direito de propriedade. “Tem-se afirmado, sistematicamente, que os dois valores fundamentais juridicamente protegidos nas economias do tipo capitalista são, simetricamente, o da propriedade dos bens de produção – leia-se propriedade privada dos bens de produção – e o da liberdade de contratar (ainda que se entenda que tais valores são preservados não em regime absoluto, mas relativo). A verdade, no entanto, é que tais valores não estão dispostos em situação simétrica, sendo mais correto observar que a liberdade de contratar não é senão um corolário da propriedade privada dos bens de produção. Isso porque a liberdade de contratar tem o sentido precípua de viabilizar a realização dos efeitos e virtualidades da propriedade individual dos bens de produção. Em outros termos: o princípio da liberdade de contratar é instrumental do princípio da propriedade privada dos bens de produção”. (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 94).

do distribuir e corrigir as falhas e distorções do mercado. Alguns são os fundamentos sociológicos para que houvesse o transpasse de um Estado liberal para um social, tais como: a falência do modelo liberal-racionalista, o progresso da indústria e a estratificação social, o movimento socialista e o advento da Constituição de Weimar e a indispensabilidade do intervencionismo estatal a partir da crise 1929 e do advento do *New Deal*.

O que ocorreu a partir da segunda década do século XX foi um alargamento completo nas estruturas, instituições, funções e responsabilidades, prioritariamente econômicas, do Estado. A consolidação dos direitos sociais e a preocupação com o Estado visto como condutor e formulador do interesse público irrestritamente são a tônica desse modelo de Estado interventor na economia, assumindo, assim, a feição de Estado-Providência e de Estado do Bem-Estar. As crises econômicas que sucederam o término da Primeira Guerra Mundial, as crises bélicas, a irrupção dos princípios democráticos e o aumento demográfico da população e sua concentração nos centros urbanos fizeram com que fosse imperioso pensar em um novo modelo de atuação do Estado na economia, de modo a dar respostas mais efetivas à sociedade e ao próprio mercado.

Foi então quando se vislumbrou a transformação do Estado do modelo liberal para um Estado destacado pelo seu caráter ativo na área econômica e social, haja vista a necessidade de se reformular a economia dos Estados de uma maneira geral, a exigência da participação política de classes marginalizadas, da adoção de compromissos que visassem a amenizar os antagonismos sociais e de melhor organizar esse crescimento populacional aliados ao crescimento urbano desenfreado. O resultado da consolidação desse modelo de Estado social, além do crescimento das estruturas orgânicas, em especial, as administrativas, foi o deslocamento do centro de gravidade do poder estatal do órgão legislativo para a Administração, ou seja, para o Poder Executivo.

Neste contexto histórico lançado, já em meados do final da década de 70 e início da década de 80 do século XX, o modelo de Estado Social começa a declinar e a ruir em diversas sociedades espalhadas pelo mundo, perfazendo como que um movimento acordado e quase equânime. O Estado social não comportava as inúmeras funções que lhe foram atribuídas, sendo, portanto, incapaz de abarcar todas as atividades a que se propunha originalmente, haja vista a “dispendiosidade” do modelo encetado, com o alto gasto relacionado à seguridade social, aos serviços básicos de educação,

saúde e segurança, e ainda os condizentes aos demais serviços públicos que tal modelo estatal achou por bem captar sob seu jugo³⁶.

O movimento mundial que se seguiu a esse encadeamento de fatos e de decadência do Estado social como um todos guarda íntima relação com o fenômeno da globalização da economia, que representa nada mais do que a expansão do mercado (do capitalismo) por todos os espaços de cada sociedade (e de quase todas sociedades também), ou seja, fala-se agora de uma época de alargamento do espaço privado, em detrimento do Estado social onde o espaço público se alargou, criando como conseqüência natural outras formas de agregação de interesses, de pólos de produção do direito, de instituições políticas.

Essa mudança de visão acerca de qual “espaço” deveria ser alargado, sobrepujando o privado em detrimento do público, quando da decadência do Estado social no final dos anos 1980 e no limiar da década subsequente, originou-se, portanto, da influência exercida pela conjuntura internacional, cujo parâmetro de orientação refletia os ideais de desestatização e privatização, exigindo a consolidação de um ente estatal financeiramente equilibrado, pugnando igualmente pela necessidade de reversão do quadro inflacionário, fazendo transparecer a necessidade de modificação do modelo político estatal e a transmutação da política pública.

Neste diapasão, é sob esse tipo de Estado, nascido daquele que veio a suceder o Estado social em face de algumas razões apontadas³⁷, que se vislumbrou uma forma de atuar na economia distinta; uma forma que podia dizer respeito inclusive à saída do Estado do exercício de certas atividades

36 Neste mesmo sentido: “O *welfare state* passou a ser visto como moribundo e, como lembra Offe, criticando o reducionismo neoliberal na forma de diagnóstico, o primeiro componente refere-se à hipertrofia dos direitos sociais e democráticos assegurados pelo Estado social (...). O segundo componente se refere às garantias de liberdade política e econômica: somente seria possível absorver efetivamente a avalanche das exigências se pudessem ser anuladas as garantias jurídicas cuja manutenção tolhe a ação do poder estatal”. (COSTA, José Augusto Fontoura Costa. **Globalização e Fim do Estado**. In: DERANI, Cristiane e COSTA, José Augusto Fontoura (Coordenadores). *Globalização e Soberania*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 50)

37 Não se pode afirmar que a congregação de algumas razões foram suficientes para configurar a decadência do Estado Social e o surgimento do Estado contemporâneo, pós-social ou regulador, contudo algumas devem necessariamente fazer parte de qualquer tipo de avaliação ou análise que se faça a respeito, tais como: crescente endividamento público, falta de recursos para seu financiamento, desproporção entre demandas crescentes de provisões materiais e incapacidade do sistema para fazer frente a elas, ausência do controle das empresas estatais e sua ineficiência e corrupção.

econômicas e da prestação de alguns serviços públicos, de maneira que se tivesse um enxugamento da máquina estatal mediante a privatização de empresas públicas e dos próprios serviços públicos.

Assim, tornou-se imperiosa a idéia de um padrão estrutural onde se tem menos a presença direta do Estado no domínio econômico, e mais a sua atuação na regulação dos serviços públicos e atividades econômicas que foram transferidos à iniciativa privada. Por conseguinte, opera-se uma mudança de paradigma respaldada pela substituição do Estado interventor para se formular um modelo político cujos vetores consistem na eficiência e racionalidade, como fundamentos para esta nova feição estatal, com atividade marcadamente reguladora.

Desta maneira, o Estado passou a intervir na economia prioritariamente por intermédio de dois mecanismos bastante relevantes para essa nova configuração estatal: por meio dos instrumentos contratuais de concessão de atuação na economia ou de prestação de serviços públicos, conferidos àquelas empresas privadas vencedoras dos certames licitatórios estabelecidos legalmente, os quais detêm todos os meios fiscalizatórios de seu cumprimento; assim como pelo seu poder de polícia administrativa, o qual já possuía desde os tempos do Estado Liberal, quando este somente atuava por esta forma.

Evidentemente, por mais que se afirme se estar diante de uma volta dos conceitos liberalizantes, é de bom alvitre que se estabeleçam diferenças consideráveis entre o Estado Liberal e o Estado Regulador. Este, ainda que adote um aspecto “neoliberal”, congrega em si, quando não atua diretamente (diminuídas consideravelmente foram as condições para tanto), uma forte participação estatal na fiscalização, planejamento e regulação da economia.

Reforma do Estado Brasileiro: construção do modelo regulatório

No caso brasileiro, em específico, a reforma do Estado, entendida como a transformação das bases estruturais que solidificam o Estado como um todo, veio a se concretizar jurídica e efetivamente a partir da década de 90 do século XX com a edição das Leis Federais

8.031/1990³⁸ e a 9.491/1997³⁹, que regulamentaram procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização.

Acompanhando a edição do referido programa, que deu as diretrizes para que o Estado Brasileiro se adaptasse juridicamente ao novo formato econômico de atuação que objetivava possuir dentro da conjuntura que se formava globalmente, reformas constitucionais foram indispensáveis para a consecução de tal fim, bem como acabaram por permitir a total compatibilização do sistema constitucional com as reformas pretendidas. A Emenda Constitucional n° 06/95 seguiu, neste sentido, o impulso transformador, ao suprimir o art. 171 da Constituição, que trazia a conceitualização de empresa brasileira de capital nacional e admitia a elas proteção, benefícios especiais e preferências, ao mesmo passo em que permitiu que a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica fossem concedidos ou autorizados a empresas constituídas sob as leis brasileiras, dispensando a exigência do controle do capital

38 Art. 1° É instituído o Programa Nacional de Desestatização, com os seguintes objetivos fundamentais:

I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

II - contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público;

III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

IV - contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia;

V - permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

Art. 2° Poderão ser privatizadas, nos termos desta lei, as empresas:

I - controladas, direta ou indiretamente, pela União e instituídas por lei ou ato do Poder Executivo; ou

II - criadas pelo setor privado e que, por qualquer motivo, passaram ao controle, direto ou indireto, da União.

§ 1° Considera-se privatização a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade.

§ 2° Aplicam-se os dispositivos desta lei, no que couber, à alienação das participações minoritárias diretas e indiretas da União, no capital social de quaisquer outras empresas. (...)

39 Art. 2°

§1° Considera-se desestatização:

a) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade;

b) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade. (...)

nacional. A Emenda Constitucional n° 07/95 modificou o art. 178 para não mais exigir que a navegação de cabotagem e interior fosse privativa de embarcações nacionais e de nacionalidade brasileira dos armadores, proprietários e comandantes. Já a Emenda Constitucional n° 36/02 veio a permitir a participação de estrangeiros em empresas jornalísticas e de radiodifusão.

As alterações constitucionais vieram ainda a afetar especificamente os monopólios existentes criados pela Constituição Federal de 1988. A Emenda Constitucional n° 05/95 abriu a possibilidade dos Estados-membros concederem a empresas privadas a exploração dos serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado. O mesmo aconteceu com o setor de telecomunicações e de radiodifusão (Emenda Constitucional n° 8/95) e com o setor petrolífero (Emenda Constitucional n° 09/95).

Obviamente, não apenas a abertura constitucional seria capaz de desregular, desregulamentar e/ou privatizar os setores da economia dos quais o Estado buscava se retirar diretamente de sua atuação para agir de uma maneira diferenciada, porém sem deixar o mercado se regular por si, nem de se retirar da economia, mas apenas mudar o seu foco de análise. Sendo assim, inúmeras produções legislativas sobrevieram nesse período da década de 1990 para diferenciados setores⁴⁰.

Diante do que fora exposto, a principal modificação relativa ao Estado intervencionista social decorre da relevância conferida ao instrumento regulatório. Assim, o Estado permanece presente no domínio econômico, mas não como participante direto. Para a realização do bem comum, vale-se dos instrumentos normativos para determinar a atuação dos particulares. Dessa maneira, cabe à iniciativa privada o desenvolvimento das atividades adequadas à geração de riquezas, todavia submetida aos imperativos estatais.

Neste desiderato, se pode asseverar que o Estado regulador, e sua maneira de agir na atividade econômica em sentido amplo, fizeram com que se desenvolvessem os direitos ditos difusos, caracterizados pela pluralidade indeterminada de seus titulares e pela indivisibilidade de seu

40 Lei 9.247/96 para setor energético, Lei 9.472/97 para o setor de telecomunicações, Lei 9.478/97 para o setor petrolífero, Lei 8.884/94 para a defesa da concorrência, Leis 8.987/95 e 9.074/95 para as concessões e permissões, Leis criadoras das agências reguladoras em âmbito federal e estadual, somente para dar alguns exemplos.

objeto, incluindo-se aí a proteção ao meio-ambiente, ao consumidor e aos bens e valores históricos, artísticos e paisagísticos⁴¹. Destarte, a fim de delimitar o foco do estudo em comento, chama-se a atenção em especial para o aspecto relacionado ao surgimento, com o Estado Regulador do direito difuso ao desenvolvimento nacional, fim precípua buscado pela regulação econômica.

Esse novo paradigma estatal objetiva, desse modo, editar normas de acordo com as necessidades do setor econômico, provindas nem tão somente do processo legislativo, mas de um ente estatal – autarquia especial – com poderes específicos para tanto, uma vez que a lei fixaria determinadas competências para a realização de suas atividades. Desta maneira, e essa é a causa maior do surgimento da regulação econômica, o regramento das atividades econômicas se torna mais dinâmico pelo fato de estes órgãos possuírem, além de um conhecimento técnico especializado das atividades as quais se encontram sob a sua esfera de atuação, o poder normativo e fiscalizatório, dando, assim, maior eficiência ao regramento do setor econômico.

Em sendo assim, a atividade de regulação compreende diversas fases que vão desde a formulação de regras, sua aplicação, a fiscalização de seu cumprimento, a imposição de sanções provocada pelas transgressões, até o exercício da mediação e da arbitragem. Os objetivos constituídos pela atividade regulatória dentro do modelo que se trabalha no âmbito brasileiro inclusive são os econômicos (ingresso de empresas, fixação de mercados, de preços, quantidade e natureza dos produtos e da prestação) e os sociais, exteriores à atividade econômica, que se configuram como valores consagrados pelo ordenamento jurídico e que indiretamente (ou mesmo diretamente) são abarcados como finalidades da regulação econômica (proteção ambiental, direitos dos consumidores, desenvolvimento econômico e nacional)⁴².

41 Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 18.

42 Cf. SILVA, Clarissa Sampaio. **Legalidade e Regulação**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 21-22.

As teorias e os princípios da regulação econômica: sua aplicação ao caso

O Estado regulador contemporâneo surge, como outrora mencionado, a partir do excesso e variedade de tarefas conferidas ao Estado de Bem-Estar. Tal fato, aliado às conseqüências políticas, econômicas e sociais históricas, fizeram com que surgissem os movimentos que se propunham corrigir essas situações, seja com a desregulação⁴³, seja com a desestatização, seja com a redução das cargas impositivas conferidas ao Estado, de modo que se reestimulasse o seu crescimento. O Estado necessita então, de uma teoria que congregue todo o espírito dessa mudança, dessa passagem de um Estado de Bem-Estar Social, o qual abarcava inúmeras funções, um Estado monopolista e regulamentador, para um novo tipo de Estado, um Estado mínimo, um agente regulador e fomentador.

É certo que historicamente tal projeção se deu na década de 80 do século XX, contudo, nos Estados Unidos da América (EUA), a experiência com agências reguladoras já era um pouco mais antiga, quando das ocasiões em que se objetivou com tal modelo regulatório reerguer a economia americana das crises e guerras do século XX. A primeira experiência com agências reguladoras no âmbito federal nos EUA data de 1887, ano de criação da *Interstate Commerce Commission* (ICC), ao passo que, na Europa Ocidental apenas pouco menos de 100 anos depois foi que se introduziram tais agentes na Administração Pública, através das “Autoridades Independentes”, surgidas primeiramente na França, em 1978, quando da criação da *Commission Nationale de L'informatique et des libertes*, a fim de promover a abertura comercial e introduzir a concorrência em mercados antes monopolizados por empresas estatais.

Não obstante o fator temporal de experiência regulatória, somente após a implementação do New Deal (1933-1939), nos EUA, foi que se verificou a criação de um número significativo de novas agências reguladoras com a finalidade de recuperar a economia americana por meio de ampla reforma

43 A desregulamentação ou desregulação surge, ideologicamente, por meio do mesmo nascedouro que os movimentos regulatórios: o neoclassicismo. Segundo os movimentos de desregulamentação, chegar-se-á à chamada “concorrência perfeita” quando o mercado atuar de maneira auto-regulativa, através de mecanismos criados previamente para tanto. Sendo assim, criar-se-ão as condições ideais para o mercado atuar e se controlar.

da Administração Pública, fortalecendo-a. Esta ampla reforma, geradora de um novo modelo de atuação do Estado na economia, fundou-se em duas preocupações básicas: a primeira, criar organismos suficientemente separados do debate político e da influência das mudanças eleitorais; a segunda, obter dos mercados suficiente informação para poder organizá-los de um modo compatível com os interesses gerais e de respeito aos consumidores⁴⁴.

Sendo assim, originou-se como teoria da regulação econômica a teoria do interesse público, que encarava a criação da regulação como o meio para se atingir a correção de práticas de mercado ineficientes ou não equitativas, tudo isso com vistas à promoção do bem-estar econômico. Esta teoria se sustentava em dois pilares, quais sejam, i) mercados são frágeis; e ii) baixo custo da regulação econômica.

Ocorre que se comprovou e se constatou empiricamente que a regulação não está necessariamente relacionada à presença de externalidades, ineficiências ou estruturas monopolistas de mercado⁴⁵. Neste desiderato, buscou-se a reformulação da teoria para que se criassem propósitos públicos idôneos. Todavia, constatou-se que, mesmo com a formulação de interesses públicos idôneos, as agências são mal administradas e não têm seus objetivos atingidos, e ainda por cima se podia perceber a presença de interesses de grupos na elaboração da legislação-base da regulação.

Em sentido contrário, passou a se fortalecer a partir do início da década de 70 do século passado a doutrina formulada pela teoria econômica da regulação da Escola de Chicago. Para ela, as falhas de governo coexistiam com as falhas de mercado, sobrepujando-as, por vezes, concluindo por dizer que a regulação almejava proteger os interesses da indústria regulada e que não promovia o bem-estar social.

Desta feita, para teóricos econômicos como Stigler, Posner e Peltzman, as tarefas centrais da teoria da regulação econômica são justificar quem receberá os benefícios ou quem arcará com os ônus da regulação, qual forma a regulação tomará e quais os efeitos desta sobre a alocação de

44 Cf. MUÑOZ MACHADO, Santiago. **Servício público y mercado: los fundamentos**. Madri: Civitas, 1998, p. 260-261.

45 Cf. POSNER, Richard A. **Teorias da Regulação Econômica**. In MATTOS, Paulo (Coord). *Regulação Econômica e Democracia*. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 51.

recursos⁴⁶. A ação regulatória é vista neste espectro como resultado da interação de interesses privados para uma maximização de benefícios, ou seja, protege-se a competitividade para se ter apoio político em troca, o que origina, por conseguinte, o dilema insustentável do conflito entre o interesse público e o surgimento de um comércio regulatório.

Tem-se, neste contexto, como característica do modelo regulatório brasileiro, implantado após a reforma do Estado da década de 1990, chamada de desestatização, a privatização, pelo Estado dos monopólios, com o intuito de não apenas inserir empresas privadas nos setores, dando-lhes concorrência para serem mais bem aproveitados, mas também com o objetivo de que houvesse melhor prestação dos serviços públicos, bem como melhor atuação na economia, haja vista a inoperância da máquina estatal nas funções diretas econômicas.

Entretanto, o modelo regulatório brasileiro não apenas possui esse viés exclusivista de objetivar a inserção de empresas privadas através da privatização de monopólios estatais, gerando concorrência e provindo uma melhor prestação dos serviços públicos. Por expresse mandamento constitucional, o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, tem a função de fiscalizar, incentivar e planejá-la (art. 173, caput). Ademais, aspectos relativos à prestação de serviços públicos por concessão ou permissão deverão levar necessariamente em consideração os direitos dos usuários, uma política tarifária definida, bem como a obrigação de manter o serviço adequado⁴⁷.

46 STIGLER, George J. **A Teoria da Regulação Econômica**. In MATTOS, Paulo (Coord). *Regulação Econômica e Democracia*. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 23.

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre: I. o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II. Os direitos dos usuários; III. Política tarifária; IV. A obrigação de manter serviço adequado.

CF Art. 37, §3º. § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

Para tanto, ver Lei 8.987/95, que trata do Regime de concessão e permissão das prestações de serviços públicos.

Assim, outra característica deste modelo regulatório reside em que a atuação regulatória do Estado se norteia não apenas pela proposta de atenuar ou eliminar os defeitos do mercado, conforme ensinamentos ditados pela Teoria do Interesse Público, mas admite a possibilidade de intervenção destinada a propiciar a realização de certos valores de natureza política ou social. Assim, o mercado não possui a prerrogativa de estabelecer todos os fins a serem realizados na atividade econômica.

É neste ponto que entra o papel do Estado regulador brasileiro na regulação econômica setorial, pois o Estado intervém diferentemente na economia não apenas para eliminar os defeitos oriundos e típicos do mercado, muito menos o Estado se modificou para propor um ambiente mais favorável exclusivamente para as indústrias e empresas que controlam o setor (Teoria da Captura), mas o Estado se transformou também para atender aos anseios do mundo globalizado no qual inelutavelmente o Brasil se insere, devendo utilizar as melhores ferramentas para nele se afirmar e se desenvolver, propiciando, assim, melhor prestação de suas atribuições conferidas, tais como a efetivação e proteção dos direitos fundamentais. Tais ferramentas se constituem, deste modo, na preservação do controle da economia nas mãos do Estado, porém não diretamente, agora regulando setorialmente os mercados, bem como agindo no planejamento da economia como um todo⁴⁸.

Por tudo o que ora se expõe, se constata que os contornos que a regulação econômica pretende albergar vão bem mais além do que os de resolver problemas de falhas de mercado, ser uma resposta ao modelo estatal anterior não bem-sucedido ou ser um modelo de atuação do Estado mais condizente com a economia globalizada contemporânea. A regulação econômica tem como escopo primordial o atendimento de um resultado prático, que alie a maior satisfação do interesse público substantivo com o menor sacrifício possível de outros interesses constitucionalmente protegidos, bem como, secundariamente, com o menor dispêndio dos recursos públicos disponíveis⁴⁹.

48 Constituição da República Federativa do Brasil:

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

49 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op cit*, p. 93.

Desta feita, a regulação econômica se alia fortemente ao espírito da proteção e efetivação dos direitos fundamentais, dentre os quais se destaca, por fins de objeto de estudo, o direito ao desenvolvimento. É assim que a função reguladora, desenhada pelas instituições jurídicas criadas para exercê-la, relacionando uma gama de atribuições de variadas naturezas (informativas, planejadoras, fiscalizadoras, negociadoras, normativas, ordinatórias, gerenciais, arbitradoras e sancionadoras), pretende congregiar as vantagens da flexibilidade negocial privada com o rigor da coercitividade estatal, de modo a atuar com um foco diferenciado na economia, de uma forma que, inclusive, propicia maiores condições ao Estado de dar uma relevância superior ao direito fundamental ao desenvolvimento.

Nessa esteira é que se identificam princípios ligados à regulação econômica que dão o suporte principiológico indispensável à atividade regulatória como um todo, para que se concretizem visões desenvolvimentistas no desenrolar do exercício de intervenção reguladora estatal. Para tanto, consolidam-se na doutrina alguns princípios da regulação econômica que dão tal apoio, quais sejam, o da universalização do serviço público, o da difusão do conhecimento econômico e o da cooperação⁵⁰.

Contudo, a determinação de princípios da regulação econômica não tem sido no Brasil uma tarefa simples, em virtude do modelo regulatório brasileiro não apresentar uma congruência no que diz respeito às funções, poderes e formas de atuação das agências reguladoras nacionais. Algumas regulam serviços públicos⁵¹; outras, atividades econômicas⁵²; outras são agências de fomento⁵³; outras, ainda, agências executivas⁵⁴. Não há, portanto, um modelo de agência reguladora independente e autônoma no Brasil, o que dificulta a consagração de princípios gerais, mas quase unicamente setoriais para a regulação econômica⁵⁵.

50 Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e Desenvolvimento**. In SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

51 Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

52 Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP).

53 Agência Nacional do Cinema (ANCINE), Agência de Desenvolvimento da Amazônia (ADA) e Agência de Desenvolvimento do Nordeste (ADENE).

54 Instituto de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO).

55 A impropriedade no uso da expressão “agência reguladora” para certas entidades públicas foi analisada por

A governança pública no Estado contemporâneo

A abordagem da governança pública é algo recente, porém as questões abordadas em seu seio são seculares⁵⁶. O seu conceito é seriamente contestado e pouco tratado. Não existe um conceito único de governança pública, mas antes uma série de diferentes pontos de partida para uma nova estruturação das relações entre o Estado e suas instituições nos níveis federal, estadual, distrital e municipal, por um lado, e as organizações privadas, com e sem fins lucrativos, bem como os agentes da sociedade civil (coletivos e individuais), por outro⁵⁷.

No entanto, os debates acerca das questões relativas a governança são numerosos e crescentes ao longo dos anos que se passaram, isto porque a governança pública se reflete num critério de avaliação bastante poderoso para as administrações públicas, de modo a qualificá-las como condizentes com as melhores práticas administrativas ou não. Sem dúvida alguma, a temática da governança pública traz não apenas uma abordagem multidisciplinar do andamento e do tratamento oferecido aos cidadãos pela Administração Pública, mas também por ela se pode avaliar e considerar meios de busca de melhoras na efetivação e na proteção de direitos fundamentais, principalmente o direito ao desenvolvimento.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*Op cit*, p. 192-199), quando classificou as denominadas agências tendo por base uma pontuação alcançada, avaliando-se as características das próprias agências (princípio da competência regulatória, princípio da independência regulatória e princípio da participação regulatória).

56 Diz ser a temática da governança pública algo recente, pois ela visa oferecer respostas às considerações do mundo contemporâneo mergulhado em uma economia globalizada e regionalizada sobre suas sociedades políticas desenvolvidas, à capacidade de financiamento e formas de gerenciamento do Estado contemporâneo e à legitimidade da ação estatal a partir de atos e medidas que criem possibilidades de participação e engajamento dos cidadãos.

Ver, para tanto: BOVAIRD, Tony. La gouvernance publique: comment maintenir un juste équilibre entre le pouvoir des intervenants dans une société en réseau? **Revue Internationale des Sciences Administratives**, v. 71, n° 2, p. 223-235, jun 2005 ; KISSLER, Leo; HEIDEMANN, Francisco G.. Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade?. **Revista Administração Pública.**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000300008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 Junho 2007.

57 Cf. KISSLER, Leo; HEIDEMANN, Francisco G.. *Op cit*.

Conceituação e evolução de governança pública

A origem do tema governança está ligada a duas manifestações iniciais, uma voltada à governança das empresas, desenvolvida a partir do fim dos anos 1980, e outra voltada à governança local, concebida no início dos anos 1980. No fim dos anos 1990 essas diferentes questões deram azo a uma bem maior, a da governança pública, que conjugava todos os níveis de funcionamento do setor público⁵⁸. A governança das empresas e a governança local, consideradas em um sistema de rede de cooperação e coordenação, fez criar o ambiente propício para que a atividade estatal também assumisse esse viés orientador, fundamentado em princípios normativos, a fim de atingir o bem comum.

Tendo em mente a governança como o “sistema que dá uma orientação à sociedade”⁵⁹, evidencia-se a existência da avaliação do papel de agentes não estatais na tomada de decisões sobre questões públicas. Isso fica bastante evidenciado pelo papel atual praticado pelas organizações não governamentais (ONGs) sobre os diferentes aspectos da governança pública, bem como dos doadores internacionais, que almejam sempre uma prática de uma boa governança aos países destinatários de suas contribuições.

Apesar do conjunto de idéias que a governança pública abarca, é de se destacar a vagueza no tratamento conceitual da aceção em sua aplicação prática. Neste diapasão, em face da relevância assumida pela governança pública é imperioso que se desenvolvam definições funcionais a conceitos então vagos. Assim, foram trazidas por organismos e organizações internacionais, bem como por institutos que lidam com a matéria, definições que buscam solucionar o problema da vagueza do termo e caminhar na tentativa da especificação do que é governança pública.

Seu significado original continha um entendimento associado ao debate político-desenvolvimentista, no qual o termo era usado para referir-se a políticas de desenvolvimento que se orientavam por determinados pressupostos sobre elementos estruturais — como gestão, responsabilidades, transparência e legalidade do setor público — considerados necessários ao desenvolvimento de todas as sociedades⁶⁰.

58 BOVAIRD, Tony. *Op cit.* p. 224-225.

59 BOVAIRD, Tony. *Op cit.*

60 KISSLER, Leo; HEIDEMANN, Francisco G.. *Op cit.*

Para o Banco Mundial, a governança pública se consagraria no exercício do poder político em uma gestão das atribuições de uma nação⁶¹; ou seja, todas as formas de atuação do Estado, no que se considera aí o exercício do seu poder político, seja ela na economia, por exemplo, dentro de sua esfera de atuação, a função reguladora neste caso específico, conduziriam ao que se denomina de governança pública. A expressão, porém, continuou a ser bastante vaga ainda, congregando diversos fatores nem um pouco específicos.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), por sua vez, define governança pública como a soma de inúmeras formas pelas quais os indivíduos e as instituições, públicas ou privadas, gerem suas atribuições comuns⁶². Tal definição segue a mesma linha de raciocínio da primeira citada, inclusive no seu aspecto de amplitude.

Já o Instituto de Governança do Canadá conceitua governança pública como as tradições, instituições e processos que determinam a forma pela qual o poder é exercido, pela qual os cidadãos podem se exprimir e pela qual as decisões envolvendo o interesse público são tomadas⁶³. Talvez essa definição exemplifique um pouco melhor as outras e o que viria a ser a essência do tema governança pública.

Valorosa lição sobre a conceituação da idéia é produzida por Löffler, ao dizer que se entende por governança pública uma nova geração de reformas administrativas e de Estado, que têm como objeto a ação conjunta, levada a efeito de forma eficaz, transparente e compartilhada, pelo Estado, pelas empresas e pela sociedade civil, visando a uma solução inovadora dos problemas sociais e criando possibilidades e chances de um desenvolvimento futuro sustentável para todos os participantes⁶⁴.

Com outras palavras, pode-se dizer que governança pública assinala as formas pelas quais as partes envolvidas na sociedade como um todo interagem mutuamente a fim de influenciar as questões das políticas públicas. Dessa forma, a governança pública liga-se não exclusivamente à atuação do Estado (regulador, na contemporaneidade) na economia,

61 BANCO MUNDIAL *apud* BOVAIRD, Tony. *Op cit.* p. 226.

62 OECD. **The Commission on Global Governance**. Paris: OECD, 1995.

63 Disponível em www.iog.ca. Acesso em 14 de Julho de 2007.

64 LÖFFLER, Elke. *apud* KISSLER, Leo; HEIDEMANN, Francisco G.. *Op cit.*.

por exemplo, mas sim à participação das empresas concessionárias, dos usuários e de toda a parcela da sociedade civil, organizada ou não, que se interliga com a atividade econômica destacada; e não apenas o Estado regulador em si, porém, da mesma forma, todas entidades públicas que têm alguma relação com a atividade econômica que se observa.

Os princípios da governança pública e sua avaliação

Com base nesses aspectos analisados sobre a evolução e a conceituação, enumeraram-se princípios de governança pública que identificam a forma pela qual deve um Estado agir no uso de suas atribuições constitucionalmente conferidas. A atuação do Estado na economia, por este turno, pode ocorrer se dar disciplinando o domínio econômico (mediante a edição de leis, de regulamentos e exercendo seu poder de polícia), fomentando-o (apoiando a iniciativa privada e estimulando determinados comportamentos) ou ainda atuando diretamente (podendo ser através da prestação de serviços públicos⁶⁵ ou pela exploração de atividades econômicas⁶⁶)⁶⁷.

Em vista disso, Tony Bovaird, ao trabalhar a temática da governança pública em alguns artigos⁶⁸, asseverou que as regras, estruturas e processos que englobam uma boa administração pública almejando a conclusão das finalidades a que esta se propõe, dentro de uma determinada sociedade, constituem os princípios da governança pública. Para ele⁶⁹, esses princípios,

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

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

67 Há autores que classificam a intervenção do Estado no domínio econômico de variadas formas. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto (**Curso de Direito Administrativo**, 1996, p. 365) as maneiras de intervenção são: regulatória; concorrencial; monopolista; e sancionatória. Para Celso Antônio Bandeira de Mello (**Curso de Direito Administrativo**, 1996, p. 434-5), a intervenção classifica-se em: poder de polícia; incentivos à iniciativa privada; e atuação empresarial. Eros Roberto Grau (*Op cit.*, p. 93) divide a intervenção em: por absorção ou participação; por direção; e por indução.

68 BOVAIRD, Tony. *Op cit*; **Communities, trust and Organisational Responses to Local Governance Failure**. In MORAN, Anthony e WATSON, Sean. *Trust, Uncertainty and Risk*. Houndmills: Macmillan Palgrave, 2005; **Evaluating the quality of public governance: indicators, models and methodologies**. **International Review of Administrative Science**, v. 69, n. 3, 2003, p. 313-328; **Multi-level Governance: Decentralising Power in Europe**. Cheltenham: Edward Elgar, 2005.

69 BOVAIRD, Tony. *Op cit.* p. 227.

são os seguintes: a) conquista de decisão democrática; b) engajamento dos cidadãos e dos atores; c) tratamento justo e honesto dos cidadãos; d) durabilidade e coerência das políticas; e) voluntariedade e capacidade de trabalhar em parceria; f) transparência; g) responsabilização; h) inclusão social e igualdade (de oportunidades, de utilização, de custos, de acesso ou de resultados); i) respeito à diversidade; j) respeito aos direitos do outro; l) respeito ao Estado de Direito; e m) capacidade de fazer face à concorrência dentro de um ambiente global.

Constata-se, pois, que muitos desses princípios se encontram formalmente relacionados na nossa Carta Magna, já como um modo que o nosso constituinte originário vislumbrou de se atingir o que se denomina hoje de governança pública. Todavia, não apenas a mera previsão formal faz com que, automaticamente, se tenham respeitados tais princípios. A efetivação dos princípios constitucionais é um campo bastante árduo pelo qual a Administração Pública nem sempre percorre os caminhos curtos, muitas vezes não chegando nem à sua metade.

A Constituição de 88 veio a constitucionalizar boa parte do núcleo básico do Direito Administrativo⁷⁰, permitindo o surgimento da Teoria Geral do Direito Constitucional Administrativo. Ocorre que alguns desses princípios de governança pública não se encontram no campo normativo, mas já no terreno da aplicação, pressupondo a existência de um Estado de Direito que congregue, desde já, ferramentas jurídicas, normas, nos quais se apoiem e sob as quais constituam o substrato necessário para a sua ocorrência no plano prático, no contexto da hermenêutica.

No mais, é válido salientar que o compromisso entre a eficácia dos princípios de governança pública vai variar prioritariamente de acordo com as diferenças entre as culturas políticas das sociedades às quais se pretende aplicá-los. Contudo, sua importância e sua relevância para a formação de um Estado regulador na contemporaneidade, ainda mais quando se está diante da busca pela efetivação de direitos fundamentais, são indescritíveis.

Por último, um aspecto que envolve os princípios da governança pública e que estabelece uma interessante relação com o estudo pela sua efetivação, a fim de se demonstrar sua aplicabilidade e desenvoltura é a forma pela

70 Cf MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006.

qual a governança pública é avaliada. Ela é, então, realizada mediante os resultados em termos de qualidade de vida e das medidas dos processos de interação dos agentes com relação aos critérios e normas convencionados (princípios). A atenção da avaliação dos resultados estratégicos se demonstra pela divulgação de programas e órgãos internacionais da qualidade de vida em diferentes países (Índice de Desenvolvimento Humano – IDH pela Organização das Nações Unidas – ONU –, indicadores do grupo de governança do Banco Mundial etc). Dentre os aspectos relacionados aos diferentes princípios de governança, o que é comumente analisado é o da corrupção, assim como a entrada dos cidadãos nas sociedades civis e o engajamento deles nos processos decisórios públicos, algo que guarda intrínseca relação com o estabelecimento de um modelo regulatório nos moldes do que foi implantado no Brasil.

O relacionamento hoje em dia existente entre os agentes envolvidos na economia é completamente diverso do relacionamento existente dos anos 1990 para trás, ou seja, antes do processo de privatização, desregulamentação, desestatização de serviços públicos essenciais, bem como de áreas em que o Estado intervinha diretamente com a gestão de empresas estatais. É certo que nas áreas em que atualmente se fazem presentes normatizações providas de agências reguladoras, órgãos públicos integrantes da Administração Pública indireta, a atuação estatal se fazia de maneira diversa, se fazia mediante a atuação direta. Essa atuação direta, na forma já comentada, tinha como fim maior uma prestação de serviços e/ou uma atuação na atividade econômica da maneira mais eficiente possível, tendo como meta incessante a sua melhor prestação aliada ao interesse público, o que acabava por transbordar na defesa dos usuários, ou seja, dos consumidores. Com as privatizações e a passagem da titularidade do exercício desses serviços públicos e dessa atuação na economia para a mão de empresas privadas que não possuem, a priori, qualquer preocupação, em seus instrumentos sociais, com o interesse público e a defesa do consumidor, percebeu-se a necessidade de se instituírem mecanismos de controle que garantissem a eficiência dos serviços e das atividades envolvidas, a sua continuidade de prestação e a observância dos direitos do consumidor nesse contexto.

O aparato institucional que subsidiaria esses mecanismos se concretizou nas agências reguladoras independentes. Ao assumir a regulação dos

serviços públicos e da atividade econômica, as agências e órgãos que a executam são colocados em uma posição central de mediação dos diversos agentes envolvidos, tais como as empresas, investidores, usuários, políticos e, inclusive, em relação aos excluídos do acesso aos bens regulados, devendo manter relações equilibradas com esses stakeholders⁷¹ e administrar conflitos e disputas. A mediação e busca de equilíbrio entre os interesses dessa diversidade de agentes é uma característica intrínseca da regulação. É nesse espírito que as agências possuem em seus estatutos legais como práticas a serem efetivadas na solução de controvérsias surgidas entre as empresas e os consumidores/usuários a mediação, a conciliação e, por vezes, o arbitramento administrativo, fazendo com que elas estabeleçam o aparato jurídico-institucional necessário para se tornarem o fórum de solução das disputas de interesses envolvidos, seja na defesa dos consumidores, seja na defesa das empresas. Outro aspecto crucial que consagra a participação dos consumidores e das empresas na defesa de seus interesses no âmbito dos sistemas regulatórios diz respeito às audiências e/ou consultas públicas promovidas pela agência, sempre que algum processo decisório ou expedição de normas típicas de seu poder de regular o mercado vier a afetar os direitos do consumidor ou dos agentes econômicos envolvidos. Com isso, pretende-se avançar na transparência dos processos decisórios, aumentar a informação disponível, fortalecer os mecanismos de controle social e considerar explicitamente o consumidor como uma das prioridades da atuação das agências.

Outros critérios que merecem destaque para uma avaliação da governança pública são: 1) a realização de eleições livres e leais; 2) o nível de transparência, de imputabilidade e de receptividade do Estado; 3) nível de proteção dos direitos e das liberdades civis e políticas; e 4) a saúde da sociedade democrática pela avaliação da vida associativa, da imputabilidade das instituições econômicas, do nível de pluralismo e da implicação dos cidadãos na vida pública com relação à diversidade⁷².

71 Em Português, significa parte interessada ou interveniente, referindo-se a todos os envolvidos em um processo, por exemplo, clientes, colaboradores, investidores, fornecedores, comunidade etc.

72 BOVAIRD, Tony. *Op cit.* p. 232.

Governança Pública e Regulação Econômica

Esse sistema de orientação à sociedade, por assim dizer, denominado de governança pública, reúne então os meios e os modos mais eficientes para a prática de administrar a máquina pública, ferramentas estas que bem utilizadas somente podem ter como foco maior dentro de um Estado de Direito, o respeito à sua *Lex Fundamentalis*, o que gera, indubitavelmente, mediante via reflexa direta, a proteção e a efetivação dos direitos fundamentais como finalidade precípua dessas ferramentas, pois caso contrário não se estará diante de governança pública concebida para um certo modelo estatal, haja vista não poder haver uma boa governança pública sem a defesa de ao menos um direito fundamental.

São questões completamente indissociáveis. É por esta razão que, em se fazendo uma análise contemporânea da proteção e da efetivação do direito humano ao desenvolvimento em meio ao modelo contemporâneo de intervenção do Estado na economia, o Estado regulador não se pode olvidar, em hipótese alguma, a sua verificação tendo em mente o tema da governança pública, que vem sendo tratado recentemente com muita acuidade por aqueles que se dedicam aos estudos das melhores práticas para a Administração Pública.

Nesse compasso, de modo a garantir maior presença da governança no domínio da Administração Pública algo se tem feito, como, por exemplo, a promulgação de legislações sobre transparência, liberdade de informação, medidas de luta contra a corrupção e programas em favor da igualdade de oportunidades. É provável, da mesma sorte, que se gerem também normas sobre o engajamento dos agentes e sobre a durabilidade das políticas públicas, o que de fato, de maneira combinada, produziria o substrato jurídico indispensável. Todavia, a eficácia potencial de uma legislação é limitada, de modo que outros mecanismos destinados a integrar a governança pública na prática da Administração Pública são necessários. A principal condição necessária apontada é a existência de confiança entre os diferentes agentes no domínio público, tornando-se como que um objetivo determinante para a administração a consecução de um ambiente público onde a confiabilidade e a segurança estejam presentes.

Enfim, a relevância de uma relação não só aparentemente ou formalmente, mas materialmente solidificada entre a governança pública e a regulação eco-

nômica como conjunto de preceitos é, de fato, essencial para que os direitos fundamentais sejam cada vez mais consolidados e efetivados em um ambiente estatal de regulação da economia, onde o Estado deixa de agir apenas diretamente para expedir normas e fiscalizá-las de um modo diverso, almejando sempre e necessariamente a concretização do desenvolvimento.

O direito ao desenvolvimento como direito humano e sua proteção jurídica constitucional e internacional

É inegável a imbricação entre o direito ao desenvolvimento e o papel do Estado na economia, tanto diretamente, quanto como sendo agente regulador ou planejador. Conforme dantes destacado, com esse capítulo, busca-se passar, com fundamento teórico na Constituição de 88 e de variados documentos jurídicos internacionais, o caráter de direito fundamental inerente ao direito ao desenvolvimento. A atenção se volta, da mesma sorte, para a demonstração de como se encontra protegido esse direito, bem como do modo pelo qual ele se desdobra e se aplica, de maneira que, pela consagração do aspecto fundamental desse direito, se possa empreender, no capítulo seguinte, as implicações que decorrem de tal consagração para a atuação do Estado como agente regulador da economia.

O termo desenvolvimento quando passou a ser cunhado pelos estudiosos ligados à Sociologia, às Ciências Sociais, à Ciência Política e à Economia, tinha como característica essencial uma vagueza de sentido, tendo surgido, pois, alguns conceitos envolvendo dito termo, tais como desenvolvimento sustentável, desenvolvimento econômico e desenvolvimento humano⁷³, todos eles sem, no entanto, serem capazes de reunir em conceito único todo o aspecto fundamental e vital que se deseja empregar no mesmo. Neste diapasão, propôs-se a revisão do conceito de desenvolvimento para os dias atuais.

Historicamente tem-se no século XVI o desenvolvimento sendo enca-

73 Desenvolvimento sustentável como um sistema que visa a integrar melhoria dos indicadores socioeconômicos e a preservação ambiental (Cf FERREIRA, Gustavo Assed. **Desenvolvimento Sustentável**. In: BARRAL, Welber (Org). *Direito e Desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005). Desenvolvimento econômico como um processo de mudanças endógenas da vida econômica que alteram o estado de equilíbrio previamente existente (Cf BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2005). Desenvolvimento humano como uma entidade separada de uma visão integrada de desenvolvimento (Cf SEN, Amartya. **Prefácio**. In: BARRAL, Welber (Org). *Direito e Desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005).

rado como algo nacional e vinculado ao poder do Estado, ao seu poder político e militar. Com o auge e a entrada em vigor das idéias liberais, anos após, passou a haver uma identificação do desenvolvimento com o poder econômico, seguindo-se as teorias de Adam Smith e David Ricardo. Com o marxismo, a análise econômica do mundo se faz mais presente ainda, sendo esta a tônica do próprio pensamento marxista. Com a década de 1920, tem-se o surgimento do Estado de Bem-Estar Social e, consubstanciando-se no pensamento de John M. Keynes, percebeu-se uma continuidade do conceito economicista de desenvolvimento. É quando, em oposição a esses pensamentos economicistas, se começa a engendrar teorias englobando o conceito de desenvolvimento que também fosse influenciado por fatores não econômicos⁷⁴.

Posteriormente às consolidações das teorias economicistas para a compreensão do desenvolvimento, se buscou ultrapassar tal barreira a fim de enfrentar o desenvolvimento como algo que se reflete e é refletido em diversas outras áreas, como o social, o político, o cultural, de maneira, inclusive, que tal termo passasse a ser cunhado como um direito do homem, e mais, um direito essencial, fundamental, um direito humano⁷⁵. Neste contexto é que surgem as teorias de Douglass North e de Amartya

74 "A teoria do desenvolvimento econômico não cabe, nos seus termos gerais, dentro das categorias da análise econômica. É esse um ponto de vista já bastante aceito hoje em dia, e caberia apenas citar os seminários sobre desenvolvimento, organizados pela Universidade de Chicago, a partir de 1951, dos quais participaram sociólogos, antropólogos e historiadores ao lado dos economistas. A análise econômica não nos pode explicar a dinâmica das mudanças sociais senão de maneira limitada". (Cf FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e Subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965, p. 87).

75 O enquadramento do direito ao desenvolvimento como um direito humano é um assunto que será abordado pouco mais à frente, contudo, pertinente ao entendimento do que fora dito, é importante destacar lição de Juan Alvarez Vita, ao preconizar que "foi o ilustre jurista senegalês Keba M'Baye quem, em 1972, em aula inaugural da terceira turma do Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, se dedicou ao tema do direito de todo o homem a viver e viver melhor (**Le droit au Développement comme un Droit de l'Homme, en Revue des Droits de l'Homme**, vol. V. Paris, Pedone, 1972) e identificou, com toda clareza, o direito ao desenvolvimento como direito objetivo e como técnica para o desenvolvimento e o direito ao desenvolvimento. Foi também em 1972 que o professor espanhol Juan Antonio Carrillo Salcedo adiantou a mesma concepção do direito ao desenvolvimento como direito humano, precisando que o direito ao desenvolvimento é um direito humano e um direito dos povos, o que traz consigo o corolário de que todos os homens e todos os povos, sem distinção, contribuirão para um desiderato comum da humanidade. Entendido como crescimento com mudanças, o desenvolvimento e o direito ao desenvolvimento como direito humano constituem fator revolucionário na velha estrutura do Direito Internacional Público que, em seu processo de socialização e de democratização, não faz outra coisa senão liberalizar e humanizar (CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio *apud* SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004, p. 40-41).

Sen⁷⁶. A do primeiro, voltada para a superação dos modelos economicistas com relevância para as instituições de um modo geral. A do segundo, que vislumbra o desenvolvimento como o processo de expansão das liberdades reais (políticas, econômicas e sociais) e liberdades instrumentais (liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora). É tendo por consideração a teoria de Amartya Sen que se almejará construir aqui toda a compreensão desejada ao direito ao desenvolvimento.

De uma maneira não diferente do que aconteceu com outros tipos de direitos que passaram a surgir no século XX, o direito ao desenvolvimento recebeu um tratamento internacional inicial que alavancou a sua internacionalização nos diversos ordenamentos jurídicos dos Estados⁷⁷, incluindo-se aí o Brasil. Esse tratamento, solidificação no âmbito internacional, em um primeiro momento, é algo de certa forma corriqueiro e que se fez presente ao se começar a discutir e a se prever em documentos jurídicos internacionais o direito ao desenvolvimento, bem como o enquadramento do mesmo como um direito humano.

Atesta-se que a origem do direito ao desenvolvimento estaria na Carta da ONU de 1945⁷⁸, que expressa em seu preâmbulo a disposição de seus membros em “promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla”. Preconiza ainda seu artigo 1.3 que um dos propósitos da Organização é “conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”.

76 Cf. SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

77 “Os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc.” (Cf. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 38.)

78 Outros autores, como García-Amador, afirmam que suas bases são anteriores à Carta de São Francisco. A Declaração da Filadélfia da OIT de 1944 já expressava: “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen el derecho tanto al bienestar material como al desarrollo espiritual, en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y de igualdad de oportunidades” (GARCÍA-AMADOR, F.V. **El derecho internacional del desarrollo: Una nueva dimensión del derecho internacional económico**. Madrid: Civitas, 1987, p. 67).

Em harmonia com tal pensamento, tem-se pelo art. 56 da Carta da ONU que todos os membros da Organização se comprometem a agir em cooperação com a Carta, em conjunto ou separadamente, para a realização dos propósitos enumerados no art. 55, que são, entre outros: níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social e a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos. Isso faz gerar o que se denomina de “dever de cooperação internacional para o desenvolvimento”⁷⁹.

Na mesma linha de raciocínio, ainda, o artigo 28 da Declaração Universal dos Direitos Humanos ainda estabelece que “toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados”, bem na linha do conceito que se adota quando da abrangência da acepção do termo desenvolvimento, qual seja, o de instrumento de realização de liberdades reais e instrumentais, em congruência com as lições passadas por Amartya Sen⁸⁰. Estava aberto, então, o canal de comunicação entre os direitos humanos e o direito ao desenvolvimento⁸¹, na medida em que se objetivava já o seu conteúdo como de essencial relevância para o ser humano, bem como para todos os povos⁸².

79 Esse dever de cooperação internacional, segundo Vicki A. Breman, é retirado também da Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados (Resolução Assembléia Geral da ONU 3281 – XXIX), que almeja encorajar o aumento da assistência ao desenvolvimento através do papel expandido da ONU na solidificação do direito internacional, seja pelo consenso chegado entre os membros da ONU, pela prova da prática dos Estados, pelo enfrentamento das resoluções da Assembléia Geral como interpretações da Carta da ONU, seja pela aceitação implícita das resoluções pelas suas implementações, chegando-se à conclusão de que a Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados deve ser considerada como codificação do Direito Internacional. (Cf. BREMAN, Vicki A. An International Legal Obligation to Assist in Energy Development Arises from the Charter of Economic Rights and Duties of States. *Georgia Journal of International and Comparative Law*. Volume 12, 1982, p. 401-427.)

80 Cf. SEN, Amartya. *Op cit.*

81 A Conferência de Teerã de 1968 foi uma das primeiras a tratar dessa temática. No parágrafo 12 da Proclamação de Teerã, se reconhece “a crescente disparidade entre os países economicamente desenvolvidos e os países em desenvolvimento impede a realização dos direitos humanos na comunidade internacional”. É dessa progressiva vinculação entre direitos humanos e desenvolvimento que surge o direito ao desenvolvimento.

82 A presente afirmação abre espaço para a discussão acerca de quem seriam esses sujeitos a um direito ao desenvolvimento. Neste aspecto, uma das grandes questões iniciais nos debates acerca do direito ao desenvolvimento foi sua qualificação como direito individual, coletivo ou ambos, que apresentou divergências, tanto por parte dos Estados, como também por parte dos doutrinadores internacionalistas (Para análise das três posições majoritárias ver KIWANUKA, R.N. *Developing Rights: the United Nations Declaration on the Right to Development*. *Netherlands International Law Review*, 1988, p. 257-272). Nesse mesmo diapasão, pode-se dizer aplicável, por demais, a teoria desenvolvida por J. J. Gomes Canotilho sobre tomar a sério os direitos econômicos, sociais e culturais, quando o mesmo lança as bases para a “posição jurídica

Após a Segunda Guerra Mundial, muitos teóricos começaram a questionar aspectos do desenvolvimento humano e, a partir dos anos 1960, nas bases das novas teorias sociais, pensadores como Edgar Morin⁸³ lançam as bases do reconhecimento da necessidade de assegurar aos indivíduos a proteção e a promoção dos meios de desenvolver-se socialmente dentro dos padrões de dignidade humana em que o exercício político, a proteção social e o acesso aos meios de produção assegurem educação, saúde, alimentação, habitação, proteção ambiental, garantindo condições básicas que permitem a pessoa humana desenvolver-se e assegurar os meios de sustentabilidade.

Num panorama mais sociológico, o desenvolvimento emerge como princípio (norma grupal – fator de coesão social) e como direito (padrão de comportamento baseado em dados de ciência e sentimento de Justiça) pela própria natureza do ser humano, o qual quer ser e existir cada vez mais profundamente.⁸⁴ O denominado instinto de conservação individual da espécie faz com que a sociedade humana vise, *latu sensu*, ao progresso. Daí as dimensões do tempo e espaços sociais devem ser reduzidas, e aproveitadas, de modo que o objetivo do Direito é assegurar os maiores benefícios da vida social em busca da harmonia entre seus membros. Neste sentido, o desenvolvimento passa a ser a concretização específica de uma idéia umbilicalmente ligada à própria noção de Direito.

É nesse cenário que, no âmbito dos direitos humanos, surge a tese do reconhecimento do direito ao desenvolvimento como um direito humano.

prestacional”, afirmando, baseado em Robert Alexy, que “um cidadão encontra-se, com base numa norma garantidora de direitos fundamentais, numa posição *jurídico-prestacional*, quando esta for de tal importância, sob o ponto de vista do direito constitucional, que a sua garantia ou não garantia não pode ser deixada a simples maiorias parlamentares”. (Cf CANOTILHO, J. J. Gomes. **Tomemos a Sério os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra - Estudos em Homenagem ao Professor Ferrer Correia, vol I, Coimbra, 1988, p. 34-68).

83 Desde 1960, Edgar Morin criticava a problemática da ênfase no desenvolvimento em apenas uma de suas vertentes (neste caso, a econômica), em detrimento de um desenvolvimento do ser humano em si, para ele, total e multidimensional: “Trata-se, por ora, tão-somente do desenvolvimento econômico, mas logo, com o entrelaçamento dos diferentes desenvolvimentos, em todos os níveis, surgirá o desenvolvimento do ser humano como próprio desiderato da nova política, ao mesmo tempo meta e problema dela, a meta constituindo por si mesma uma caminhada. (...) Deve-se tomar o desenvolvimento por noção total e multidimensional, e por isso mesmo derruir os esquemas, sejam economicistas, sejam culturalistas ou humanistas, que pretendem fixar o sentido e as regras do desenvolvimento do homem (...) Em linguagem Marxista, política do desenvolvimento é política de realização do homem genérico”. (MORIN, Edgar. **Introdução à política do homem**. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 55).

84 Cf SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito**. São Paulo: EDUSP, 1981, p. 176-177.

Inicialmente as questões foram de caráter doutrinário, mas rapidamente passaram a ter caráter de reivindicação política, como Direito Internacional dos Direitos Humanos, dando força aos argumentos que demonstravam a condição de igualdade de todos os homens, fundamentando a universalidade e indivisibilidade daqueles direitos, que, assegurados e protegidos permitiriam o acesso ao desenvolvimento social e humano, ultrapassando o limite material do desenvolvimento econômico.

Após, a primeira formulação do conceito de um direito humano ao desenvolvimento⁸⁵, o direito ao desenvolvimento, parte da “terceira geração” de direitos humanos, a geração dos chamados “direitos de solidariedade”⁸⁶, baseados na ação internacional e no dever de cooperar dos Estados, foi reconhecido como tal, em 1977, pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, tendo sido em 14 de dezembro de 1981 a aprovação pela Assembléia Geral da ONU da consagração deste direito como direito humano inalienável.

A posteriori, em 1986, foi aprovada pela Assembléia Geral da ONU a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento por meio de sua Resolução 41/128, a qual reconheceu o desenvolvimento como processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes.

É neste desiderato que Amartya Sen expõe como parte central do processo de desenvolvimento a superação dos problemas que o mundo atual reserva, um mundo de privação, destituição e opressão extraordinária, arraigado de tantos outros problemas antigos, tais como a persistência da pobreza e de necessidades essenciais não satisfeitas, fomes coletivas e fome crônicas, violação de liberdades políticas elementares e de liberdades formais básicas, ampla negligência diante dos interesses e da condição de

85 Produzido pelo jurista Keba M’ Baye, então Primeiro Presidente da Suprema Corte do Senegal e Membro da Comissão de Direitos Humanos da ONU. Ver supra nota nº 45.

86 Nas décadas de 1970/1980, houve amplo apoio à noção emergente de uma “terceira geração” de direitos humanos no âmbito internacional. Essa nova geração surge pela necessidade de direitos humanos mais dinâmicos, capazes de responder aos problemas atuais da sociedade internacional, tais direitos humanos teriam a solidariedade como pré-requisito para sua realização, por isso também são chamados de “direitos de solidariedade”. Nas palavras de Roland Rich, “a emergência da terceira geração reflete a transformação do Direito Internacional de um direito de coexistência para um direito de cooperação” (RICH, Roland Y. *The Right to Development as an emerging human right*. *Virginia Journal of International Law*, v. 23, 1983, p. 322)

agente das mulheres e ameaças cada vez mais graves ao meio-ambiente e à sustentabilidade da vida econômica e social. Portanto, a expansão da liberdade é vista, por essa abordagem, como o principal fim e o primordial meio do desenvolvimento. O desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdades que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente⁸⁷.

De acordo com a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável (art. 1º), confirmando que a liberdade de oportunidades para o desenvolvimento é uma prerrogativa tanto das nações quanto dos indivíduos que compõem as nações (art. 2º). Ao Estado foi destacada a obrigação da formulação de políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, impondo-se a eles a necessidade de assegurarem igualdade de oportunidade para todos no acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição eqüitativa de renda (art. 8º).

Como último exemplo do reconhecimento na esfera internacional do direito ao desenvolvimento como direito humano ou direito fundamental, a fim de consubstanciar a previsão nos textos constitucionais dos países com forte tradição germânico-romana, tem-se a Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada consensualmente, em plenário, pela Conferência Mundial dos Direitos Humanos, em 25 de julho de 1993, quando reafirmou, na parte I, n. 10, o direito ao desenvolvimento como um direito universal e inalienável e parte integral dos direitos humanos fundamentais.

A orientação da comunidade internacional, neste aspecto, perfazendo uma passagem dos direitos humanos de natureza individualista, essencialista, estatista e formalista para uma redefinição para entendê-los como processos sociais, econômicos, políticos e culturais, relevou, pois, a importância do direito ao desenvolvimento na compreensão dos direitos econômicos, sociais e culturais, o que caracteriza uma interdisciplinaridade e, mais que tudo, uma interdependência de todos os direitos humanos. Essa nova teoria vê o direito ao desenvolvimento como uma síntese de todos os direitos humanos, tanto coletivos quanto individuais, de maneira que vem se opor à já citada teoria das gerações e propor uma

87 SEN, Amartya. *Op cit.* p. 9-10.

nova mentalidade acerca dos direitos humanos. Os chamados direitos de solidariedade, historicamente mais recentes, interagem com os direitos individuais e sociais, e não os “substituem”, distintamente do que a invocação inadequada da imagem do suceder das gerações pretenderia ou pareceria insinuar⁸⁸.

O direito ao desenvolvimento é uma síntese dos direitos fundamentais, na exata medida em que aglutina a possibilidade de o ser humano realizar integralmente as suas potencialidades em todas as áreas do conhecimento⁸⁹. Pode-se dizer que ele é o marco caracterizador da nova conjuntura de direitos (como a liberdade e a igualdade material noutras eras) e tem como elemento fundamental de seu regime o acesso a políticas públicas.

Desta feita, seguindo a tendência já mencionada de constitucionalização do direito ao desenvolvimento após o seu reconhecimento na esfera internacional e, por conseguinte, pelo Direito Internacional Público⁹⁰, foi a vez de, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, fazer valer constitucionalmente tal direito no ordenamento jurídico brasileiro. Foi assim que se mencionou no preâmbulo constitucional brasileiro o desenvolvimento como um fim a ser assegurado pelos representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, através da Constituição promulgada⁹¹.

Ademais, o desenvolvimento foi alçado, ainda, à condição de objetivo fundamental da República⁹², residindo a importância dessa definição na

88 Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos Direitos Humanos**. v. 1. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

89 SILVA, Guilherme Amorim Campos da. *Op cit.* p. 73.

90 Para um estudo apurado do Direito Constitucional Comparado no que respeita às previsões constitucionais, assegurando o direito ao desenvolvimento, ver DA SILVA, Guilherme Amorim Campos. *Op cit.* p. 80-85.

91 Preâmbulo CF/88: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, **destinado a assegurar** o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, **o desenvolvimento**, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

92 CF/88 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer

consagração do desenvolvimento como um princípio norteador da interpretação e da aplicação das demais normas constitucionais, assim como princípio norteador das ações dos órgãos públicos. Pode-se dizer que, desse modo, o desenvolvimento é a razão de ser do Estado, de maneira que a atividade que desborde disso ferirá frontalmente a Constituição.

Afora sobredita importância, tal consagração como objetivo fundamental da República elevou o direito ao desenvolvimento, conforme o próprio sistema constitucional brasileiro, ao patamar de direito fundamental ou de direito humano, isto em consonância estrita com o §2º do art. 5º da CF⁹³, uma vez que, pela estipulação do desenvolvimento como objetivo fundamental, o direito ao desenvolvimento passa a se constituir como um princípio constitucional, princípio este decorrente do regime constitucional republicano e, portanto, engendrado como direito fundamental com base sólida na norma constitucional primeira retirada do §2º do art. 5º da CF. É um princípio com um direito que o concretiza, melhor assegurado pelo acesso às políticas públicas e que conforma a proporcionalidade entre os demais.

Adotou-se, com efeito, a teoria dos direitos não enumerados, visto que, no detalhamento constitucional, alguns direitos e garantias essencialmente constitucionais poderiam ficar de fora, bem como poderiam surgir mais direitos e garantias com o desenvolver da sociedade que necessitassem de proteção constitucional por disporem de matéria extremamente relevante. Portanto, em 1988, são direitos e garantias constitucionalmente protegidos os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta Magna. O Supremo Tribunal Federal já se posicionou sobre o assunto, entendendo que existem outros direitos e garantias na primeira parte do §2º do art. 5º⁹⁴, se desvinculando de uma interpretação restritiva acerca do rol encartado no art. 5º da CF, pois, diante do mundo contemporâneo, inúmeros avanços e acontecimentos com reflexos imediatos na sociedade, na economia e na política reclamam por qualificações jurídicas para que venham ser garantidos, algo que somente um modelo de direitos não

outras formas de discriminação.

93 Art. 5º da CF/88, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

94 Ver Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 939-7/DF. Rel. Min. Sydney Sanches. DJ 18/03/94.

enumerados pode suportar. A análise hermenêutica caberá ao guardião da Constituição no caso concreto.

Não obstante o aludido, concernente ao desenvolvimento como princípio constitucional decorrente do regime e, por isso, ser considerado um direito fundamental pela Constituição brasileira, outro aspecto o sobreleva ao patamar de direito humano, segundo ainda a CF/88, qual seja, a segunda parte do §2º do art. 5º da CF, que reconhece como fundamentais os direitos reconhecidos como tais em tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte.

Destarte, o ocorrido promoveu uma integração entre as normas garantidoras e protetoras de direitos humanos no âmbito interno e no âmbito internacional, de modo que as consagradas internacionalmente passariam a deter o mesmo valor constitucional, situando-se hierarquicamente como uma norma constitucional introduzida via tratado internacional, mas que, em face da matéria da qual é objeto, adentra o ordenamento jurídico brasileiro de maneira diversa, atingindo o patamar constitucional.

Essa segunda parte, por sua vez, se caracteriza por ser uma inovação trazida pelo constituinte de 88, configurando-se numa cláusula aberta de integração entre os planos interno e internacional de proteção dos direitos e garantias fundamentais em estrita consonância com os contemporâneos textos constitucionais.

Por meio dessa segunda parte do §2º do art. 5º, a Constituição brasileira veio corroborar o entendimento contemporâneo que se formava de que os direitos fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos, precisam ter uma proteção e uma garantia constitucional efetiva, de modo a ter a sua aplicabilidade concreta real.

A disposição trazida em 1988 pelo constituinte originário para o nosso constitucionalismo representou uma evolução bastante elevada no esquema brasileiro de proteção aos direitos humanos, estando em consonância com as recentes constituições européias e latino-americanas⁹⁵, encarnando um espírito protetor considerável⁹⁶.

95 Constituição Portuguesa de 1976 (art. 18); Espanha de 1978; da Guatemala (art. 46); do Chile (art. 5, n. 2); da Costa Rica (art. 7); de El Salvador (art. 144); de Honduras (art. 15); e da Argentina (art. 75, XXII).

96 O maior entrave que se adquire quando se vislumbra a proteção de direitos fundamentais reside na sua aplicação, no seu caráter de efetividade, e não unicamente na sua previsão constitucional, momento prévio

Não se pode, contudo, concordar com esse posicionamento atual do STF. Com acerto, a doutrina nacional (internacionalista e constitucionalista)⁹⁷ enfrenta a problemática no sentido de conferir, automaticamente, posição constitucional aos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte. Neste diapasão, pode-se afirmar, destarte, que o direito ao desenvolvimento, por esta via, consagra-se como um direito fundamental, de acordo com a Constituição de 1988, por ser um direito humano inalienável contemplado por diversos documentos jurídicos internacionais, deveras reafirmado por toda a comunidade internacional, pelos Estados integrantes desta e pelo próprio Brasil.

Nessa contextualização de moldura fundamental concedida ao direito ao desenvolvimento, impende-se atentar para a vinculação que tal direito

àqueles. O mais intrigante entendimento jurisprudencial do STF sobre a “constitucionalização” dos direitos humanos reconhecidos em tratados internacionais encontra-se encartado no julgamento do RE 274.183, em 26/09/2000, onde o Ministro Moreira Alves asseverou que o §2º do art. 5º da Constituição não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias que ingressem no ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, isso porque, segundo ele, não ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional. Inadvertidamente, esta vem sendo a posição jurisprudencial do STF acerca do assunto até o momento, motivando, inclusive uma reforma constitucional no afã de incluir um parágrafo (o §3º) ao art. 5º para criar a necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional, do tratado de direitos humanos pela temática das emendas constitucionais.

97 Para tanto, conferir: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos**. A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro, 2.ª ed. San José, Costa Rica/Brasília: IIDH, 1996. Idem. **Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos**. Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996. DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. **Tratados internacionais na Emenda Constitucional 45**. In TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Reforma do Judiciário analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005. FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz; TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. **Reforma do Poder Judiciário e Direitos Humanos**. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). A Reforma do Poder Judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 447-466. FRANCISCO, José Carlos. **Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais**. In TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Reforma do Judiciário analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005. GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. **Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. “A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro”. **Revista de Informação Legislativa**, ano 37, n.º 147, Brasília: Senado Federal, jul./set. 2000, pp. 179-200. Idem. “Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro”. **Revista de Informação Legislativa**, ano 37, n.º 148, Brasília: Senado Federal, out./dez. 2000, pp. 231-250. MELLO, Celso D. de Albuquerque. **O §2º do art. 5º da Constituição Federal**. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos direitos humanos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, 5.ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2002. Idem. **Reforma do Judiciário e Direitos Humanos**. In TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Reforma do Judiciário analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005. TIBÚRCIO, Carmen. **A EC n. 45 e Temas de Direito Internacional**. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). A Reforma do Poder Judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 121-139.

impõe aos poderes estatuídos (Executivo, Legislativo e Judiciário), pois é justamente essa vinculação que mostrará a concretude desse direito humano no sistema jurídico brasileiro, bem como seu grau de aplicabilidade. É pela determinação dessa vinculação, principalmente ao poder Executivo, que se poderá tirar conclusões acerca das implicações que tal consagração como direito fundamental tem na atuação estatal na economia por meio da regulação de determinados setores.

Os destinatários das imposições constitucionais são, sem dúvida alguma, o Poder Legislativo e o Governo, na medida em que podem editar leis em sentido estrito e atos normativos, o que recai, de fato, no poder normativo conferido às agências reguladoras no direito brasileiro para guarnecerem determinado setor da economia com as normas jurídicas apropriadas. E mais, “todos os órgãos concretizadores das normas constitucionais estão juridicamente vinculados a considerar esses preceitos como parâmetros interpretativos, não só nos casos de nova regulamentação, mas também na atividade interpretativa do direito existente”⁹⁸. Sendo assim, as normas que derivam do direito fundamental ao desenvolvimento são todas diretivas materiais que atuam como imposições que vinculam o legislador, como diretiva material vinculadora dos órgãos concretizadores e como limites negativos em relação a certos atos⁹⁹. É especificamente atinente às duas formas assumidas por tais normas que se deve ter a atenção voltada quando da análise da regulação econômica e do direito ao desenvolvimento.

O papel da governança pública é nortear essas ações derivadas de imposições constituições, a fim de buscar um melhor desenrolar das ações estatais assumidas dentro do contexto macro a ser considerado, que é a sua própria razão de ser, qual seja, o desenvolvimento. Os ditames da governança pública modificam o modelo de Estado na tomada de decisões, uma vez que inicialmente se passou de um Estado produto do bem público para um provedor solidário deste, e atualmente tem-se um Estado dirigente ou gestor em um Estado cooperativo, onde a produção do bem público acontece com outros agentes. Desta forma, as imposições constitucionais que se voltam à concretização e efetivação do direito do desenvolvimento são direcionadas primeiramente aos

98 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 301.

99 *Ibidem*. p. 315.

poderes estatuídos, contudo, no segundo momento, o da sua efetiva aplicação e execução dos mandamentos legais e infralegais, tais imposições se voltam também aos demais agentes envolvidos no mercado.

As implicações necessárias da regulação econômica no direito ao desenvolvimento

Após ter sido feita uma análise, ainda que perfunctória, acerca do atual modelo de Estado interventor na economia brasileira e do enfrentamento doutrinário do desenvolvimento como um direito fundamental, um direito a algo, de todos, de um povo, de uma coletividade, e também dos indivíduos em si considerados, faz-se mister, para os fins que se propõe o presente capítulo, enfocado na regulação econômica e na proteção dos direitos humanos, que se verifiquem, estabeleçam-se e se apreciem juridicamente as implicações necessárias e indispensáveis que o modelo brasileiro atual de intervenção na economia acarreta para o direito ao desenvolvimento, sempre com vistas à sua proteção e real efetivação, dentro dos princípios da governança pública.

Desta forma, buscar-se-á consagrar aspectos dentro da regulação econômica pelos quais o direito ao desenvolvimento venha a ser aplicado, observado em sua plenitude, ou ao menos em sua amplitude possível para o que se tem em mão. O foco reside, então, em trabalhar com a junção dos efeitos que devem ser propugnados pela regulação econômica, bem como observar a realidade brasileira neste sentido, para que se possa ver efetivado o direito ao desenvolvimento. Por conseguinte é importante que seja analisado o papel das agências reguladoras do mercado na consecução desses fins, como também se realmente há esse comprometimento, não olvidando aquilo que pode ainda ser feito.

É cediço, porém necessário, se comentar que alguns fatores extremamente determinantes se façam presentes em uma sociedade com vistas a que esta atinja o desenvolvimento desejado. Tais fatores estão intrinsecamente conectados com os princípios destacados e analisados acima da governança pública, uma vez que precede à consecução de um grau de desenvolvimento a formação de uma estrutura de Administração Pública coerente com o desejo desenvolvimentista, de maneira a que esteja ela preparada,

interna e externamente para envidar esforços em torno do objetivo de se atingir o desenvolvimento.

A Administração Pública tem de estar imbuída de determinados princípios que carregam em si relevância fundamental para que se atinja e efetive o direito fundamental ao desenvolvimento. E a Administração Pública realiza tais fatores fazendo, nada mais, nada menos, do que prestando seus serviços essenciais e garantindo a ordem social. Nessa esteira, se pode citar como fatores determinantes para o desenvolvimento: a presença forte de pessoas com qualificação profissional e educação em níveis aceitáveis; a possibilidade concreta do exercício das liberdades políticas (real fortalecimento da democracia e dos meios de interação do privado com o público) e econômicas (preservação da livre iniciativa sopesada com outros princípios relacionados, tais como direito da concorrência, meio-ambiente, direito do consumidor); promoção da tecnologia e da inovação (mediante incentivos estatais, inclusive regulatórios, para que se tenha melhor e maior produção, gerando, assim, frutos para a sociedade); preservação do meio-ambiente; presença de capital social (civismo e comprometimento com a comunidade por parte dos próprios cidadãos, o que está intimamente ligado à educação, cultura e formação intelectual da sociedade); e a existência de instituições críveis e eficientes no aparato estatal.

Afora a presença de tais fatores determinantes em uma sociedade, para que se consiga, indubitavelmente, atingir os índices de desenvolvimento almejados, é de extrema valia o papel que a ordem jurídica como um todo possui na busca pela consagração do direito ao desenvolvimento. É neste sentido que o papel da ordem jurídica deve ser o de promover o desenvolvimento como liberdade, como direito que será buscado por meio da existência de liberdades reais e instrumentais que possibilitam se chegar ao patamar desenvolvimentista de uma sociedade, seja ela baseada em uma localidade, em um Estado, ou mesmo a sociedade internacional como um todo.

A ordem jurídica desejável, desse modo, precisa que sejam contemplados os seguintes requisitos não exaustivos: regras claras e previsíveis (a existência de um sistema jurídico confuso pode ter implicações negativas para a promoção do desenvolvimento); tratamento equitativo dos cidadãos (a percepção de privilégios a partir de normas diferenciadoras destrói ou minimiza o capital social); necessidade de

participação democrática (tanto no processo de criação normativa, quanto nas fases de implementação e de fiscalização, almejando uma transparência com credibilidade); e eficiência do Judiciário (elemento essencial que garantirá um papel positivo da ordem jurídica na promoção do desenvolvimento)¹⁰⁰. Esses requisitos, que se ressalte, não são de forma alguma exaustivos, dão maior certeza e maior segurança, tratando abstratamente da temática, aos que sofrem os impactos de tal ordem jurídica, fortalecendo a própria sociedade na medida em que concede a ela poderes de participação democráticos de influenciar conjuntamente os ritmos e os ditames dessa busca do desenvolvimento.

Vê-se, então, que o Estado tem papel preponderante nesse contexto de efetivação do direito ao desenvolvimento por deter ele o monopólio da lei e, dessa forma, estabelecer a ordem jurídica desejável, bem como prestar os serviços essenciais à sua população no afã de se verem contemplados os fatores determinantes ao desenvolvimento relacionados anteriormente. É assim que, na economia, esse papel estatal se avoluma de importância para a temática, visto ser através de tal atuação que o mesmo pode vir a garantir, direta ou indiretamente, os parâmetros necessários para esse direito ao desenvolvimento.

Portanto, o interesse público, determinado pela elevação do desenvolvimento nacional à categoria de preceito fundamental, impõe que o Estado dirija e intervenha na economia sempre que sua omissão ou inação possa implicar o amesquinamento ou o comprometimento de sua realização¹⁰¹. Isto porque a elevação de tal direito ao patamar de direito fundamental faz com que se tenham vinculados, diretamente, os Poderes Executivo e Legislativo, conforme preconizado, para que haja a proposição e a realização de políticas públicas necessárias à satisfação dos direitos prestacionais envolvidos com o desenvolvimento. Por consequência, o Poder Judiciário, apesar de não estar diretamente vinculado à efetivação deste direito fundamental, planta-se como fiel garantidor do cumprimento de ações e medidas administrativas e normativas que venham a garantir os direitos fundamentais¹⁰².

100 Cf. BARRAL, Welber. **Direito e Desenvolvimento: Um Modelo de Análise**. In: BARRAL, Welber (Org). *Direito e Desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005, p. 50-51.

101 DA SILVA, Guilherme Amorim Campos. *Op cit.* p. 75.

102 O direito humano fundamental ao desenvolvimento possui regime jurídico próprio no Texto Maior,

Buscando dar, sobretudo, concretude ao comando constitucional em abstrato, denominado de preceito fundamental, do direito ao desenvolvimento, constata-se que a forma condizente do Estado intervir, em primeiro plano, é através do planejamento da atividade econômica, disciplinadora da intervenção do Estado na economia. O planejamento econômico é, por mandamento constitucional, uma das formas pelas quais o Estado exercerá intervenção na economia, pois como agente normativo e regulador da atividade econômica exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Nessa esteira, a atividade estatal do planejamento foi elevada à condição de instituto jurídico que instrumentaliza, com vistas a garantir, legislativa e administrativamente, a atividade econômica. A idéia que se tem do planejamento é a de garantir o equilíbrio entre os níveis de produção e de consumo, cuidando da questão dos recursos escassos como um todo. Contudo, não é apenas essa a função que pode e deve ser exercida pelo planejamento estatal. O planejamento pressupõe previsão, seleção, hierarquização, projeção, orientação de políticas e de atitudes em torno de ações continuadas e de finalidades determinadas. Enumeram-se, por meio deste instrumento, desta feita, definições, prioridades e diretrizes a serem tomadas, todas completamente justificadas com os fins colimados.

Portanto, tem-se que o planejamento estatal do desenvolvimento racionaliza e sistematiza as diretrizes a serem seguidas pelos poderes públicos, tendo em vista a contemplação dos interesses públicos formadores do pensamento dominante. Obviamente, a vinculação a que está subsumido o Estado não reside unicamente em planejar o desenvolvimento, mas também, e primordialmente, em concretizar tais medidas vislumbradas no planejamento por meio de seus órgãos da Administração Pública, do poder executivo. Destarte, na forma de atuação e no uso das atribuições legais e constitucionais preestabelecidas das agências reguladoras brasileiras é que reside o liame entre o modelo regulatório de intervenção nacional

conforme analisado, que revela o conteúdo “juridicizado” de opções valorativas públicas (...) é vinculativo da atividade política, passível de controle jurisdicional de constitucionalidade de políticas públicas. Assim, ao estabelecer o conteúdo juridicizado das políticas públicas (...) se os poderes executivo e legislativo se furtarem de observá-los terão que se submeter ao julgamento político-jurídico do judiciário – STF. (LOCATTELLI, Liliána. **Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988**. In BARRAL, Welber (coord.). *Direito e Desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005).

e a efetivação do direito fundamental ao desenvolvimento, pois é a partir delas que o Estado atuará em certos setores da economia com o foco voltado para o desenvolvimento, seja ele econômico, social, de acesso, de oportunidades e de transparência.

As agências reguladoras, pois, têm o papel de incrementar as denominadas liberdades instrumentais. Estas são fundamentais para garantir as demais liberdades, e englobam a liberdade política, o direito ao acesso ao mercado, as oportunidades sociais e as transparências e garantias mínimas de seguridade social¹⁰³. Percebe-se, pois, que o papel das agências reguladoras está deveras relacionado com a busca pela efetivação do direito ao desenvolvimento pelo Poder Executivo, haja vista serem elas entes da Administração Pública Indireta, autarquias de regime especial¹⁰⁴. Esse comprometimento, diga-se desta maneira, das agências reguladoras com aspectos instrumentais de liberdades só vem a solidificar ainda mais a relação entre o modelo regulatório brasileiro e o direito ao desenvolvimento, isto porque é por meio deste modelo que o Estado atualmente intervém em determinados setores da economia e, dessa forma, expede normas jurídicas, atuando na fiscalização das atividades tendo em mente princípios que objetivam a consecução do desenvolvimento.

As agências reguladoras brasileiras nada mais são do que receptoras de outorga de competência legal e executoras de atividades estatais dotadas de independência para melhor cumprir com os seus misteres estabelecidos na legislação¹⁰⁵. São, assim, órgãos técnicos especializados na elaboração de normas, proibição de condutas negativas no mercado e atuação na composição de interesses divergentes. As agências reguladoras têm o papel de ente concretizador das políticas públicas selecionados pelo chefe do Poder Executivo quando do planejamento do desenvolvimento, e não formulador de políticas públicas. Desse modo, são entes públicos que têm como atuação central a elaboração de normas e condução da atividade econômica em determinados

103 Cf. DOMINGUES, Juliana Oliveira. **As Agências Reguladoras e Desenvolvimento**. In BARRAL, Welber (coord.). *Direito ao Desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005.

104 Autarquia de regime especial em virtude da existência de algumas características próprias, tais como: i) a ausência de subordinação hierárquica; ii) independência ou autonomia administrativa, financeira, patrimonial, de gestão de recursos humanos e técnica; e iii) mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes.

105 Consagra-se a independência delas para fins de atuação otimizada. Independência das agências reside, portanto, na independência política dos gestores; independência técnica decisional; independência normativa; independência gerencial orçamentária e financeira; e nas decisões colegiadas e sem recurso hierárquico.

setores com vistas as metas e diretrizes ordenadas pelo Executivo, de modo que o desenvolvimento seja sempre o alvo e fim maior colimado.

Neste diapasão, a contribuição que pode e deve ser dada pelas agências reguladoras na promoção do desenvolvimento reside: a) na existência de mecanismos de participação direta e na criação de espaço comum para idéias e manifestações; b) na garantia de um devido processo normativo e planejamento para o desenvolvimento; c) na garantia de liberdades que prevejam mecanismos de participação pública (audiências e consultas públicas, procedimento de denúncia e ouvidoria)¹⁰⁶.

A problemática da completa implantação desse modelo regulatório com foco na promoção do desenvolvimento se encontra na inocuidade da participação da sociedade, em virtude da pujança da atuação de grupos específicos interessados nos setores regulados da economia, bem como na própria inaptidão estatal para garantir tal participação.

Não obstante os entraves fáticos atuais produzidos por práticas não transparentes, condizentes com a corrupção e contra a própria lei, por vezes, e que não asseguram a efetiva implementação de garantias de liberdades *lato senso*, a fim de que haja uma verdadeira promoção do desenvolvimento, tendo como instrumento o modelo regulatório, tal seja, as agências reguladoras, faz-se necessário ressaltar a consagração de princípios que direcionam a atuação de um Estado regulatório interventor na economia. A matéria dos princípios gerais da regulação e dos princípios regulatórios desenvolvimentistas são teorizados e trabalhados por Calixto Salomão Filho em suas obras sobre a temática enfrentada¹⁰⁷, de maneira a proporcionar à doutrina a exposição e o debate acerca deles.

Primeiramente tem-se como princípio geral da regulação econômica o do acesso necessário, tanto o acesso necessário entre os concorrentes, quanto o amplo acesso dos consumidores. Uma amplitude maior de concorrentes em um setor da economia traz consigo a presunção de uma melhor prestação dos serviços e de um maior retorno distributivo dos ganhos auferidos para a sociedade, haja vista o interesse na maximização dos resultados econômicos a serem obtidos.

106 CF DOMINGUES, Juliana Oliveira. **As Agências Reguladoras e Desenvolvimento**. In: BARRAL, Welber (Org). *Direito e Desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005, p. 186-187.

107 Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros 2002. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**. São Paulo: Malheiros, 2001.

Por outro lado, é imperioso e necessário que, nos moldes de um modelo regulatório voltado para o desenvolvimento, o amplo acesso dos consumidores também se faça presente¹⁰⁸, com supedâneo nas normas reguladoras das agências. Este é um princípio que se imiscui na prestação de serviços públicos para o maior número possível de pessoas, inclusive para aquele número de pessoas residentes em localidades que não possuem interligação com as redes do serviço ou atividade a ser prestada, e muitas vezes se localizam bastante longe delas, bem como para pessoas de baixo poder aquisitivo. Esse princípio, também chamado de universalização dos serviços públicos, deve ser levado a cabo pelas regulações das agências, de modo a propiciar à sociedade que não é assistida pelas principais redes serviços essenciais para si regulações que são praticamente um comprometimento legal das agências, bem como de cumprimento pelas empresas privadas, haja vista o intuito do qual ela se encontra imbuída. Tal quesito parte de uma concepção inicial de lucro considerável auferido por parte das empresas privadas que operam setores regulados em rede, por deterem uma imensa vantagem inicial, em virtude da dificuldade da implantação de outras redes e, por conseguinte, haja a prestação dos serviços por outros. A compensação de tais lucros deve ser repassada exatamente para que se obtenha a universalização dos serviços, sem que ocorra o repasse para o próprio consumidor ou para o concorrente. Desse modo, a redistribuição tem de ser objetivo da regulação econômica, sendo trazido à tona mediante a lavratura de medidas regulatórias.

Outro princípio a ser considerado é o da função social da propriedade aplicado aos meios de acesso ao mercado. Tal princípio remonta tanto à verificação de uma possibilidade de redução dos custos de transação, na medida em que sejam fixados os preços da ligação à rede pelo ente regulador, como à restrição ao direito de propriedade. Diz respeito também ao fato de determinados bens serem obrigatoriamente compartilhados com os demais concorrentes, em face da infra-estrutura que um ou poucos possuem. Este princípio se encontra solidificado nas legislações específicas de determinados setores regulados do Brasil¹⁰⁹, da mesma maneira que ele

108 Mesmo porque o inciso XXXII do art. 5º da CF prescreve que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

109 **Setor de telecomunicações (Lei 9.472/97)**: art. 155. Para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados

se faz representar por um forte e considerável dirigismo contratual imposto pelo ente público, a agência reguladora. O acesso ao mercado é, pois, o fim precípua do princípio da função social da propriedade dos meios de acesso ao mercado, permitindo, assim, uma livre e leal concorrência para o mercado, servindo, da mesma sorte, para a compatibilização da negociação privada contratual com seus efeitos públicos.

Esse princípio se esmera na indispensabilidade da difusão do conhecimento econômico. A preocupação aqui é que se crie um ambiente de interação e de integração dos agentes econômicos no mercado, de modo que possuam igualdade material em termos concorrenciais, o que pode e deve ser criado por medidas regulatórias aplicáveis. Todavia, o processo da difusão do conhecimento econômico, não pode se esgotar na diluição do poder econômico, tão-somente. É preciso que tal conhecimento seja disseminado para os órgãos reguladores e para os planejadores, oportunidade que somente se efetivará caso haja uma participação concreta dos grupos sociais envolvidos no processo de elaboração das normas reguladoras, quando poderão trazer os conhecimentos e informações fundamentais.

Por fim, destaca-se que a presença da cooperação em setores regulados é fundamental para o desenvolvimento, isto porque se assegura um grau muito maior de efetividade para as normas e decisões do órgão regulador, bem como se garante que as partes possam descobrir os comportamentos de maior proveito social¹¹⁰.

pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo.

Setor de petróleo e gás natural (Lei 9.478/97): art. 58. Facultar-se-á a qualquer interessado o uso dos dutos de transporte e dos terminais marítimos existentes ou a serem construídos, mediante remuneração adequada ao titular das instalações. § 1º A ANP fixará o valor e a forma de pagamento da remuneração adequada, caso não haja acordo entre as partes, cabendo-lhe também verificar se o valor acordado é compatível com o mercado. § 2º A ANP regulará a preferência a ser atribuída ao proprietário das instalações para movimentação de seus próprios produtos, com o objetivo de promover a máxima utilização da capacidade de transporte pelos meios disponíveis.

Setor de energia elétrica (Lei 9.648/98): art. 9º. Para todos os efeitos legais, a compra e venda de energia elétrica entre concessionários ou autorizados, deve ser contratada separadamente do acesso e uso dos sistemas de transmissão e distribuição. Parágrafo único. Cabe à ANEEL regular as tarifas e estabelecer as condições gerais de contratação do acesso e uso dos sistemas de transmissão e de distribuição de energia elétrica por concessionário, permissionário e autorizado, bem como pelos consumidores de que tratam os arts. 15 e 16 da Lei no 9.074, de 1995.

110 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op cit*, 2002, p. 54.

Considerações finais

Após ter-se apresentado conceituações, pensamentos e imbricações, o presente ensaio tem como conclusão primeira a consagração e a elevação como fundamental do direito ao desenvolvimento com supedâneo na ordem jurídica brasileira, mais especificamente com base no art. 5º, §2º, da Constituição Federal do Brasil, tanto no que diz respeito à sua primeira quanto à segunda partes, visto que o direito ao desenvolvimento se comporta no sistema constitucional brasileiro como um direito humano por ser um princípio constitucional derivado do regime adotado pela CF/88 na condição de objetivo fundamental da República, assim como é vislumbrado em documentos jurídicos internacionais e em tratados dos quais o Brasil é parte.

Posteriormente, conclui-se também pela indispensabilidade da observância dos princípios integrantes da governança pública na administração desse Estado remodelado, ou seja, do Estado Regulador brasileiro, como meio de se ver atingida a efetivação do direito fundamental ao desenvolvimento, pois os princípios da governança pública objetivam melhor aparência na prestação dos serviços pelo Estado, de maneira a congregam transparência, eficiência, moralidade e publicidade. Sem dúvidas, os princípios da governança aplicados ao modelo regulatório brasileiro só vem a enaltecer os motivos pelos quais tal modelo fora desenhado, fazendo desenrolar as tarefas concedidas ao Estado contemporâneo de intervenção na economia de um modo mais otimizado. Como consequência dessa aplicação de princípios, tem-se o espaço aberto para que o direito ao desenvolvimento seja cada vez mais recorrente de efetivação por parte do Estado regulador brasileiro.

Um detalhe, porém que não pode ser olvidado em toda essa análise realizada é a imprescindibilidade da adaptação de instrumentos úteis e adequados para o exercício do Estado Regulador. Tal adaptação de instrumentos passa, inevitavelmente, pelo trabalho de implantação, melhoria e desenvolvimento dos princípios da governança pública no Brasil por completo.

Desta feita, trabalhando com a junção da óptica institucionalista de Douglas North e da visão libertária de Amartya Sen, conclui-se também que, para a promoção do desenvolvimento, faz-se mister a presença de

instituições fortes e confiáveis que dêem o sustentáculo necessário, assim como se conclui que as agências reguladoras devem ser propulsoras das escolhas e oportunidades, tendo como fim o desenvolvimento. É neste ponto específico que se destaca o potencial democrático e de desenvolvimento do modelo brasileiro; todavia, a prática revela que o discurso está unicamente no plano da potencialidade, ao menos por enquanto.

Referências bibliográficas

- BARRAL, Welber (Org). **Direito e Desenvolvimento**. São Paulo: Singular, 2005;
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2005;
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004;
- BOVAIRD, Tony. La gouvernance publique: comment maintenir un juste équilibre entre le pouvoir des intervenants dans une société en réseau? **Revue Internationale des Sciences Administratives**, v. 71, n° 2, p. 223-235, jun 2005;
- BREMAN, Vicki A. An International Legal Obligation to Assist in Energy Development Arises from the Charter of Economic Rights and Duties of States. **Georgia Journal of International and Comparative Law**. Volume 12, 1982, p. 401-427;
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 2000;
- _____. **Tomemos a Sério os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra - Estudos em Homenagem ao Professor Ferrer Correia, vol I, Coimbra, 1988, p. 34-68;
- COSTA, José Augusto Fontoura Costa. **Globalização e Fim do Estado**. In: DERANI, Cristiane e COSTA, José Augusto Fontoura (Coordenadores). **Globalização e Soberania**. Curitiba: Juruá, 2004;
- FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. 1ª Ed., 2ª Tir. São Paulo: Malheiros, 2000;

- FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e Subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965;
- GARCÍA-AMADOR, F.V. **El derecho internacional del desarrollo: Una nueva dimensión del derecho internacional económico**. Madrid: Civitas, 1987;
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2006;
- KISSLER, Leo; HEIDEMANN, Francisco G.. Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade?. **Revista Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000300008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 Junho 2007;
- KIWANUKA, R.N. Developing Rights: the United Nations Declaration on the Right to Development. **Netherlands International Law Review**, 1988;
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002;
- MATTOS, Paulo (Coord). **Regulação Econômica e Democracia**. São Paulo: Ed. 34, 2004;
- MOLL, Luiza Helena (Organizadora). **Agências de Regulação do Mercado**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2002;
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006;
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Forense, 1996;
- _____. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003;
- MORIN, Edgard. **Introdução à política do homem**. Rio de Janeiro: Forense, 1969;
- MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. Barueri: Manole, 2003;
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. **Servicio público y mercado: los fundamentos**. Madri: Civitas, 1998;
- OECD. **The Commission on Global Governance**. Paris: OECD, 1995;

- RICH, Roland Y. The Right to Development as an emerging human right. **Virginia Journal of International Law**, v. 23, 1983;
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**. São Paulo: Malheiros, 2001;
- SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002;
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000;
- SILVA, Clarissa Sampaio. **Legalidade e Regulação**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005;
- SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004;
- SMITH, Adam. **Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999;
- SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito**. São Paulo: EDUSP, 1981;
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos Direitos Humanos**. vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

ESTADO REGULADOR E ESTADO EMPRESÁRIO: COEXISTÊNCIA E POSSIBILIDADES

Oswalter de Andrade Sena Segundo
Vladimir da Rocha França

Introdução

Muito se discute no Brasil, atualmente, acerca do processo regulatório de setores econômicos, muitas vezes sem se considerar os aspectos fundamentais dos institutos jurídicos, políticos e econômicos que dão sustentação a esta nova forma de atuação estatal. Em razão disso, surgem exageros e paixões interpretativas que em nada colaboram com o desenvolvimento da regulação e a necessária readequação dos mecanismos institucionais necessários a recepção e funcionamento dos agentes reguladores. Uma dessas visões estereotipadas da problemática faz crer, por exemplo, existir uma incompatibilidade natural e absoluta entre a coexistência de um Estado Regulador e um Estado Empresário. Contribuiu para esta visão o fato de que o instituto regulatório no Brasil foi recepcionado e posto em prática em um processo de transição política e constitucional sem maiores amadurecimentos ou debates, afora a inexistência de uma cultura nacional prévia que abarcasse a experiência histórica dos institutos e valores postos em prática.

A existência simultânea de práticas e princípios institucionais caracte-

rísticos de modelos de Estados diferentes, no caso, Estado Regulador e Estado Empresário, que atua, ao mesmo tempo, como agente de mercado na economia, em setores específicos e estratégicos, mas também implanta uma estrutura regulatória e assim permite o funcionamento fiscalizado das forças de mercado, é perfeitamente possível, sem que, com isso, se prejudique o princípio da livre concorrência ou se subvertam os fins do Estado contemporâneo, que é, antes de tudo, um Estado com atuação em várias frentes.

Para isso é necessário analisar, mesmo sucintamente, o ambiente jurídico-constitucional e político-ideológico que deu amparo à transição entre os modelos prévios à instalação da regulação no Brasil e o atual modelo, já em processo de consolidação de mercados sob regulação. Parte-se do princípio de que a atual Carta Magna Brasileira claramente apresenta um sistema de Estado Socialdemocrata com grande vocação para a implementação dos direitos e garantias de caráter social e interventivo, características estas que, a partir das reformas constitucionais da década de 1990, foram relativizadas, mas não perderam sua importância ou necessidade constitucional de concretização.

Diante de tal análise constitucional, busca-se amparar a idéia de que, tomando-se por base a atual situação da Constituição Federal, existe sim um modelo estatal que corrobora e até impõe a coexistência dessas duas vertentes de atuação do Estado Brasileiro, sem que existam conflitos insuperáveis e fundamentais¹¹¹. A preocupação é, portanto, de se comprovar esta coexistência necessária.

A análise tem origem em um pressuposto teórico de natureza constitucional obtido a partir de uma interpretação sistêmica e direta da Carta

111 Luiz Roberto Barroso chama a atenção para o fato de que a Carta Republicana de 1988 Brasileira foi idealizada e construída dentro de um momento histórico conturbado cuja transição política se caracterizou pela influência e participação direta de grupos ideológicos muitas vezes diametralmente opostos, o que explica em boa parte a essência descritiva e opositiva de vários princípios e valores existentes simultaneamente no texto da nova Constituição. Vejamos: "(...). De outra parte, o assédio dos lobbies, dos grupos de pressão de toda ordem, geraram um texto com inúmeras esquizofrenias ideológicas e densamente corporativo. A crítica, cabível e necessária, não empana o seu caráter democrático, mas apenas realça a fisionomia ainda imatura de um País fragilizado pelas sucessivas rupturas institucionais e pela perversidade de suas relações sociais. Como protagonista e beneficiária das disfunções atávicas da sociedade brasileira, sobrepairá uma classe dominante – a elite econômica e intelectual – que jamais se interessou ou foi capaz de elaborar um projeto generoso de país, apto a integrar à cidadania, ao consumo mínimo, enfim, à vida civilizada, os enormes contingentes historicamente marginalizados". BARROSO, Luiz Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8 ed. atual. São Paulo: Renovar, 2006, p.42.

Magna de 1988. Trata-se da possibilidade proposital e originária de coexistência entre duas formas de atuação do Estado no cenário econômico, seja como agente regulador, seja como participante ativo dentro do espaço empresarial. Partindo-se desta premissa, busca-se identificar os desdobramentos jurídicos/constitucionais e políticos/institucionais já existentes no ordenamento aptos a viabilizarem esta integração necessária (vez que decorrente da sistemática constitucional) e solucionar eventuais entraves e conflitos que venham a existir. Num momento seguinte, já diante dos elementos de suporte desta realidade, verificar-se-ão as vantagens e possibilidades práticas deste modelo para o desenvolvimento do País, tanto no aspecto econômico quanto social, com destaque para o aprimoramento das relações de mercado em geral.

Não se discutem mais as vantagens que uma estrutura de regulação de mercado (nos setores aptos a experimentá-la) pode trazer a um País como o Brasil. Existem certas funções e responsabilidades do Estado que podem ser repassadas a estas instituições. E isto foi feito, com as reformas constitucionais já efetivadas; porém, levando-se em consideração as premissas constitucionais também em pleno vigor que dão ao Estado Brasileiro uma linha de atuação social-intervencionista, não se pode descartar essas orientações ideológicas, sob pena de desrespeito à ordem constitucional, na medida em que incorporaram esses pensamentos. Disto decorre um entendimento sistemático, da própria Constituição, de coexistência entre tais valores, sem que implique um conflito ideológico insuperável ou insustentável¹¹². Esta proposta de estudo passa necessariamente por uma verificação histórica que, ainda que superficial e rápida, visa a demonstrar a ligação entre as formas de atuação e funções do Estado e o estágio de existência do capitalismo em dado momento histórico, nos espaços em que esta relação se instaurou. Esta estreita ligação denota várias explicações tanto de ordem econômica quanto política, estando o aspecto jurídico numa relação de retro-alimentação com tais valores e espaços.

112 GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21.

O papel do Estado nas economias de mercado. Breves considerações históricas

Com as Revoluções Americana e Francesa do século XVIII, visualizou-se o surgimento de um verdadeiro constitucionalismo, na acepção pura do termo. Estava criado o entendimento de que era preciso, por meio da lei, conter e delimitar o poder político do próprio Estado, que tinha alcançado possibilidades e liberdade exageradas, ou mesmo perigosas, até então na experiência histórica da humanidade. Este constitucionalismo visualizava uma imposição de limites ao Estado, efetuada pelo próprio Direito, pelo controle das funções estatais e, por conseqüência, garantindo a liberdade dos então cidadãos, e não mais apenas súditos, diante do Estado, que não mais poderia invadir ou se intrometer em assuntos que não estivessem previstos nas constituições nacionais. Até mesmo o poder estatal, então delimitado e com razão de ser no Direito, não mais poderia existir de forma única e completa em si mesma, em termos de execução. O Poder Estatal passou, então, a ser dividido em setores específicos e especializados de organização, com a separação dos poderes, classicamente divididos em Executivo, Legislativo e Judiciário.

O Estado, portanto, passou a ser constituído no âmbito da Constituição, e não mais fora dela, amparado em valores e poderes extras que tivessem qualquer ligação com o divino. Tinha sua origem no poder da coletividade, e não mais no abstrato poder absoluto do monarca. Este é o primeiro fundamento desta nova estrutura. Estava definida, desde então, a idéia de origem do poder estatal. O princípio da soberania popular passou a ser visualizado, assim, no próprio poder constituinte, poder este legitimamente capaz de dar vida e extensão material aos postulados constitucionais que regerão o Estado e a vida social dali para frente¹¹³. Outro aspecto importante nesta mudança de paradigma estatal é o fato de que o Estado passa, agora, a ser submetido à Constituição, que o precede, caracteriza e limita. Cumpre verificar a diferença entre o poder constituinte (poder da coletividade política em nome da qual surge a legitimação de criar as regras constitucionais) e poderes constituídos (os Poderes do Estado em si).

113 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p.117.

Desta nova compreensão de origem do poder e limitação do próprio poder, além do aspecto de materialidade constitucional como regra de condição do poder, surge a máxima de que o agente realizador das políticas públicas (Poder Executivo) deve sempre respeitar o arcabouço normativo (constitucional legal) para poder daí retirar a validade de seus atos¹¹⁴. E, neste aspecto, verifica-se a dependência que este Poder de Estado (o Executivo) precisa ter em relação à produção legislativa de um outro Poder de Estado, que é o Poder Legislativo. Elementos como soberania popular, governo representativo, subordinação do poder à lei, divisão dos Poderes do Estado, reserva de lei e legalidade da administração, proteção da propriedade e da liberdade dos cidadãos passam a ser a base do Constitucionalismo moderno (aqui ainda tomado na acepção de Constituição originária), conforme se viu das chamadas revoluções liberais¹¹⁵. Vejamos, em linhas rápidas, as principais características de orientação e transição entre este Estado Liberal clássico e o Estado Social.

Do Estado Liberal Clássico ao Estado Social

Esta idéia de Constituição originária, como momento primário do Constitucionalismo moderno, é, pois, a Constituição do Estado Liberal de origem burguesa, classe social que ascendeu na Europa com a queda das monarquias absolutistas. A idéia fundamental desta nova organização de poder estatal pregava a redução do Estado nas atividades e tarefas que não fossem as garantidoras da liberdade e segurança, basicamente¹¹⁶. Esta visão inicial do Estado liberal, de organização capitalista, tinha uma conotação bastante clara quanto à separação entre Estado e Sociedade, ficando, como já se disse, a administração da ordem pública e de polícia com o Estado e a economia exclusivamente à auto-regulação do mercado.

Claramente, os direitos de primeira geração tinham um caráter mais formal do que material, estando as preocupações de ordem social sem

114 SILVA, José Afonso da. *Ob. cit.*, p. 108 e 109 e p. 121 e 122.

115 MOREIRA, Vital. **O Futuro da Constituição**. In GRAU, Eros Roberto e FILHO, Willis Santiago Guerra. **Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 314.

116 Assim compreende Paulo Bonavides, para quem “a idéia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem tampouco a teoria igualitária de que todos têm direito igual a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito”. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7 ed., 2 tir., São Paulo: Malheiros, 2004, p.16.

garantias constitucionais efetivas e a liberdade econômica em pleno funcionamento. Não havia necessidade ou justificativa de se garantir direitos e reconhecer meios de intervenção no âmbito da sociedade e da economia, pois se tratava de um modelo de Estado de ordem liberal e somente comprometido com as liberdades fundamentais necessárias ao funcionamento de um capitalismo despreocupado com outros valores que não os de ordem puramente de mercado. Era o Estado da primeira geração de direitos fundamentais: direitos das liberdades civis e individuais, das liberdades e dos direitos políticos.

Com esta orientação liberal o Direito Constitucional tinha um caráter basicamente formal e de funções prestacionais negativas¹¹⁷, sem preocupação de apresentar e fazer cumprir políticas públicas interventivas no seio social e econômico. Este direito constitucional só experimentou mudanças em seu sistema de paradigmas quando o Estado a ele sempre correlato passou também por mudanças fundamentais, o que ocorreu no século XX. Mudanças se fizeram necessárias, pois os problemas sociais e até econômicos decorrentes do modelo liberal clássico se mostraram inviáveis em médio e longo prazo.

Concentração exagerada de capital nas mãos de poucos agentes econômicos, monopolização de vários setores, fechamento de muitas outras empresas sem condições de competição em mercados sem qualquer controle estatal, degradação crescente das condições de trabalho e diminuição dos salários dos trabalhadores (com crescente desemprego em massa) foram algumas das conseqüências deste período.

Como ícone desta mudança de orientação para um novo Estado e Constitucionalismo, se verificou historicamente a idealização da Constituição de Weimar, em 1919. Neste instante passou a Constituição a ter preocupações e ações positivas quanto à economia e às relações de tra-

117 Neste sentido, tem-se que, institucionalmente, o Estado, como previsto nas constituições liberais que o adotaram, não tinha funções ou obrigações positivas substanciais, de caráter positivo ou realizador, perante a sociedade. Não havia a noção promocional de políticas públicas, visando a corrigir ou diminuir eventuais problemas que afetassem diretamente os direitos coletivos ou sociais. A regra fundamental era, essencialmente, a crença de que caberia ao mercado (aqui na acepção de conjunto de forças produtivas e suas relações intrínsecas) criar as próprias condições de melhoria dos problemas experimentados pelo conjunto social, dentro de suas possibilidades, e sem intervenção estatal para isso. Desta postura estatal não realizadora (não positiva) é que decorre a idéia de um Estado de funções negativas (apenas reativo, e não ativo) que apenas buscava organizar os meios de existência e defesa dessas forças produtivas e suas leis de mercado, ao mesmo tempo em que declarava as liberdades individuais da pessoa humana como princípio fundamental.

balho e capital, e não somente com as liberdades políticas e civis¹¹⁸. Não se enxergava mais a economia como espaço exclusivamente destinado ao manuseio do setor privado e das forças de mercado (com suas únicas e próprias regras), mas sim tendo o Estado agora nítido interesse em agir dentro e sobre este complexo.

Era então, portanto, a economia, uma questão de Estado, e não somente do mercado. Surgiu um aumento extraordinário na produção de normas jurídicas de várias hierarquias aptas a disciplinar o aspecto econômico. O aumento da tensão entre o poder econômico público e poder econômico privado tornou-se latente, nesta nova órbita de atuação. Por consequência, e em razão do arcabouço político/ideológico propiciador de tais mudanças, passou a Constituição a trabalhar estes novos conceitos e valores em seu substrato. Tinham-se, pois, os direitos de geração seguinte, preocupados com os valores coletivos e sociais, numa nítida preocupação com os chamados direitos da igualdade.

Cabia ao Estado, assim, uma real atuação no cenário econômico, social, político lato sensu e cultural, com atuação de forma prestacional (positiva) perante a sociedade. Surgem a Constituição Social e a Constituição Econômica (conceitos passíveis de análises separadas dentro da mesma Constituição), em complementação à Constituição Política tradicional¹¹⁹.

O Estado não se apresentava mais como mero observador das ações e prodígios das forças de mercado, estando então diretamente ligado também ao cenário produtivo, por meio da atuação simultânea e interventiva na economia, sempre com amparo e justificativa constitucional que, em variados graus de intervenção, experimentou historicamente (em muitos países) muitas construções normativas e principiológicas orientadoras da atuação estatal.

118 BARROSO, Luiz Roberto. *Ob. cit.*, p. 68-69.

119 HORTA, José Luiz Borges. **Epistemologia e Vigor da Teoria do Estado. O Sino do Samuel**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, junho de 1997, a. III, n. 24, p. 10.

Podia falar, efetivamente, de políticas públicas de atuação estatal¹²⁰, programas de governo e planejamento econômico¹²¹. A sociedade passa a ser elemento importante na estrutura constitucional e institucional do país, ao lado da economia, e não somente mais o Estado em si.

Novos conceitos surgiram para caracterizar estas constituições, como Constituição programática e Constituição dirigente. Tinha, portanto, o Estado Social (intervencionista) características específicas que eram a plataforma de sua atuação no seio social e econômico. A rejeição da idéia da suficiência da auto-regulação do mercado justificava, por exemplo, a maior intervenção do Estado na atividade econômica (através da regulação de setores econômicos e atuação direta).

Num outro aspecto, à responsabilidade assumida pelo Estado pelas várias prestações sociais postas à disposição dos cidadãos exigiam deste Estado impor ao conjunto da mesma sociedade (via arrecadação de impostos e outros tipos de prestações) um compromisso maior e mais direto com as ações positivas, visando a custear as políticas sociais de um modo geral, inclusive as ações de seguridade social e proteção ao desemprego.

O Estado neoliberal

Diante, mais uma vez, das mudanças estruturais e teóricas do capitalismo no mundo, caracterizadas basicamente pela cada vez menor atuação do Estado na economia (incluindo as privatizações), pela desregulamentação de setores econômicos, pela austeridade fiscal, pela entrega das prestações sociais à iniciativa privada, sob regulação do Estado etc., verifica-se um novo ciclo de idéias e orientações políticas que fazem com que os Estados contemporâneos inseridos no processo de globalização passem a, mais uma vez, alterar os seus fundamentos. A palavra de ordem é recolher os limites de atuação do Estado, reorientando suas funções para as já tradi-

120 GRAU, Eros Roberto. *Ob. cit.*, p. 21. O autor claramente faz observar a importância do surgimento da previsão constitucional, no caso da Constituição Federal do Brasil de 1988, dos mecanismos de atuação estatal no âmbito da realização de políticas públicas, como elemento caracterizador deste tipo constitucionalismo. Cf.: "Políticas públicas estas que precisam ter sua fundamentação na Constituição e visar necessariamente ao fornecimento de prestações positivas e realizadoras de soluções práticas à sociedade (o fim deve ser evidenciado)".

121 MOREIRA, Vital. **O Futuro da Constituição** In GRAU, Eros Roberto e FILHO, Willis Santiago Guerra. **Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 315.

cionalmente conhecidas, facilitando o trânsito de mercadorias com outras economias, numa nítida postura de livre mercado mundial.

Neste novo contexto, apesar das relutâncias de alguns países e regiões, a orientação ideológica já massificada nas relações internacionais sugere uma postura de retração do Estado, o que significa dizer a saída deste Estado do cenário econômico, em todos os sentidos, principalmente com a intervenção estatal como agente de mercado (Estado Empresário). A idéia central é que os setores e atividades econômicas até então realizadas pelo Estado, em regime de monopólio estatal ou não, voltassem a ser, preferencialmente, exclusivamente pela iniciativa privada, segundo regras próprias de mercado ou, no máximo, que fossem reguladas por meio de estruturas regulatórias especializadas e ligadas ao Estados, mesmo que indiretamente. Em alguns casos e setores específicos, verificou-se a possibilidade do Estado atuar conjuntamente com a iniciativa privada em um mesmo setor de mercado, em uma situação em que o Estado compete, em regime de igualdade, com empresas privadas.

O que se verificou, portanto, desde o surgimento das primeiras cartas constitucionais do século XVIII, dentro desta rápida verificação histórica acima relatada, foi uma contínua e forte massificação da idéia de universalização das constituições, como modo de ser e existir dos Estados modernos (e, por conseqüência, dos Estados contemporâneos). Esta contínua adesão política dos Estados a tal modelo foi fruto, obviamente, de complexas e amplas transformações culturais e históricas que propiciaram uma aceitação ideológica ao ideal jurídico-político do que venha a ser uma Constituição, e a necessidade de se respeitar suas diretrizes e ordens de comando¹²². Isto significou, em outras palavras, uma universalização do sentimento constitucional no mundo, ao ponto de quase não mais existir Estados nacionais sem amparo em um Texto Constitucional. Passou, então, a existir uma simbiose necessária entre a existência de um Estado e sua Constituição, independentemente do conteúdo em si das constituições e dos modelos de Estados considerados.

Mais recentemente, entretanto, este constitucionalismo deixou de ser mera necessidade formal cujo conteúdo finalístico e de mérito eram

122 HORTA, José Luiz Borges. **Horizontes Jusfilosóficos do Estado de Direito**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2002.

aspectos secundários, e passou a ser um constitucionalismo voltado para a prática democrática representativa e apoiado na idéia de um Estado de Direito. Tinha-se, assim, um Constitucionalismo liberal-democrático que suplantara em confronto ideológico a alternativa do Constitucionalismo marxista-leninista na segunda metade do século XX e deixava, para trás, devido a várias mudanças por que passara, aquele Constitucionalismo liberal clássico de outrora.

A Regulação econômica como solução contemporânea dos Estados nacionais capitalistas

As linhas ora expostas acerca das principais características históricas dos momentos políticos e jurídicos encontrados na trajetória dos Estados constitucionais modernos e contemporâneos, breves e sucintas, serviram para demonstrar que os processos de mudança verificados nas sociedades modernas cujos Estados tinham por base a vinculação constitucional formal, estavam necessariamente ligados ao modo como se reconhecera liberdade às forças de mercado e às funções do Estado no contexto social e econômico. Pode-se compreender, assim, diante das variantes pelas quais o modo/sistema de produção capitalista se apresentou desde seu advento, como os Estados nacionais evoluíram e se adaptaram às exigências deste modelo de produção, ao mesmo tempo em que criaram suas respostas ideológico-políticas e jurídicas através de suas constituições. Trata-se, evidentemente, de nítida relação de influência direta e simultânea, de duplo sentido, entre os componentes do Direito e do Político-Econômico. Cada um deles influenciando e contribuindo reciprocamente na criação e evolução um do outro.

Diante de tais verificações históricas, parte-se da premissa teórica de que a relação entre os modelos de constituições adotadas pelos Estados nacionais a partir do século XVIII e os sistemas de produção econômicos adotados por tais sociedades desde então, aqui se incluindo os vários estádios de capitalismo experimentados até agora, é, de fato, a grande questão teórica que dá sustentação ao debate acerca dos limites e funções do Estado. E é justamente a análise de tais limites e funções estatais, no âmbito desta intrínseca relação, que traz as respostas e balizas dentro

de um estudo que se propõe verificar as possibilidades de coexistência (contemporânea) da figura do Estado Regulador e Estado Empresário.

Durante a transição entre os modelos de Estado Liberal para o modelo de Estado Social, a mudança de enfoque no tratamento das forças de mercado, conforme dito, é fator determinante na análise constitucional do alcance das funções estatais. No Estado Liberal clássico, não havia na verdade preocupação com a participação estatal na economia, seja como agente econômico ou por meio de qualquer tipo de intervenção indireta, a exemplo de realizações de políticas de planejamento econômico. Todas as ações neste sentido eram função exclusiva dos agentes privados de mercado que, por meio de regras e princípios próprios, seriam os responsáveis pela atuação em todos os segmentos econômicos e pelas eventuais soluções necessárias à resolução de entraves e problemas verificados.

Em seguida, antes da transição para o Estado Social, houve uma compreensão de que este liberalismo desenfreado e não planejado causara muitos problemas sérios no conjunto social e até mesmo econômico. A máxima de que os agentes econômicos pudessem por si garantir o pleno funcionamento do mercado de forma satisfatória e em regime de real concorrência com benefícios múltiplos, gerais e suficientes, não se confirmou. Muitas grandes empresas praticaram concorrência desleal com outras menores, forçando-as a deixar de atuar no mercado ou a vender suas estruturas. Houve concentração de mercado em vários setores, até mesmo com formação de monopólios. Vários setores menos rentáveis sofreram com a falta de investimentos. A falta de padrões de qualidade exigíveis e o descontrole de preços se tornaram entraves à própria saúde do mercado. Sem qualquer atuação estatal efetiva na promoção de políticas sociais e de emprego, as regras de mercado impuseram severas restrições salariais e mínimas condições de trabalho aos operários das indústrias que estavam em plena expansão.

O Estado Social, no plano ideológico e econômico, veio justamente se contrapor a esta visão liberal, propondo uma atuação estatal mais dinâmica e interventiva em vários outros setores importantes até então não atingidos pelo modelo liberal clássico, e pregando que o Estado tinha por função sim a promoção de políticas públicas de caráter social e interventivo, e não apenas de garantidor das liberdades individuais e segurança externa.

Não caberia ao Estado tão somente proteger e garantir as forças de mercado e a liberdade de iniciativa, mas também viabilizar a melhoria de vida da população não agregada ao processo produtivo regular, impor limites à atuação de certos agentes econômicos no interesse do próprio mercado e criar outros meios de participação e acesso social, tanto no âmbito econômico quanto político.

Passou o Estado a agir, devidamente amparado constitucionalmente, como agente econômico, atuando em setores da economia antes de exclusiva atuação privada. Além da prestação de serviços públicos, obrigação sua, originariamente, agora estava o Estado apto a atuar no cenário econômico.

A Constituição de um país já é, por si, a reserva do possível de uma época, de um povo e suas instituições¹²³. O próprio processo político que antecede e justifica a jeitura de uma constituição nacional, quase sempre conflitante e resultante de confrontos ideológicos, apresenta, ao seu término, a opção vencedora da ampla e complexa disputa de interesses e posições opostas, o que dá, à própria constituição decorrente, uma natureza de “consequência possível”, realizável e escolhida. Isto significa dizer que a Constituição jurídica está necessariamente condicionada pela situação histórica real. Em virtude do seu caráter normativo, ordena e estabelece, à sua forma, a realidade social e política que a cerca. Desta realidade, surgem as possibilidades e, paralelamente, os limites da força normativa de uma Constituição¹²⁴.

Dentro das novas perspectivas administrativas implementadas pelas mudanças na forma de atuação estatal, a partir do movimento político e econômico neoliberal surgido no mundo, surge a máxima de que é preciso diminuir o tamanho do Estado em termos gerais, revisando suas funções e finalidades. Busca-se, com isso, dar-lhe novamente as funções e atividades tradicionais de outrora, tirando novamente de sua esfera de atuação a intervenção econômica e social, por meio de políticas e ações

123 A expressão “reserva do possível” aqui utilizada faz referência ao conjunto de conquistas e direitos alcançados pelos grupos de interesses ou setores que viabilizaram a disputa que deu amparo à elaboração do novo Texto Constitucional o que, por consequência, pode ser interpretado como os valores e ideais vencedores ou possíveis, pelo menos em tese (na teoria constitucional), de ser implementados e verificados no cenário jurídico-político.

124 HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Trad. Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

diretas. Passa a iniciativa privada a reivindicar novamente vários espaços que já tivera e que esteve por muitos anos nas mãos do Estado do século XX. Setores e atividades econômicas, e até serviços públicos originalmente executados pelo Estado, foram repassados ao exercício do setor privado, tendo cada caso de atuação privada neste novo cenário as próprias peculiaridades jurídicas e institucionais. Contratos de concessão, autorizações, permissões, regimes especiais e gerais, quebra de monopólios estatais e privatizações passaram a fazer parte desta nova realidade.

A regulação econômica surgiu pois como solução contemporânea dos Estados nacionais capitalistas, promulgando soluções e idéias liberalizantes acerca da relação do Estado com a economia e os agentes de mercado, porém, não mais aquelas soluções e idéias de outrora, formuladas e executadas na fase liberal clássica do capitalismo já experimentado. Como se verificou, inúmeros foram os problemas e até mesmo os entraves ao bom funcionamento das sociedades e dos mercados que adotaram efetivamente este modelo de capitalismo desenfreado e sem limites. Para “justificar” e “explicar” a volta de uma nova concepção liberal de Estado, era necessária uma nova roupagem, com novas estruturas de segurança e viabilidade econômica, bem como um novo (mas nada que alterasse o núcleo das relações de mercado e produção capitalista) arcabouço jurídico e institucional¹²⁵. Caberia ao Estado sair na esfera econômica, dando espaço ao setor privado, e, por meio de mecanismos regulatórios específicos para cada setor, exercer a fiscalização pública necessária, com um mínimo possível de imposição normativa¹²⁶.

Várias explicações foram dadas para justificar a necessidade de se alterar o modelo de Estado intervencionista (social), fora a questão dos altos gastos na sua manutenção em si. Desperdícios de recursos públicos, endividamento progressivo do Estado, ineficiência administrativa, morosidade, burocracia excessiva e crescente corrupção foram também pontos-chaves.

125 Sobre o tema, ver BARROSO, Luiz Roberto. **A crise econômica e o direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

126 “O discurso deste novo tempo é o da desregulamentação, da privatização e das organizações não-governamentais. No plano da cidadania, desenvolvem-se os direitos ditos difusos, caracterizados pela pluralidade indeterminada de seus titulares e pela indivisibilidade de seu objeto. Neles se inclui a proteção ao meio ambiente, ao consumidor e aos bens e valores históricos, artísticos e paisagísticos”. NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Direito Regulatório. A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 18.

Não se pode esquecer, entretanto de que países como o Brasil, a exemplo de vários outros que experimentaram uma industrialização tardia, já chamadas de economias de terceiro mundo, não verificou em sua história um período efetivo de acumulação de capital capaz de garantir, em momentos seguintes, o potencial de investimento necessário ao crescimento da economia e ao estabelecimento de uma prática estabelecida de investimentos privados aptos a desencadear o próprio processo de desenvolvimento das relações de mercado. Por conseqüência, sempre existiu no Brasil uma necessidade muito grande dos investimentos públicos diretos e de uma efetiva participação do Estado no processo de investimentos de capital. A intervenção estatal sempre se fez necessária, de um jeito ou de outro, sempre presente independentemente dos modelos teóricos e políticos adotados em dada época¹²⁷.

Logo após o advento da Constituição de 1988, iniciou-se no Brasil e consolidou-se na década seguinte (1990), uma grande discussão (tanto acadêmica quanto já política) acerca do tamanho do Estado e suas funções, o que, em primeira abordagem, suscita estranheza e preocupação, pois, mesmo com uma Constituição tão jovem, já se buscava uma possível alteração de seu texto, e, quem sabe, até de suas orientações maiores. Não houve uma preocupação real e combativa em se compreender aquele momento histórico de atuação estatal prevista na nossa Constituição, com todos os seus direitos sociais. A questão de ordem já era a adequação do Estado Brasileiro, e, por conseqüência, sua Constituição, ao movimento mundial de esvaziamento do papel do Estado.

As breves considerações acerca da concretização dos direitos e garantias sociais, e a defesa efetiva dos princípios orientadores de um Estado intervencionista, só existiram no âmbito da pesquisa acadêmica e na doutrina especializada do cenário jurídico e algumas áreas afins, mas nunca em um plano institucional político ou de governo. A própria sociedade brasileira, em virtude de tais dificuldades e relativizações, passou a ter pouca crença no arcabouço constitucional. Estava, portanto, consolidado o processo que preparava o cenário das mudanças neoliberais¹²⁸ que, efetivamente, se

127 NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Ob. cit.*, p. 19-20.

128 Não se pode negar que as várias e por vezes profundas reformas constitucionais experimentadas após a promulgação da Carta Magna de 1988, em especial as verificadas na década de 1990, foram realizadas no sentido de adaptar o texto formal constitucional à realidade fática do universo econômico brasileiro (sob

implementou nos anos seguintes. Coloca-se, diariamente e sem maiores pudores, a insatisfação popular com o Estado Brasileiro pesado, gastador e sem capacidade de cumprimento de suas obrigações, como elemento social que justificou e impulsionou este processo nacional, fora as pressões naturais internacionais da marcha globalizante.

Omite-se, entretanto, o fato de que em momento algum o Brasil teve condições governamentais e administrativas reais de concretização das disposições constitucionais características de um Estado social democrata, seja por falta de uma cultura nacional que enxergasse os custos deste processo como naturais e necessários, o que implica dizer que mais uma vez a elite econômica não quis abrir mão das suas potencialidades lucrativas, seja pela falta de condições do parque produtivo nacional e sua força de trabalho (aqui incluindo a massa salarial) cumprir com sua parte neste processo, custeando parte do que deveria ser de sua alçada (como os investimentos em infra-estrutura pela iniciativa privada). Portanto, não foi uma questão de mera escolha política, mas sim de falta de condições estruturais para a implementação de uma nova Constituição que, sem dúvida alguma, passou a existir em um momento histórico que não a privilegiava como mandamento imediato, mas mera orientação para o futuro.

Numa situação dessas, dentro da visão de que a Carta Magna existe para ser implementada e é o código fundamental de uma nação, o que se esperava era uma correção dos eventuais exageros ou desvios do Texto Constitucional, preparando o ambiente nacional em todas as suas variáveis, visando a implementar e concretizar os direitos constitucionais. Porém, no Brasil, o que se viu foi simplesmente a um redirecionamento de intenções que, ao final, resultou numa decisão política de mudança da ordem ideológica do Estado Brasileiro, alinhando-o drasticamente aos anseios do capitalismo contemporâneo, segundo uma visão neoliberal.

A privatização de serviços e atividades empresariais, por paradoxal que possa parecer, foi, em muitos domínios, a alternativa possível de “publicização” de um Estado apropriado privadamente, embora, é verdade,

forte influência internacional, dentro de uma economia globalizada). Tratou-se, na verdade, portanto, de adaptações no âmbito das necessidades fundamentais e nas expectativas da economia do País, dentro de uma idéia sistêmica de mercado, diante das “barreiras” e “incongruências” verificadas originalmente no Texto Constitucional, tão necessário de uma atualização aos novos tempos econômicos.

o modelo escolhido não tenha sido o da democratização do capital. Ao fim desse exercício de desconcentração, será preciso então repensar qual o projeto de país que se pretende concretizar sobre as ruínas de um Estado que, infelizmente, não cumpriu adequadamente o seu papel¹²⁹.

Diante da decisão política de se reorientar o Estado Brasileiro, em termos de funções e espaço no cenário econômico, as mudanças necessárias a esta concretização foram postas em prática, sem demora, e sem qualquer debate social acerca das novas implicações, e o que elas significavam. Sem qualquer análise de mérito que vise a estabelecer o certo e errado, o oportuno ou inoportuno, o fato é que foi ignorada, durante as reformas econômicas do Estado Brasileiro iniciadas a partir da década de 1990, toda uma orientação estabelecida na Carta originária de 1988, resultado de muitos debates e discussões acaloradas, sem se falar nos inúmeros conflitos e reivindicações anteriores que levaram, de certa forma, à própria redemocratização do país e a feitura de uma nova Constituição. Desconsiderando tudo isto, os idealizadores e realizadores das reformas econômicas constitucionais definiram as mudanças e novas posturas institucionais necessárias ao novo momento.

Extinguiram-se vários obstáculos que impediam ou limitavam a participação do capital estrangeiro no Brasil, em vários setores e destinos do mercado nacional. A Emenda Constitucional nº 06, de 15.08.95, ao suprimir o art. 171 da Constituição Federal, permitiu às empresas estrangeiras direitos e facilidades praticamente idênticos aos oferecidos às empresas nacionais. Esta mesma Emenda Constitucional alterou o art. 176, caput, da Constituição, permitindo que a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica fossem concedidos ou autorizados a empresas constituídas sob as leis brasileiras, dispensada a exigência do controle do capital nacional. Neste mesmo sentido, a Emenda Constitucional nº 07, de 15.05.02, também agiu, quando alterou o art. 178, e a Emenda Constitucional nº 36, de 28.05.02.

Paralelamente, ainda como requisito necessário à implementação desta nova orientação estatal, a segunda vertente das reformas buscou modificar o ambiente dos monopólios estatais, flexibilizando-os. Neste sentido, vislumbrou-se a Emenda Constitucional nº 05, também de

129 Moreira NETO, Diogo de Figueiredo. *Ob. cit.*, p. 22.

15.08.95, que ao modificar o § 2º do art. 25 da Constituição, permitiu a possibilidade de os Estados-membros concederem às empresas privadas a exploração dos chamados serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado, antes executados por empresas sob controle acionário estatal. Assim também ocorreu com os setores de telecomunicações, radiodifusão sonora e imagens. A Emenda Constitucional nº 09, de 09.11.95, flexibilizou o monopólio estatal do petróleo, permitindo que a União Federal, facultativamente, contratasse com empresas privadas as atividades de pesquisa e lavra de jazidas de petróleo, gás natural, outros hidrocarbonetos fluidos, a refinação do petróleo, a importação, a exportação e o transporte dos produtos e derivados básicos de petróleo, o que antes era vedado.

Por fim, verificou-se um outro tipo de transformação econômica posta em prática, também muito importante. Tratou-se das privatizações, assim denominadas. Fora possível, pela via legislativa ordinária (Lei nº 8.031, de 12.04.90, depois substituída pela Lei nº 9.491, de 09.09.97), sem emendas constitucionais, a criação do Programa Nacional de Privatização, que instituiu alguns objetivos fundamentais como a reordenação da posição do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades exploradas pelo setor público e trazendo certas contribuições para a modernização do parque industrial do País, via ampliação de sua competitividade e reforçando a sua capacidade empresarial nos diversos setores da economia.

A efetivação deste programa de desestatização tem ocorrido efetivamente por meio da alienação, via leilão em bolsas de valores, do controle acionário das entidades estatais, sejam as que exploram atividades econômicas como as que prestam serviços públicos¹³⁰. Ainda na implementação deste programa, verificou-se, claramente, outro mecanismo extremamente importante para os resultados pretendidos, que é a concessão de serviços públicos a empresas privadas, como consequência da venda das ações estatais em bolsa de valores. Viu-se, paulatinamente, a privatização de várias empresas estatais federais e estaduais.

130 SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 16 e ss.

Características e fundamentos jurídico-políticos

O que importa fundamentalmente em uma Constituição é que ela atenda, no seu conjunto interno e sistêmico, às várias relações ou situações que, segundo as condições políticas e sociais do País, mereçam ser disciplinadas com exatidão e de modo a perdurarem no tempo, para que os poderes do Estado não as possam desconhecer, ferir ou deturpar. Estas relações serão menos numerosas e complexas para certos povos e em determinadas épocas, mas serão maiores em número e importância para outros povos e oportunidades, pois, conforme já se disse, não existe modelo finito e acabado de uma constituição, sendo tal modelo elemento vivo de correspondência direta entre um dado povo, um dado momento histórico e um dado arcabouço de circunstâncias políticas, sociais e econômicas¹³¹. A atual Constituição Brasileira, com todas as suas alterações já implementadas, principalmente no aspecto econômico, demonstra esta realidade. Novos fatores e necessidades circunstanciais e estruturais forçaram uma importante e ampla alteração do Texto Constitucional originário, fatores estes não presentes no momento da redação da atual Constituição, em termos de pressão política suficiente para impor sua visão ideológica.

Porém, não há que se falar em diminuição do Estado Brasileiro com tais mudanças, pelo simples fato de ter deixado o Estado de atuar diretamente na execução de atividades econômicas em si. O que houve, por certo, foram mudanças na estrutura e nas formas de atuação deste Estado, cujo papel fora modificado substancialmente em termos qualitativos, mas não quantitativamente, se assim pode-se dizer. O Estado deixou sim de realizar por conta própria a execução direta de várias atividades econômicas e serviços públicos em muitos setores e espaços antes de sua alçada, para agora exercer um outro papel, de certa forma com a mesma importância, que é o papel da regulação e fiscalização destas mesmas atividades e serviços¹³². É, neste cenário, que surge e se situa as agências reguladoras, como instrumentos de atuação estatal.

131 BARROSO, Luiz Roberto. *Ob. cit.*, p. 55.

132 "A redução expressiva das estruturas públicas de intervenção direta na ordem econômica não produziu um modelo que possa ser identificado com o de Estado mínimo. Pelo contrário, apenas se deslocou a atuação estatal do campo empresarial para o domínio da disciplina jurídica, com a ampliação de seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas". Moreira NETO, Diogo de Figueiredo. *Ob. cit.*, p. 25.

O Estado pode atuar no cenário econômico por meio da intervenção regulatória, intervenção concorrencial, intervenção monopolista ou por meio da intervenção sancionatória^{133 134}. Tais modalidades de atuação estatal são perfeitamente possíveis de existirem simultaneamente em um mesmo momento institucional considerado, em vários setores, serviços e atividades diferentes. Existem, ainda, outras classificações, as quais não se pretende exaurir ou analisar de forma pormenorizada neste trabalho, como as que classificam tais modalidades como poder de polícia, incentivos à iniciativa privada e atuação empresarial¹³⁵.

No que se refere a esta última classe, tem-se que o Poder Público atua na atividade econômica (interferindo nela), primeiramente, traçando-lhe o disciplinamento, fazendo isso mediante a edição de leis, de regulamentos e pelo exercício direto do poder de polícia administrativo. Trata-se do exercício das chamadas competências normativas primárias pelo Estado, a quem é dado tal direito-dever, e ainda o exercício de restringir e condicionar o exercício de atividades em favor do interesse coletivo. Em segundo lugar, o Estado atua fomentando (apoiando) a iniciativa privada, muitas vezes incentivando especificamente certos comportamentos ou atividades. São os incentivos fiscais, por exemplo, e certas políticas públicas de fomento de atividades setoriais.

Distinções entre serviços públicos e atividades econômicas. Papel do Estado em cada caso

Numa última forma de atuação, segundo a classificação ora em comento, tem-se um Estado com atuação direta na economia. São, neste caso, visualizados duas hipóteses tradicionais. A prestação de serviços públicos e a exploração de atividades econômicas. No caso dos serviços públicos, estes podem ser prestados tanto de forma direta, pelos órgãos despersonalizados integrantes da Administração, quanto indiretamente, por entidades com personalidade jurídica própria, tudo no âmbito da prestação estatal.

133 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Ob. cit.*, p. 27.

134 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 434-435.

135 Ver: GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

Diante de todas estas possibilidades de atuação do Estado na ordem econômica, sem prejuízo de outros modelos e tipos específicos, já utilizados ou não na história dos Estados contemporâneos, o certo é que suas potencialidades específicas se apresentam como espécies de opções sempre viáveis ao exercício e concretização das várias políticas estatais ligadas aos mais variados modelos de Estado interventor. Neste trabalho, importa apenas a verificação das principais características de duas destas formas específicas de atuação do Estado no domínio econômico, segundo a primeira classificação apresentada: a intervenção regulatória e a intervenção direta (como empresário) na economia (podendo ser pela via concorrencial ou mesmo monopolista, tanto de serviços públicos quanto de atividades econômicas).

No âmbito desta atuação indireta, têm-se duas possibilidades. O Estado pode criar pessoas jurídicas públicas (sejam autarquias ou fundações públicas, as chamadas fundações autárquicas) ou mesmo pessoas jurídicas privadas (como as sociedades de economia mista e as empresas públicas, ambas operando no mercado de forma semelhante e em igualdade de condições com as empresas da iniciativa privada). É por meio de lei, nos exatos termos do disposto na Constituição Federal Brasileira, art. 37, XIX¹³⁶, que este Estado pode outorgar a tais entes constituídos por ele a prestação dos serviços públicos pela via indireta, como a educação, o fornecimento de energia elétrica ou de água potável etc.

Da mesma forma o Estado pode, por meio do instituto da delegação, chamar a iniciativa privada para prestar certos serviços, tudo por meio de contratos específicos, que basicamente ensejam as tipologias da concessão e da permissão. Lembramos que recentemente a prática administrativa tem criado outras formas de delegação, muitas vezes chamadas de terceirização de serviços, aqui se incluindo vários tipos de atos negociais, como o contrato da gestão¹³⁷. Tudo isto resta expressamente normatizado

136 Art. 37, XIX, da CF: “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”.

137 “(...) sua finalidade básica é possibilitar à Administração Superior fixar metas e prazos de execução a serem cumpridos pela entidade privada ou pelo ente da Administração indireta, a fim de permitir melhor controle de resultados”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p.261. Ver ainda: PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. **Parcerias na Administração Pública, concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

na Carta Magna Brasileira, no seu art. 175, *caput*¹³⁸. Já no que tange à exploração da atividade econômica, que não se confunde com a prestação de serviços públicos (seja por seu caráter de subsidiariedade, seja pela existência de regras próprias e específicas etc.), tem-se que, diante da adoção do princípio da livre iniciativa, somente em hipóteses restritas e previstas constitucionalmente poderá o Estado atuar diretamente no domínio econômico, como empresário.

Nos termos da atual Carta Magna Brasileira, estas possibilidades são nos casos de imperativo de segurança nacional e relevante interesse coletivo (ambos CF, art. 173, *caput*)¹³⁹ e, ainda, monopólios outorgados à União (exemplo, CF, art. 177)¹⁴⁰. Diante das alterações já introduzidas na Ordem Econômica da atual Constituição, pode-se dizer que a reserva de atividades econômicas postas à disposição do Estado para exploração direta e monopolizada da União foi de fato bastante alterada e flexibilizada¹⁴¹. Não se tratando de monopólio, o Estado deverá atuar de forma direta no domínio econômico segundo as mesmas regras e regime jurídico das empresas privadas.

As novas posturas estatais e culturais necessárias a sua efetiva implementação

Estas duas possibilidades de atuação interventiva estatais simultâneas (regulatória e empresarial) não são antagônicas, nem no aspecto doutrinário classificatório, nem no aspecto institucional-político ou jurídico-constitucional. Esta afirmação é possível em qualquer modelo de Estado que seja admissível a sua intervenção na economia, independentemente de suas posições serem bem definidas ou não à luz da

138 Art. 175, *caput*, da CF: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

139 CF, art. 173, *caput*: “Reservados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

140 Exemplos previstos no CF, art. 177: “Constituem monopólio da União: – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos; II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III – a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores (...)”.

141 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Ob. cit.*, p. 29-30.

experiência histórica já verificada, em termos de intervencionismo. Como toda e qualquer transição política, seja ela qual for, instaurada no seio das estruturas de um Estado, as mudanças paralelas e correlatas a esta mudança necessitam de certas atualizações, inclusive o novo Direito correspondente (a nova estrutura de direito positivo criada – nova ordem jurídica instaurada). E aqui não se está fazendo referência simplesmente à criação das regras e princípios, mas sim a uma nova cultura institucional ante as novas exigências.

Levando em consideração que as mudanças instituídas no Brasil acerca das reformas econômicas não tiveram debate profundo e tecnicamente completo no seio de sociedade e nem mesmo do próprio mercado, mesmo que fosse, à época, um reclame de grande parte da elite econômica, o fato é que, também institucionalmente, o País não tinha aprendido ainda com sua curta e recém-conquistada história democrática a conviver com os vários e novos institutos e lógicas a serem observados nesta nova orientação estatal; malgrado, ainda, o fato de que não estava muito claramente demonstrado politicamente ser a escolha de retirada do Estado da economia uma opção plenamente aceitável nos termos em que foi instituída. Havia muitas pendências sociais constitucionais ainda não concretizadas que, certamente, sofreriam com esta alteração.

Nem mesmo o Governo que iniciou as transformações (Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, de 1995 a 2002) teve tempo de implementar todas as variáveis políticas necessárias ao bom funcionamento do Estado Regulador, ainda existindo de forma bem enraizada em nossa cultura política a idéia de que o Estado tudo pode e não iria ficar distante das decisões econômicas tomadas pelas empresas que agora estavam sob os olhares dos entes reguladores. Problemas de independência e respeito decisório passaram a fazer parte do cotidiano destas novas agências reguladoras em relação às pastas ministeriais a que estavam vinculadas, pois, obviamente, Governo nenhum iria abrir mão de pôr em prática suas políticas administrativas, para as quais foi, inclusive, democraticamente eleito. Não se pode deixar de lembrar que a desestatização de serviços públicos não significou a mudança da sua natureza pública.

Continua o Estado responsável e com deveres claros em relação à prestação adequada destes serviços públicos, pois é seu dever, e direito

imediatos dos cidadãos¹⁴². Desta forma, tem o Estado todo o direito e dever de estar em permanente contato e fiscalização com as empresas privadas que executam estes serviços, sem que isso possa ser entendido como ingerência administrativa ou interferência do Governo no mercado ou nas agências reguladoras¹⁴³. Tais obrigações decorrem diretamente das novas funções do Estado na economia: as funções de planejamento, regulação e fiscalização. Assim, por força de modificações introduzidas por emendas à Constituição de 1988, passaram a existir, com amparo constitucional, órgãos reguladores para os mais variados setores, aos quais a legislação infraconstitucional deu autonomia e independência.

É preciso, diante e ciente de tais implicações, enxergarmos que, ao mesmo tempo em que o Estado deixou de ocupar uma posição mais ativa como agente econômico, deixando a cargo da iniciativa privada a execução destas atividades e até mesmo dos serviços públicos, ele assumiu encargos outros de extrema relevância e complexidade, visando justamente a viabilizar o funcionamento e o desenvolvimento desta nova organização, segundo os princípios e reclames ideológicos da atual Constituição que, mesmo já alterada, ainda preserva a sua índole socialdemocrata. Trata-se de uma relação de validade constitucional; ou seja, só é possível o Estado sair do contexto econômico como agente de mercado se o espaço agora ocupado pela iniciativa privada for necessariamente regulado e fiscalizado segundo os ditames constitucionais que identificam e caracterizam o Estado e a Sociedade Brasileira como de índole social. Por mais que se altere a Constituição, jamais o seu “núcleo duro” principiológico e ideológico poderá ser alterado, pois a escolha política fundamental de uma Carta Magna não se altera, apenas se adapta. Somente com outra Constituição, isto seria possível.

142 Vejamos as palavras de Binenbojm sobre a questão: “A desestatização de serviços públicos e atividades econômicas de relevante interesse coletivo não importa, todavia, a sua despublicização. Ao contrário, a transferência ou devolução da execução destas tarefas à iniciativa privada exige antes a republicização dos mecanismos de controle do Estado sobre elas”. BINENBOJM, Gustavo. **As agências reguladoras e o estatuto jurídico de seus dirigentes – controvérsias constitucionais e procedimentos possíveis**, in Livro de Teses do XXV Congresso Nacional dos Procuradores do Estado, Alagoas, 1999, p. 219.

143 “Afirmar o objetivo institucional de regulação como forma de promoção do equilíbrio econômico não significa desconsiderar outros objetivos de política econômica. É possível e necessário fazer um esforço de compatibilização”. FILHO, Calixto Salomão. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 110.

Desta forma, pode-se dizer que alguns princípios e preceitos fundamentais são de importância especial para esclarecer a questão interpretativa da atuação do Estado na esfera econômica¹⁴⁴. Os princípios, como se sabe, são normas jurídicas que impõem um dever-ser, não sendo mero indicativo valorativo¹⁴⁵. Dotados de cogência e imperatividade, não podem ser relegados aos casuísmos de quem quer que seja, pois que são a própria essência e substância da consciência jurídica presente em determinado seio coletivo¹⁴⁶.

O Estado como agente econômico e agente regulador de um mesmo setor

O fato de o Estado poder atuar como agente de mercado (empresário) em setores que experimentam concorrência aberta e que sejam fiscalizados por órgãos reguladores é outro ponto que chama a atenção dos debates. Levando em consideração que o Estado tem o direito de, reconhecendo a importância estratégica, atuar diretamente na economia como agente de mercado, por meio, por exemplo, de empresa de economia mista, sua atuação sempre estará pautada, apesar do caráter privado da atividade, por uma finalidade maior de natureza pública; ou seja, o Estado não estará atuando naquele setor que experimenta concorrência por mero capricho, mas por necessidades especiais que assim exigem. Como exemplo próprio e característico no Brasil atual, tem-se a Petrobrás.

144 TOLEDO, Gastão Alves de. **O Direito Constitucional Econômico e sua Eficácia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 165.

145 “Colocar a existência de efetiva concorrência como garantia institucional mínima do sistema econômico tem uma consequência muito relevante. A afirmação da concorrência como valor mínimo garante a liberdade de escolha e informação o mais abundante possível para o consumidor. A ele caberá descobrir a solução mais adequada para as suas necessidades. Aplicada genericamente, essa afirmação da força cognitiva do Direito implica uma transformação do próprio Direito. Transformação necessária, pois o Direito tem um importante papel cognitivo. Um sistema jurídico que pretende possibilitar à sociedade corrigir a si mesma precisa necessariamente permitir a essa sociedade conhecer a si própria. Em um sistema jurídico assim idealizado as regras jurídicas mudam necessariamente de natureza. Não é mais possível que prevaleçam as regras mandamentais do antigo Estado Liberal. O ordenamento jurídico passa a ser formado precipuamente de regras institucionais e procedimentais. A mudança institucional é, então, obtida não por um experimentalismo político vazio de valores e de discussão política, mas sim de um bem-estruturado e debatido conjunto de valores e regras institucionais”. FILHO, Calixto Salomão. *Ob. cit.*, p. 125.

146 LEITE, George Salomão e LEITE, Glauco Salomão. **A abertura da Constituição em face dos princípios constitucionais**. In **Dos Princípios Constitucionais – Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. George Salomão Leite (org.). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 142 e 143.

Depois de operar sozinha como única empresa apta a executar o monopólio da União no setor de petróleo, a Petrobrás, hoje uma empresa de economia mista, com capital preponderante da União, atua no mercado de forma concorrencial com outras empresas, segundo regras específicas do setor privado. A decisão política do Estado de atuar neste setor, de forma direta, além de atuar de forma indireta, exercendo a regulação via órgão especializado (Agência Nacional do Petróleo e Biocombustíveis - ANP), em nada obstaculiza ou compromete a nova organização das funções estatais no cenário econômico. Pelo contrário. Por que reconhece a importância estratégica de um setor tão delicado como o setor energético e petrolífero, o Estado decidiu ter garantias mais concretas que o mesmo funcionaria segundo interesses mais comprometidos com a estabilidade nacional e com as finalidades públicas que se espera.

Trata-se de uma prerrogativa fundamental dada a um Estado que tem em suas finalidades institucionais a consecução de políticas sociais, o que só é possível realizar tendo ferramentas efetivas de planejamento estatal¹⁴⁷. Não se trata, obviamente, de controle econômico central ou, muito menos, planificação da economia. A própria natureza ideológica da Constituição permite esta dupla ação, uma vez que reconheceu e proclamou tanto a liberdade de iniciativa quanto a consecução dos fins sociais do Estado¹⁴⁸. Exemplo fundamental desta orientação está nos princípios gerais das

147 Ver: Paulo Henrique Rocha Scott: "...quanto ao setor econômico privado, o planejamento surge como uma ferramenta que induz, inspira, persuade alguém a realizar algo. Os agentes econômicos atuantes no setor privado aderirão aos propósitos do plano somente se for da sua conveniência ou, no caso de não haver vantagens explícitas e imediatas, se compreenderem a importância de participarem interativamente com o Estado na busca da concretização de algumas metas que trarão, ao final, resultados que justificarão a sua adesão – o que depende muito da qualidade da proposta estatal, da sua seriedade e da sua habilidade na condução do processo de planejamento, uma vez que o particular precisa saber qual a atuação que pode, ou não desenvolver". SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito Constitucional Econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 134.

148 A Constituição Federal Brasileira em diversas passagens deixa evidenciar esta dupla identidade ideológica, intrinsecamente interdependente e de existência simultânea. Vejamos, por exemplo, tais vertentes de oposição no art. 170 da CF, que, claramente, traz princípios tanto de ordem liberal quanto social-intervencionista: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País". Em seguida, o Parágrafo único do referido artigo diz que "É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".

atividades econômicas previstos constitucionalmente que, claramente, impõem uma natureza relativizada à Ordem Econômica, dando-lhe, ao mesmo tempo, uma conotação liberal e capitalista (liberdade de iniciativa, livre concorrência etc.), mas também uma forte limitação segundo interesse públicos mais amplos e de caráter social (redução das desigualdades sociais e regionais, por exemplo).

Eventuais problemas de influência indevida do Estado no mercado, não sendo caso de monopólio estatal de execução exclusiva, deverá ser resolvido segundo as regras e procedimentos corriqueiros disponíveis e no alcance dos órgãos reguladores. Para isso é que existem a independência e a autonomia de tais agências, que tanto deve atuar com independência dos agentes de mercado, quanto do Governo, quando este for identificado como mais um agente em regime de concorrência.

Não há como deixar de enxergar na Carta Magna Brasileira uma nítida nuança de Constituição dirigente. Neste sentido, compreende-se o alcance de tal classificação doutrinária como de vital importância para a própria consecução dos objetivos constitucionais ali previstos, o que força ao legislador e administrador público a terem de observar a natureza dirigente da mesma e as devidas peculiaridades correspondentes. Neste diapasão, a função planejadora resta como mandamento diretivo para tais agentes públicos no sentido de fazer valer as obrigações sociais e econômicas (bem como as demais) consagradas e prometidas em uma Constituição democrata de cunho dirigente-programático¹⁴⁹. Tal forma de ação estatal é, portanto, vinculada em termos de finalidade, comprometida com o alcance e execução do programatismo constitucional, e se caracteriza pela previsão de determinados comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos¹⁵⁰.

149 “Em suma, a Constituição não passará de um pretensioso, ridículo e caro pedaço de papel, se não pudermos contar com uma cidadania alerta e consciente, que possa exigir o respeito aos seus direitos fundamentais. Infelizmente, se a ignorância do direito parece ser a herança que deixaremos para as futuras gerações, não podemos, honestamente, acreditar que ainda temos futuro, como nação. Será que estamos deixando, para os nossos filhos, os instrumentos necessários para a defesa de sua própria liberdade? Ou será que os estamos condenando à opressão e à miséria? Afinal, a liberdade, para ser conquistada, exige guerras e sofrimentos, mas o arbítrio, a prevalência do poder pessoal, e o exercício autocrático do poder não requerem muito trabalho, nem muita preocupação. Para que sejamos merecedores deles, basta que fechemos os olhos para a realidade”. LIMA, Fernando Machado da Silva. **O sistema constitucional brasileiro e sua efetividade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 07, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3764>>. Acesso em: 12 set. 2006.

150 GRAU, Eros Roberto. *Ob. cit.*, 2003.

O Estado como ente de direito público interno planejador e executor de políticas públicas sociais

A questão é, sobretudo, de decisão política. Precisa-se saber exatamente o que se espera do Estado Brasileiro e no seu futuro como nação. Os valores e os objetivos nacionais precisam estar evidenciados dentro de um projeto claro de nação. De olho, sempre, na Constituição e seus valores e princípios, poder-se-á fazer a escolha de implementá-la, ou ignorá-la, como até agora se fez. A busca por um Estado mais ágil e mais realizador é importante. Neste sentido, passos fundamentais já foram dados, como o deslocamento do papel do Estado na economia e a instituição de uma estrutura regulatória. Acredita-se ser um caminho válido, porém, nada simples. O Brasil de hoje não está apto, de forma alguma, a experimentar um sistema de mercado sem controle permanente e próximo do Estado. Não só pelo fato de assim exigir a Constituição, que, antes de tudo, é uma Constituição Social, mas também porque não se teve uma evolução histórica que permitisse um efetivo amadurecimento do setor privado capaz de dar-lhe a independência tão reclamada. Os investimentos em infra-estrutura continuam a depender do Estado e as novas demandas e necessidades do mercado ainda exigem um Estado atuante e fiscalizador.

Não existe qualquer contradição ou impedimento, seja institucional ou constitucional, para a atuação simultânea do Estado no domínio econômico, tanto como agente de mercado (empresário), quanto regulador. O espaço da iniciativa privada no Brasil já está assegurado e foi devidamente ampliado, com regras claras e propiciadoras de um ambiente institucional que deverá permitir a satisfação das necessidades fundamentais da população, seja ela por serviços públicos ou bens econômicos de qualidade e eficientes.

As regras de fiscalização via órgãos regulatórios são perfeitamente necessárias diante das exigências constitucionais que, além de tal controle sobre o mercado, exigem do Estado uma postura ainda atuante e intervencionista, muitas vezes com atuação direta na economia, o que não poderia ser diferente, em razão da Carta Magna que ainda está em vigência no Brasil. Esperam-se melhorias e acomodações, sejam legais ou mesmo culturais, que permitam ao Estado atuar neste cenário complexo, tanto como ente de direito público interno, responsável por planejar e executar políticas públicas sociais, quanto como agente empresarial, sem

comprometer a nova orientação hoje posta em prática, para que, com isso, a médio e longo prazo, se possa construir um Estado realmente atuante e com funções e dimensões apropriadas às necessidades da sua população, e não simplesmente às necessidades abstratas do cenário internacional ou de alguns poucos.

Referências bibliográficas

- BARROSO, Luiz Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira.** 8 ed. São Paulo: Renovar, 2006;
- BARROSO, Luiz Roberto. **A crise econômica e o direito constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1993;
- BINENBOJM, Gustavo. **As agências reguladoras e o estatuto jurídico de seus dirigentes – controvérsias constitucionais e procedimentos possíveis,** in Livro de Teses do XXV Congresso Nacional dos Procuradores do Estado. Alagoas, 1999;
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 7 ed., São Paulo: Malheiros, 2004;
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica).** 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2003;
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003;
- HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional.** Trad. Pedro Cruz Villalón. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983;
- HORTA, José Luiz Borges. **Epistemologia e Vigor da Teoria do Estado. O Sino do Samuel.** Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, a. III, nº 24, junho de 1997;
- HORTA, José Luiz Borges. **Horizontes Jusfilosóficos do Estado de Direito.** Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2002;
- LEITE, George Salomão e LEITE, Glauco Salomão. **A abertura da Constituição em face dos princípios constitucionais.** In Dos Princípios Constitucionais – Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. George Salomão Leite (org.). São Paulo: Malheiros, 2003;

- LIMA, Fernando Machado da Silva. **O sistema constitucional brasileiro e sua efetividade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 07, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3764>>. Acesso em: 12 set. 2006;
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004;
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1996;
- MOREIRA, Vital. **O Futuro da Constituição**. In GRAU, Eros Roberto e FILHO, Willis Santiago Guerra. *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2003;
- NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Direito Regulatório. A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003;
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. São Paulo: Malheiros, 2001;
- SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito Constitucional Econômico**. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000;
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007;
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001;
- TOLEDO, Gastão Alves de. **O Direito Constitucional Econômico e sua Eficácia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004;

3 O PAPEL DO ESTADO REGULADOR NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Lizziane Souza Queiroz
Fabiano André de Souza Mendonça

O Estado regulador e sua intervenção na atividade econômica

Primórdios da intervenção do Estado na Economia

O Estado vem passando, ao longo de seus séculos de existência, por varias transformações e diferentes modos de atuação. Definir Estado e Economia em vertentes opostas é uma tarefa possível apenas no campo da abstração teórica, pois tais conceitos estão intimamente ligados tanto em seu conteúdo quanto em sua finalidade. Falar em Estado é falar em gerenciamento de recursos públicos em prol do bem comum, no entanto, tal conceito em muito é questionado ao longo da existência do Estado.

Fazendo breve histórico acerca da intervenção do Estado no domínio econômico, temos a época em que este como sendo a própria economia, detentor dos meios de produção e o responsável pela auto-suficiência da comunidade era o chamado “Estado Patrimonial”¹⁵¹, onde a atuação dos poderes públicos ocorria com base na produção direta de bens e serviços,

151 ANDRADE, Rogério Emilio de. **O Preço**: na ordem ético jurídica. São Paulo: Editora Unicamp, 2003, p. 59.

e a partir da realização de obras de infra-estrutura e regulação da atividade econômica dos agentes privados. Nesta época, não havia uma distinção entre o que era público e o que era privado.

Situando-nos à época da Revolução Francesa, temos uma concepção jurídica clássico-liberal acerca do Estado, onde suas atividades estavam nitidamente dissociadas das atividades econômicas, a fim de promover a livre iniciativa dos cidadãos, acreditando ser esta a mola propulsora de sua economia; nesse contexto histórico, o Estado atuava simplesmente como um figurante, onde apenas sua “mão invisível” delinearía os rumos sociais e políticos. Era o Estado Liberal, totalmente abstencionista de suas atividades econômicas.

No entanto, o individualismo típico do sistema capitalista de produção culminou no fato perceptível de que tal sistema não existe sem um mínimo de intervenção, pois o Estado, sendo o disciplinador das relações sociais e sendo o cultivador e semeador da justiça, não poderia deixar de observar as relações depredatórias da livre iniciativa descontrolada, que põe em risco preceitos fundamentais como a dignidade humana e a cidadania, ainda que existam teorias de que a auto-regulação do mercado vislumbraria o conjunto final dos objetivos alcançados pela iniciativa privada, e não analisando individualmente os quais satisfariam o interesse público tal como o Estado assim o quer.¹⁵² É a fase em que o Estado intervém diretamente na economia; é o Estado Prestador de Serviços. Este pode ser visualizado na época da queda da bolsa de Nova Iorque, em 1929.

Finalmente, temos a nossa atual fase, denominada a “era da desregulamentação”¹⁵³. A desregulamentação foi a solução jurídica encontrada para a conciliação da inevitável abertura de mercado que as atividades econômicas necessitam e o papel ativo do Estado nesta seara. Sendo a desregulamentação um processo que atenua o papel de agente normativo do Estado, pode-se dizer que tal processo se torna imprescindível à livre circulação de produtos, pessoas, serviços e capital, fazendo com que o papel de agente regulador do Estado se destacasse diante deste,

152 Sobre isto, há a teoria de Vital Moreira exposta em sua obra *“Auto regulação profissional e administração pública”* em nota de rodapé no livro de Marçal Justen Filho *“O direito das Agências Reguladoras independentes”* Editora Dialética : São Paulo, 2002. P.49.

153 Andrade, Rogério Emilio. **O preço: na ordem ética jurídica.** São Paulo: Editora Unicamp, 2003, p. 79.

tornando-se, assim, um controlador das atividades econômicas essenciais, sem agredir a livre iniciativa do empresariado nacional.

O que se observa com essa breve análise do histórico da intervenção do Estado na economia é uma mudança quanto à atuação deste naquela. A partir do momento em que se tem a ordem política subjugada à ordem jurídica, temos a verdadeira concepção que se entende por Estado democrático de Direito.¹⁵⁴ Com o advento do crescimento populacional, acompanhado de encargos sociais por demais onerosos, adveio o que hoje entendemos por Estado Regulador¹⁵⁵, reduzindo sua intervenção direta no domínio econômico e incentivando a iniciativa privada a exercer atividades antes sob sua égide.

É com base neste papel de agente regulador do Estado que se inicia o presente trabalho, com o intuito de focar como ocorre a “ação”¹⁵⁶ indireta desse, e qual o papel da lei nessa estrutura regulatória.

Sendo a lei uma expressão do conteúdo prescritivo da norma, pretende-se analisar de que forma o Estado Regulador atua na sociedade, enfatizando o aspecto econômico. Para tanto, há que se concentrar no real sentido da lei, seu papel no Direito, sua diferenciação das normas constitucionais, e a sua ligação com as normas de regulação, de forma que reste claro o papel hermenêutico das normas, em especial, da lei, nessa estrutura regulatória.

154 Sobre este assunto, ler Marçal Justen Filho “O Direito das Agências Reguladoras, Editora Dialética : São Paulo, 2002, p.15 a 50.

155 Tomando essa acepção em seu sentido restrito, pois entendendo Estado Regulador em sentido amplo, assim este o foi em toda sua existência, definindo regras e normas para o controle de todos os setores que são inerentes à sua competência de gerência.

156 Nomenclatura utilizada pelo autor Washington Peluso em sua obra **Primeiras Linhas de Direito Econômico**, Ed. Forense, 2000, p.315-316, onde o autor nos explica que o termo “ação” econômica do Estado como expressão genérica, consideramos mais adequado que intervenção, porém que o vocábulo “neoliberal” pouco impreciso procura diferenciar, pelas atribuições de sentidos diferentes para a “Regulação” e “Regulamentação” ... A expressão intervenção, portanto traduz mais propriamente um preconceito liberal, pois nesse caso o Estado estar-se-ia fazendo presente contra aquela ideologia, o que somente seria admitido como exceção. Não atuar economicamente seria a “regra” da livre concorrência. Atuar seria “intervir” contra a regra”.

A atual fase do Estado Intervencionista: O Estado Regulador

Ao falarmos da função reguladora do Estado¹⁵⁷, falamos do modo que este possui para expressar as ações que se voltam à sujeição da realidade ao regramento jurídico já estabelecido; são as ações que visam a enquadrar, ajustar, acertar, moderar ou mesmo reprimir as manifestações dos agentes econômicos que, produzidas irregularmente, estejam desconformes em relação ao modelo traçado pela norma jurídica. Regulação é o meio pelo qual o Estado exerce alguma influência em algum setor, no caso da regulação econômica, no setor econômico. É o meio que o Estado possui a partir de setores os quais ele concedeu à iniciativa privada o exercício de funções, de orientá-la para que alcance os objetivos pretendidos pelo próprio Estado, caso estivesse exercendo a função diretamente.

De acordo com Carlos Ari Sunfeld,¹⁵⁸ o Estado possui uma atribuição básica que é a de intervir na economia, direta ou indiretamente. Já se sabe que este fenômeno da intervenção do Estado na economia tem parâmetros mundiais e a tendência de se adotar modelos regulatórios para esta intervenção tem se manifestado em todo o mundo¹⁵⁹.

No campo doutrinário, há a classificação conhecida de Eros Roberto Grau, o qual divide a intervenção do Estado no domínio econômico

157 A fim de proporcionar o desenvolvimento dos setores fundamentais da sociedade, o Estado investe-se da função de provedor de tais serviços; tal fato se deu em virtude de não haver “concentração de capital suficiente para que particulares desempenhassem tais atividades”; é o que nos revela Rodrigo Santos Neves na **Revista de Direito Constitucional e Internacional** “O Estado Regulador: a dignidade humana com princípio informador da regulação do mercado”, n. 44, jul/set 2004, p. 219. No entanto, com o passar do tempo, tais atividades começaram a demonstrar as falhas naturais da maioria dos serviços desempenhados pela Administração Pública, tais como a ineficiência na prestação do serviço, defasagem no aprendizado e novas técnicas, morosidade e nepotismo.

Sendo assim, o Estado inicia uma fase de retirada de sua atuação no setor, sem, no entanto, perder a gerência dos serviços, por serem de vital importância aos setores base da sociedade.

A fim de alcançar este objetivo, o Estado dispõe de sua função reguladora, na qual a titularidade ainda pertence ao Estado mas a prestação da atividade é executada pela iniciativa privada.

Essa função reguladora é realizada através dos órgãos reguladores ou agência reguladoras, implementadoras das políticas públicas.

158 SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. Cit.*, p.77.

159 O fenômeno da regulação já é sentido com destaque em todo o mundo. Apesar de sua origem não ser detectada precisamente, as agências reguladoras, reflexo imediato de tal fenômeno, teve início nos EUA, sob alguma influência da colonização britânica. De acordo com Marçal Justen Filho, em sua obra “O Direito das Agências Reguladoras independentes”, a primeira grande Agência em solo americano foi a **Interstate Commerce Commission – ICC**, instituída sob a finalidade de o Governo Federal exercer a regulação de uma atividade que se desenvolvia apenas em âmbito Estadual, a atividade ferroviária (p. 78).

em duas áreas bem distintas: intervenção por absorção ou participação; intervenção por direção e indução, como na citação a seguir:

(intervenção por absorção) [...] o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de monopólio [...] quando o faz por participação, o Estado assume o controle de parcela dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de competição com empresas privadas que permanecem a exercitar suas atividades nesse mesmo setor.

No segundo e no terceiro casos, o Estado intervirá sobre o domínio econômico, isto, sobre o campo da atividade econômica em sentido estrito. [...] por direção, o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito. Quando o faz por indução, o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados¹⁶⁰

Em campo específico, dentro de intervenções já intituladas como regulatórias, temos alguns modelos já existentes e que serviram de inspiração para outros em todo o mundo. São os modelos americano e europeu.

O modelo americano é caracterizado pela concessão que o Estado faz de suas atividades às empresas privadas, a fim de promover uma desconcentração e a descentralização¹⁶¹ de serviços públicos exercidos diretamente pelo Estado. Associada a essa concessão foi criado um método regulatório a fim

160 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 3 ed. Malheiros: São Paulo: 2003

161 Maria Sylvania faz distinção entre descentralização e desconcentração em sua obra. Vejamos: “Difere da **desconcentração** pelo fato de ser esta uma distribuição interna de competências, ou seja, uma distribuição de competências dentro da mesma pessoa jurídica sabe-se que a Administração Pública é organizada hierarquicamente, como se fosse uma pirâmide em cujo ápice se situa o Chefe do Poder Executivo. As atribuições administrativas são outorgadas aos vários órgãos que compõem a hierarquia, criando-se uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros. Isso é feito para descongestionar, **desconcentrar**, tirar do centro um volume grande de atribuições, para permitir seu mais adequado e racional desempenho. A desconcentração liga-se à hierarquia”. Di Pietro, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 349 [grifos do original].

de fiscalizar e orientar o mercado para se evitar possíveis práticas abusivas que poderiam surgir no caso de uma situação de monopólio ou mesmo qualquer prática concentracionista tendenciosa. Para exercer essa função reguladora nas concessões dos serviços públicos, são criadas as agências, autarquias de caráter autônomo e com poder normativo, responsáveis pela fiscalização e regulação destes serviços a fim de proteger os consumidores e a própria economia do País¹⁶².

Já o modelo europeu de intervenção econômica caracterizou-se, ao contrário do norte-americano, pela intervenção direta do Estado com a criação de empresas estatais nos setores que se caracterizam como indispensáveis ao pleno desenvolvimento da economia estatal, a fim de evitar o abuso de poder econômico. Era o Estado provedor de bens essenciais¹⁶³.

No Brasil, dentro da análise de Eros Grau, estamos enquadrados no segundo tipo de intervenção, qual seja, intervenção sobre o domínio econômico, alternando elementos de direção e indução; e, quanto aos modelos internacionais de intervenção regulatórios, temos um início da política intervencionista econômica baseada no modelo europeu, onde a criação de empresas estatais proporcionou o impulso econômico observado no País, principalmente durante o período do “Milagre Econômico”, na década de 1970. Os recursos públicos foram a grande chave para que o Brasil crescesse nas mais diversas áreas, principalmente na indústria de base; no entanto, a partir da década de 90, quando inicia o período das privatizações, a postura adotada pelo Estado em anos anteriores começa a se modificar, concedendo à iniciativa privada alguns dos muitos serviços públicos que estavam originalmente sob sua égide.

Observa-se agora o já citado modelo norte-americano de intervenção do Estado na economia, inclusive, trazendo consigo as já consolidadas agências reguladoras, incumbidas de fiscalizar e efetivar os objetivos

162 Alguns dos doutrinadores, como Marçal Justen Filho, em sua obra *O Direito das Agências Reguladoras independentes*, nos informa que... “até por um aspecto histórico, enfrentar a questão das Agências demanda considerar o modelo norte-americano. O estudo desse problema poderia desdobrar-se por longas páginas. Lembre-se que a doutrina norte-americana dedica longas abordagens ao tema” (...) – p. 54. Peter L. Strauss em sua obra “O acesso do público a materiais de regulamentação e seu papel no desenvolvimento desses materiais” in *Direito e Regulação no Brasil e nos EUA no expõe o histórico do modelo norte-americano, e como este influenciou o modelo adotado no Brasil*. FIGUEIREDO, Marcelo (Org.). **Direito e Regulação no Brasil e nos EUA**. Editora Malheiros: São Paulo, p.97.

163 Marçal Justen, *op. cit.* expõe-nos alguns modelos europeus a serem seguidos: o italiano, o francês e o britânico (p. 159 seguintes).

primários do Estado quanto aos serviços públicos, quais sejam os de proporcionar o bem-estar público e, na esfera econômica, defender o consumidor.

Sendo a regulação um instituto inerente às teorias econômicas, é recente a apreciação deste assunto pela seara jurídica¹⁶⁴; no entanto, o Direito de muito tempo se preocupa com a atuação econômica do Estado e quais os limites à sua atividade. Lidar com aspectos da realidade e conformá-los a uma legislação vigente, ou traçar parâmetros para a feitura de novos regramentos, apesar de ser função do operador do Direito, exige esforço e conhecimento técnico do assunto.

Ao nos reportar à idéia de Estado Regulador, estamos falando do próprio fenômeno das agências reguladoras, como citado anteriormente. Já que o Estado se vale destas para efetuar suas políticas públicas e traça as metas formuladas para aquele setor, é mister analisar a atuação destas agências, o modo pelo qual elas se valem da *longa manus* do Estado, e como se valem da Lei para executar tais planos.

As agências reguladoras e seu papel de fiscalizador e implementador dos direitos fundamentais

A regulação como vimos no Brasil é, organicamente, parte de um dos poderes do Estado, qual seja, o Executivo. A função de regulador da economia é uma das acepções em sentido estrito que o Estado possui desde remotos tempos.

164 Oriundo da doutrina econômica, o fenômeno da regulação é uma preocupação jurídica recente. O fato de “juridicizar” tal aspecto da economia fez-se necessário em virtude da abertura de mercado à iniciativa privada, conformando tal fenômeno à necessária intervenção indireta do Estado na Economia; para que a mesma se fizesse, necessária seria a adoção de um método e de regras. De acordo com Calixto Salomão Filho (**Regulação da Atividade Econômica**, São Paulo, Editora Malheiros, 2002, P.13-14) temos que “no sistema brasileiro jamais houve a tentativa de formulação de uma teoria geral da regulação. A razão para tanto é jurídica e simples. Trata-se tradicional concepção do Estado como agente de duas funções diametralmente opostas: a ingerência direta na vida econômica e a mera fiscalização dos particulares. [...] Em um mundo de dicotomia entre a esfera privada e a esfera estatal não havia por razão para descrever a precisão de tal análise. Neste cenário, a preocupação com a regulação, mesmo quando presente, não dava asas a uma manifestação doutrinária ou mesmo uma preocupação prática. O próprio termo ‘regulação’ é, de resto, raramente usado, e, quando o é, geralmente é identificado à auto-regulação ou desregulamentação. [...] A primeira delas é o fato de a teoria da regulação, quando bem aplicada – exatamente o contrário do que tem ocorrido até o momento –, pode representar exatamente a contribuição mais útil de um Estado que decide retirar-se da intervenção econômica direta (através da prestação de uma gama bastante variada de serviços) para sua função de organizador das relações sociais e econômicas [...]”.

A regulação setorial é uma regulação específica, com a preocupação de uniformizar as ações deste setor através da edição de instruções normativas. Geralmente, tal regulação é encarada como um resquício da mão do Estado na economia para que a iniciativa privada não se desvirtue dos objetivos essenciais, principalmente nas indústrias de infra-estrutura.

Esse modelo de regulação é importado do Direito americano e funciona sob a denominação de agências reguladoras. Estas, a fim da boa prestação de seus propósitos, dispõem de certa autonomia em termos hierárquicos, vez que seu diretor geral, apesar de nomeado pelo Presidente da República, possui estabilidade para que os governos posteriores não o destituam¹⁶⁵.

Dentre inúmeras características, podemos destacar que as agências reguladoras são autarquias de regime especial, fazendo parte da estrutura do Poder Executivo; geralmente, tem sua criação prevista em lei – como é o caso da ANP, Lei nº 9.478/97; possui capacidade de auto-administração, apesar de não possuir autonomia legislativa, o que nos remete à tão polêmica discussão acerca do seu poder normativo das mesmas; possuem personalidade jurídica pública; são especializadas naquele setor que regulam, promovendo sua regulação técnica, devendo cumprir as finalidades para as quais foram criadas.

Cabe também a essas agências a resolução de conflitos por meio da arbitragem, podendo recorrer ao Judiciário conforme assegura a Constituição Federal em seu art. 5º, XXXV; promoção da escolha dos agentes privados executores da atividade regulada; divulgação pública da atividade; proteção ao consumidor da atividade privatizada e regulada¹⁶⁶.

Complementando tais informações, temos Helder Pinto e Joyce Silveira¹⁶⁷, que nos mostram certas funções de um órgão de regulação setorial, tais como a regulação de preços por tarifação, instituindo regras tarifárias;

165 Lei nº 9.478 de 06 de agosto de 1997, Art. 11. A ANP será dirigida, em regime de colegiado, por uma Diretoria composta de um Diretor-Geral e quatro Diretores.

§ 1º Integrará a estrutura organizacional da ANP um Procurador-Geral.

§ 2º Os membros da Diretoria serão nomeados pelo Presidente da República, após aprovação dos respectivos nomes pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

§ 3º Os membros da Diretoria cumprirão mandatos de quatro anos, não coincidentes, permitida a recondução, observado o disposto no art. 75 desta Lei.

166 PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.) **Direito Regulatório**: Temas Polêmicos. 2. ed. São Paulo: Editora Fórum, p. 320.

167 PINTO JUNIOR, Helder; PERIM, Joyce. Elementos da regulação setorial e de defesa da concorrência: uma agenda de questões para o setor de energia, **ANP**, p. 3-7.

restringir a entrada e saída dos agentes, a fim de controlar a qualidade, estipulando um padrão mínimo, bem como a fiscalização para que este seja eficaz; a simetria de informações entre regulador e regulado para que aquele não seja capturado por este; a separação de custos e a adoção de mecanismos de incentivos regulatórios.

Em razão do conhecimento específico que cada setor possui, a regulação setorial é competente para dirimir qualquer lide relacionada aos seus agentes, inclusive os econômicos, já que a maioria dos setores regulados atualmente são aqueles relacionados a setores de serviços essenciais à população; tal setorização é importante, pois o know how em seu setor permitir-lhes-á uma solução mais conveniente a fim de promover a eficiência do mercado, ao mesmo tempo em que poderá garantir a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

A atual fase pela qual passamos de intervenção estatal nos esclarece um estado liberal, no qual, ainda que se conceda a execução de serviços públicos à iniciativa privada, não deixa de lado suas funções tradicionais, regulando e fiscalizando tais atividades.

O que se deve ter em mente, quando se trata da atuação das agências reguladoras, são os parâmetros que a ela são traçados por lei; as agências devem se pautar, além dos objetivos econômicos do seu setor, pela proteção e salvaguarda dos direitos fundamentais.

Isto porque, ao falarmos de proteção dos direitos fundamentais em meio à atuação do Estado Regulador, estamos falando da proteção do consumidor ante o empresário detentor de poder econômico; estamos falando do cidadão que tem o direito a um meio ambiente sadio e limpo, ainda que o desenvolvimento econômico seja, por outro lado, um direito constitucionalmente garantido.

Desta feita, o presente capítulo visa a introduzir as funções das agências Reguladoras; já que estão investidas no papel de fiscalizadoras dos setores concedidos à iniciativa privada, possuem o mesmo dever de execução do próprio Executivo.

Isto em todas as searas: econômica, política e social. Isto porque acreditamos ser este o fundamento maior do Estado Democrático de Direito: um Estado que busque a concretização de seus dispositivos constitucionais, uma vez que se acredita que tais dispositivos retratam de forma singular os anseios e necessidades da população.

Nas próximas linhas, analisaremos o que são direitos fundamentais e como estes se concretizam na realidade socioeconômica de nossa Constituição; procuraremos também destacar o forte papel das agências reguladoras, como representante maior do Estado Regulador nos setores privatizados, da concretização e salvaguarda dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais e sua concretização na Constituição Federal

O Brasil, como Estado Democrático de Direito, é um Estado organizado sob a organização sistematizada de leis, geralmente uma Constituição, quando se trata de direito escrito, sob a égide da Democracia, permitido à sociedade amplos poderes de participação na gestão governamental do Estado, geralmente pelo sistema representativo.

Bem se sabe que nem sempre o Estado Democrático de Direito é efetivado como está escrito; o Brasil consagra, no preâmbulo de sua Constituição de 1988, ser um “Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Ao falarmos nestes valores supremos do Estado Brasileiro, falamos dos valores essenciais eleitos pela sociedade, na figura do legislador originário, para figurar como máxima das relações entre os cidadãos. Tais valores supremos são os chamados direitos fundamentais, sobre os quais escreveremos algumas breves linhas.

Evolução e positivação dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são, na visão de Hesse, aqueles que almejam criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana. Conforme pensamento, tem-se que os valores de uma sociedade para outra variam, variando assim os direitos tidos como fundamentais¹⁶⁸.

168 HESSE, Konrad *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 586.

O Estudo dos direitos fundamentais nos remete ao estudo da própria humanidade. O homem, como ser relacionável com outros seres, necessitava de uma ordem, um domínio, que o levasse a ser guiado, sem, no entanto, abrir mão de sua liberdade.

A própria história da efetivação do Estado Democrático de Direito nos remete à idéia da necessidade de ordem de que o ser humano necessitava e até hoje necessita. O problema é como administrar tantos direitos sem, no entanto, retirar-lhes o maior de seus direitos: a liberdade.

Também na Revolução Francesa podemos ter a linha de raciocínio dos direitos fundamentais; com a eclosão deste movimento, consagrou-se a bandeira da defesa dos direitos da liberdade, igualdade e fraternidade.

A importância desta Revolução consiste exatamente na institucionalização dos direitos tidos como fundamentais, que há tanto tempo eram desprezados sem qualquer respeito.

A consagração dos direitos fundamentais como direitos que devem ser levados em consideração para fins de organização de um Estado Democrático proporcionou um avanço considerável na vida do cidadão como ser integrante da sociedade. Obviamente, como sempre houve e ainda há, aqueles que detêm maior parcela do poder econômico e conseguem adentrar a esfera de individualidade do cidadão; entretanto, esse abuso passou a ser visto com maus olhos; o direito infringido agora era direito consagrado como fundamental ao pleno gozo e usufruto de sua vida em sociedade.

Na esteira deste entendimento, os direitos fundamentais passaram cada vez mais a ser objetos de estudos e de verdadeira fascinação dos teóricos. Para fins metodológicos, os direitos fundamentais costumam ser estudados sob a óptica das gerações.

Sendo assim, temos os direitos de primeira geração, que são os direitos de liberdade, os chamados direitos individuais, das quais os titulares são os próprios cidadãos e tais direitos são oponíveis perante o Estado; de acordo com o mestre Bonavides, os direitos de primeira geração traduzem-se como faculdade ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico¹⁶⁹.

169 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p.562.

São os direitos de segunda geração os direitos sociais civis e políticos, até por alguns entendidos como direitos coletivos; diferentemente do entendimento adotado por grandes constitucionalistas ao longo dos estudos feitos da Carta Magna brasileira. Paulo Bonavides considera os direitos de segunda geração como direitos de eficácia plena, imediata. Isto porque muitos insistem em acobertar a eficácia destes direitos sob o manto do caráter programático que atribuem às normas de direitos sociais.

São os direitos de terceira geração os verdadeiros direitos coletivos, que possuem como titular o gênero humano¹⁷⁰, haja vista a tutela destes direitos satisfazer não ao indivíduo em si, mas a toda a coletividade.

Finalmente, os direitos de quarta geração, que, segundo Paulo Bonavides, são os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, ou seja, os direitos do ordenamento jurídico globalizado.

Estudar tais direitos sob a perspectiva destas dimensões não quer dizer que todos nasceram e evoluíram concomitantemente; pelo contrário, os direitos foram-se firmando ao longo da história da humanidade e do próprio direito à medida que alcançavam sua consagração com a institucionalização presente na escrita das cartas políticas constitucionais do Estado.

No caso brasileiro, por exemplo, a consagração dos direitos fundamentais se deu na Carta Constitucional de 1988, no primeiro título denominado “Dos princípios fundamentais”. Daí já se vê, a importância que o legislador originário concedeu aos valores considerados como fundamentais à sociedade brasileira, quais sejam, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Não só no título primeiro, porém, estão os preceitos relacionados aos direitos fundamentais; por todo o corpo da Constituição, detecta-se a consagração dos direitos fundamentais como escopo do Estado Social Democrático de Direito que é o Brasil. A própria consagração dos princípios atinentes à ordem econômica advém dos valores precípuos da liberdade econômica e, também, da dignidade do ser humano em exercer seu poder de comprar, de poder participar da economia globalizada.

170 *Idem*, p. 568.

O que se vê da análise histórica dos direitos fundamentais é que estes podem ser vistos como a retratação legislativa dos valores precípuos da sociedade, confundindo-se até mesmo com os princípios que norteiam o ordenamento jurídico; por que não dizer, então, que os direitos fundamentais são princípios norteadores das ações estatais?!

É neste sentido o intento do presente trabalho: considerar os direitos fundamentais e os seus mecanismos de proteção como princípios norteadores das ações do Estado Regulador, através da ingerência desempenhada pelas Agências Reguladoras.

Nesta linha de raciocínio, analisemos a forma que a doutrina constitucionalista encontrou para se efetivar o conteúdo das normas de direito fundamental.

Os direitos fundamentais e sua concretização

Superadas as distinções conceituais e estruturais atinentes aos direitos fundamentais, é mister traçar algumas considerações acerca da concretização destes direitos consagradas ao longo do tempo.

De início, cumpre ressaltar que os direitos fundamentais, como balizadores de todo o conteúdo material da Constituição, deveriam bastar por si, sem a necessidade de uma garantia para a sua concretização.

Tanto é que os estudos desempenhados pelos doutrinadores alemães (dentre eles, Konrad Hesse¹⁷¹, Friedrich Müller¹⁷², Klaus Stern¹⁷³, Peter Haberle¹⁷⁴ e outros) são todos centrados na figura dominante dos direitos fundamentais, bastando por si próprio; sua concretização dá-se com o entendimento da qualidade fundamental destes direitos fundamentais.

De acordo com o estudo da teoria constitucional, os direitos fundamentais são direitos de peculiar estrutura, que em sua essência carregam

171 HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional alemão**. Porto Alegre: Safe,;

172 MÜLLER, Friedrich. **Concepções modernas e a interpretação dos direitos humanos**, in Teses da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Foz do Iguaçu, OAB, 1994.

173 STERN, Klaus. "Global Constitution Movements and New Constitutions". **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey. Número 2. Julho/Dezembro, 2003.

174 HARBELE, Peter. **Efectividade de los Derechos Fundamentales em el Estado Constitucional de los Derechos Fundamentales: Alemania, España, Francia e Itália**, Madrid, 1991.

o seu próprio mecanismo de proteção e efetivação. Da análise dos direitos fundamentais de segunda geração, se detecta a importância conferida não somente à liberdade individual dos homens uns perante os outros nem deles perante o Estado; da institucionalização dos direitos fundamentais de segunda geração, obtivemos a elucidação de um novo conteúdo dos direitos fundamentais: as garantias institucionais¹⁷⁵, as quais serviriam de limite ao próprio Estado, no intuito de resguardar da intervenção reformadora por parte do legislador ordinário as instituições consideradas fundamentais à sociedade¹⁷⁶.

Para Schmitt¹⁷⁷, em uma acepção ampla, todos os princípios que obrigam o legislador são garantias institucionais; já para Bonavides a maior das garantias constitucionais é aquela que “produzisse os pressupostos fáticos indispensáveis ao pleno exercício da liberdade, e sem os quais esta se converteria numa ficção, conforme ficou sobejamente demonstrado depois que se ultrapassou a universalidade abstrata dos direitos humanos fundamentais da primeira geração”¹⁷⁸.

Em sua essência, os direitos fundamentais carregam não só o seu conteúdo valorativo, mas também as próprias garantias institucionais que permitem sua imponência perante o Estado. Paulo Bonavides acrescenta que, além das garantias institucionais, fazem parte da essência dos direitos fundamentais o sentido objetivo da norma e a qualificação valorativa¹⁷⁹.

Daí por que os teóricos dedicados ao estudo dos direitos fundamentais argumentam que a forma de concretização destes direitos consiste nas diversas técnicas interpretativas, em especial, aquelas extraídas da chamada nova hermenêutica.

Chama-se nova hermenêutica porque utiliza elementos diferenciados da chamada antiga hermenêutica, que se resumia ao mero silogismo do fato à norma. Os métodos lógico, histórico e gramatical já não eram suficientes à interpretação dos direitos fundamentais. A hermenêutica

175 BONAVIDES, Paulo. Op. Cit. p. 565.

176 Carl Schmitt **apud** Paulo BONAVIDES, Op. Cit. p. 566

177 *Ibidem*.

178 BONAVIDES, Paulo. Op. Cit. 567.

179 *Idem*, p. 581.

aplicada aos direitos fundamentais não pode ter a função de mera interpretação, mas sim de concretização dos próprios valores esculpido nos direitos fundamentais.

Isto porque estes direitos não são considerados, quando institucionalizados, meras normas constitucionais como as demais; as normas de direito fundamental são verdadeiros valores que fundamentam toda a Carta Política, em todos os seus aspectos.

Sendo assim, analisemos o método hermenêutico de concretização específico da Constituição e dos direitos fundamentais.

a) Método Hermenêutico da Concretização

Em conformidade ao pensamento de Bruno Galindo¹⁸⁰, existem dois métodos de interpretação destinados à concretização dos direitos fundamentais; um é de Konrad Hesse, com sua hermenêutica concretizante e o outro de Friedrich Müller, com sua metódica estruturante.

Formulada inicialmente por Konrad Hesse em sua obra “A interpretação da Constituição é concretização”, o método hermenêutico da concretização funda-se no fato de que, ao interpretar uma norma, estamos concretizando esta norma. Esta teoria foi baseada nos estudos de Friedrich Müller e na tópica, perfeitamente perceptível na noção por ele informada de que a concretização era mais bem sentida a partir de um problema concreto, que permitiria a racionalização do problema, seu estudo e, conseqüentemente, sua concretização.

De acordo com Bonavides, analisando Hesse, o teor da norma só se completa com o ato interpretativo; por sua vez, a concretização pressupõe uma compreensão do conteúdo da norma que se interpreta “sendo relevante na operação interpretativa o vínculo que prende a compreensão prévia do intérprete ao problema cuja solução se busca”¹⁸¹.

Para Hesse, o método concretista de interpretação gravita ao redor de três elementos básicos: a norma que vai se concretizar, a compreensão prévia do intérprete e o problema concreto a resolver¹⁸².

180 GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais e sua concretização constitucional**. Curitiba: Editora Juruá, 2003.

181 BONAVIDES, Paulo. Op. Cit.. 481

182 HESSE, Konrad *apud* Paulo Bonavides, Op. Cit. p. 482.

É em face destes elementos que Hesse nos diz que a concretização e a compreensão só são possíveis em face de um problema concreto, ao mesmo tempo em que “a determinação de sentido da norma e sua aplicação a um caso concreto constituem um processo unitário, ao contrário de outros métodos que fazem da compreensão da norma geral e abstrata e de sua aplicação dois momentos distintos e separados”¹⁸³.

De acordo com sua obra “A força normativa da Constituição”, Hesse nos explica que a interpretação adequada é “aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”¹⁸⁴.

Para Hesse, o ato de interpretar é o ato de concretizar o conteúdo da norma naquele caso concreto; para o autor, o conteúdo da constituição não está totalmente sistematizado e, a partir da interpretação, é que se tem a própria integração sistemática do conteúdo constitucional. A medida que se interpreta, se concretiza a constituição.

Para se aplicar o método concretizador de Hesse, deve-se ter uma norma a ser concretizada, uma pré-compreensão do seu conteúdo e finalmente o caso prático a ser analisado. Mediante a conjugação destes elementos, tem-se a concretização da norma fundamental, no entendimento de Hesse.

Sendo assim, do método concretizador de Hesse, temos que a interpretação deve encontrar “um resultado constitucional exato através de um procedimento racional e controlável, fundamentar esse resultado com base nesse procedimento e criar certeza jurídica e previsibilidade e não apenas decidir por causa da decisão”¹⁸⁵.

b) Metódica Estruturante

Assim como Hesse, Müller entende a interpretação como concretização do conteúdo da norma, de forma racionalizada. Este método visa igualmente à concretização das normas, em especial as de direito fundamental, permitindo ao jurista, a partir do domínio dos conceitos jurídicos, uma certa liberdade ao interpretar e, dessa forma, concretizar.

183 Ibidem, p. 481-483.

184 HESSE, Konrad *apud* Bruno GALINDO, **Direitos Fundamentais**. Curitiba: Ed. Juruá, 2003.

185 GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais: Análise de sua concretização constitucional**. Curitiba: Editora Juruá, 2003, p. 144.

Para Müller, a norma não deve ser confundida com o texto da norma, assim como defende os grandes teóricos acerca do estudo da norma jurídica. O texto da norma deve ser o ponto de partida para o processo de concretização normativa constitucional.

Esse texto normativo é expressão lingüística da norma, como diria Müller, é um programa de norma, já que não a é efetivamente até que tenha sido interpretada; basicamente, faz parte da estrutura da norma.

Igualmente integrante da estrutura da norma é sua área de atuação, sobre a qual a norma se debruça; é o campo de atuação com os dados extraídos da realidade social abrangidos pela norma.

Para completar, tem-se a chamada norma decisão, que, apesar de não ser a norma propriamente dita, é por meio dela que a norma alcança a sua carga “normativa”, por assim dizer.

Sendo assim, no entendimento de Bruno Galindo, a estrutura normativa resulta “da conexão entre programa e área da norma na norma-decisão. A concretização constitucional então não é reduzida a uma interpretação aplicadora do texto da Constituição, pois este oferece diversas possibilidades de compreensão, constituindo apenas um aspecto parcial da norma, importante, mas não único”¹⁸⁶.

Além de outros quesitos essenciais à complexa teoria da hermenêutica estruturante de Müller, que na oportunidade não serão discutidos em face do exíguo espaço, há que se entender o fato de que a sua teoria atenta para a concretização constitucional, assim como a de Hesse; o diferencial entre ambas está no texto de norma levado em consideração pela teoria de Müller. Apesar de entender que a norma não se resume ao texto pelo qual está representada linguisticamente, não a desconsidera por completo, sendo um importante elemento para a concretização do conteúdo constitucional.

Da análise destas teorias hermenêuticas de concretização do conteúdo constitucional, tem-se nelas a possibilidade de concretização das normas de direitos fundamentais; apesar de, como já salientado, os direitos fundamentais serem norma que possuem alta carga valorativa e que, por si, deveriam se efetivar sozinhos, as teorias ora descritas entendem que a norma verdadeiramente só existe quando interpretada.

186 GALINDO, Bruno. Direitos.... p. 152.

É nesse sentido que configuraremos o papel do Estado Regulador como apto a concretizar as normas de direito fundamental; com base nas ações das agências reguladoras nos setores que regulam é que defenderemos a bandeira da concretização e, conseqüentemente, de sua proteção e salvaguarda, como fim supremo de um Estado Social de Direito.

Regulação e concretização dos direitos fundamentais no Estado Regulador

Como já visto até agora, os direitos fundamentais são direitos que foram positivados ao longo do tempo, apesar de já estarem latentes à sociedade desde seus primórdios.

O ápice da consagração dos direitos fundamentais como valores efetivamente passíveis de proteção deu-se, como visto, em meio à Revolução Francesa, consagrando os direitos de liberdade, igualdade e fraternidade.

Será, porém, que nos dias atuais, tais direitos são efetivamente respeitados e concretizados em nosso dia-a-dia?

O questionamento do presente trabalho é demonstrar de que forma o Estado poderá concretizar os direitos fundamentais mediante sua faceta de reguladora; como os direitos fundamentais poderão se concretizar em meio às prestações do Estado, sendo estas fiscalizadas pelas agências reguladoras.

Tais questionamentos e suas possíveis soluções serão a seguir discutidas.

Os direitos fundamentais e o Estado Regulador: relação conflituosa

Os direitos fundamentais, em todas as suas gerações (ou dimensões, conforme a designação adotada), foram institucionalizados com base na sua importância para a sociedade. Os direitos de liberdade, por exemplo, foram os primeiros a saltar aos olhos a sua importância, dada a mitigação deste direito ante os monarcas; daí o movimento revolucionário em defesa da liberdade que originou o liberalismo em todas as suas searas, principalmente o econômico, que garantia à burguesia a possibilidade de negociar livremente seus recursos, sem a interferência estatal. Já a liberdade individual do cidadão, como membro da sociedade, é que ia ficar mitigada diante do poderio econômico.

É com as demais gerações dos direitos fundamentais que se terá, propriamente dita, a defesa dos interesses do ser humano; a preservação da liberdade individual do ser humano era importante, mas para aqueles que detinham o poder econômico em suas mãos. Os menos favorecidos ficavam à mercê destes e acabavam tendo que se submeter aos seus instintos de sobrevivência. O advento da proteção dos direitos coletivos, do direito ao meio ambiente, da democracia, do pluralismo partidário, permitiu, se não de forma ideal, ao menos em caráter emergencial, que a sociedade pudesse ser responsável por todos os seus integrantes, seja de forma assistencialista ou de modo a fomentar o desenvolvimento destes.

Daí que se tem a necessidade de implementação e efetivação dos direitos fundamentais, em especial, pelo Estado Regulador, atual faceta do Estado ao longo de sua estrutura histórico-político-evolutiva.

Os direitos fundamentais pautam-se pela essência que existe em todo ser humano; é a base que toda sociedade deve possuir, são os valores traduzidos em princípios. Nada mais justo do que o Estado, como ente gestor dos recursos da sociedade, priorize sua atuação em prol da efetividade e salvaguarda destes direitos.

O caráter assistencialista assumido pelo Estado ao longo dos anos permitiu que os cidadãos requeressem perante este a salvaguarda de direitos fundamentais à sua existência. Por ser gestor do patrimônio público, criador e implementador das políticas destinadas à sociedade, é que há um dever do Estado perante a população em garantir trabalho, moradia, saúde, educação, meio ambiente limpo, dentre outros direitos fundamentais.

A partir da abertura da econômica de mercado e da era das privatizações, foram criadas as agências reguladoras, entes fiscalizadores das prestações dos serviços essenciais concedidos à iniciativa privada; com elas, o Estado poderia gerenciar e ordenar os setores abertos à iniciativa privada como forma de não se desvirtuar a finalidade maior dos serviços públicos, que é prover – ao menos em tese – o bem-estar da população.

Entretanto, como bem se observa a tendência mundial, a maioria das agências reguladoras é objeto de domínio por parte da iniciativa privada; é a chamada regra da captura, pela qual os entes privados conseguem manipular as ações das agências da forma que melhor lhes favorecer o mercado competitivo.

Daí a relação conflituosa entre Estado Regulador e os direitos fundamentais: o Estado, deixou de investir em setores econômicos de

infra-estrutura para investir em setores sociais de infra-estrutura social, a fim de alcançar a melhor efetividade dos direitos sociais considerados essenciais à população, criando agências para aqueles setores concedidos à iniciativa privada; por outro lado, estas não alcançam seu escopo de regular cada setor da economia, o que resulta em que todos os direitos – agora tanto os econômicos quanto os sociais – restam prejudicados e carentes de eficácia.

Há de se entender que a concentração do poder econômico atrapalha a implementação e concretização das políticas públicas e planejamento do governo; ainda que o Estado tenha boa intenção, almejando a consagração e efetivação dos direitos fundamentais, tal feito não será possível enquanto não houver uma ação enérgica por parte do Poder Público, no caso em análise, por parte das agências reguladoras.

É por meio destas agências que o Estado Regulador poderá efetivar os direitos fundamentais, concretizando-os.

A intenção em relacionar o Estado Regulador e a efetivação dos direitos fundamentais é exatamente reforçar o papel deste Estado em prover os direitos essenciais à população. E os direitos tidos como essenciais não foram assim delimitados ao livre arbítrio do legislador; pelo contrário, são fruto de uma evolução constante dos valores e necessidades da própria sociedade.

O fato de estes direitos fundamentais serem enquadrados em gerações ou dimensões não significa que eles se esgotem em si mesmo; os direitos são dinâmicos e devem sempre ser observados. O Estado possui o dever de proteger os direitos tidos como fundamentais pelo legislador ordinário e aqueles implicitamente considerados como tais.

Como se verá no próximo tópico, o dever de salvaguarda e efetividade dos direitos fundamentais pelo Estado deve ser levado a cabo como premissa maior do Estado Regulador; as agências reguladoras, ao definir diretrizes aos seus setores, devem primar pela implementação de políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos fundamentais, protegendo-os e conservando-os para as a atuais e futuras gerações.

A concretização dos direitos fundamentais no Estado Regulador

Os direitos fundamentais, como direitos esculpidos no seio da Constituição, devem ser considerados como limites explícitos ao poder regulador do Estado. Isto porque a concretização dos direitos fundamentais deve ser o fim máximo da Constituição.

Ao se procurar efetivar a Constituição, procura-se mesmo é efetivar os direitos fundamentais. Estes são os valores primeiros de todo o corpo constitucional; todos os seus preceitos são destinados à consagração e efetivação dos direitos fundamentais.

Diante do que já foi exposto até agora acerca do poder regulador do Estado e o seu reflexo por meio das agências reguladoras, podemos perceber a sua importância na inserção, manutenção e efetivação dos direitos fundamentais, em especial a partir do fenômeno da privatização ocorrente em nosso País. A própria criação destas agências tem o fim de concretizar os direitos fundamentais, já que a sua criação fundamentou-se na possibilidade de se investir mais no setor social, sem deixar de lado o setor econômico.

No que tange às teorias analisadas, tem-se que o papel principal do Estado, quando incumbido do dever de proporcionar o mínimo de bem-estar social e dignidade aos cidadãos, há que se levar em consideração as técnicas que tem a dispor a fim de proporcionar essas finalidades.

A teoria hermenêutica de concretização nos remete à utilização de três elementos para concretizar a norma: deve-se ter uma norma a ser concretizada, uma pré-compreensão do seu conteúdo e finalmente o caso prático a ser analisado. Mediante a conjugação destes elementos, tem-se a concretização da norma fundamental, no entendimento de Hesse.

Em sendo assim, ter uma norma apta a regular o caso concreto, com a pretensão de ser concretizada, e aí sim tutelar o direito em análise, a sua pré-compreensão e o caso prático a ser analisado se coadunam ao entendimento da atuação das agências reguladoras.

Essas agências reúnem todo esse conteúdo que, no entender de Hesse, deveria existir para a concretização de uma norma, em nosso caso, uma norma de Direito Fundamental: a pré – compreensão da norma e do caso concreto de forma especializada, de modo a entender qual a melhor interpretação a ser dada à norma para que seja concretizada e alcançada a efetividade da norma.

Ao criar as agências reguladoras, o Estado procurou concentrar suas áreas de atuação a fim de tornarem-se mais eficazes suas ações; Ou seja, a partir do momento em que se criaram agências reguladoras específicas para cada setor, almejou-se uma regulação – e, por que não dizer, fiscalização – mais eficaz, a fim de concretizar seus objetivos.

Isto também é sentido até mesmo no chamado “poder normativo” das agências reguladoras que, segundo alguns, possui competência para editar comandos normativos e direcionar o comportamento dos agentes daquele setor, também em busca de maior eficácia no que tange a consagração e implementação das políticas destinadas àquele setor.

O uso da lei como comando normativo utilizado pelas agências reguladoras denota o caráter específico que se procura dar à atuação das agências. Quando falamos em lei, falamos de um comando normativo expedido pelo agente público com o fito de ordenar as relações entre seu público-alvo.

Desta feita, ao invocar o seu poder normativo, as agências visam a efetuar comandos direcionados e concretos a todos os seus agentes e àqueles que porventura venham a ter interesse naquele determinado setor. Ao contrário dos princípios, que funcionam como orientações normativas de caráter bem mais amplo, as leis direcionam o comportamento dos agentes.

Isto não quer dizer que os princípios não possam ser invocados e utilizados a fim de dar concretização às leis emanadas pelo Estado Regulador; pelo contrário. Até mesmo pela função hermenêutica que os princípios possuem, eles podem orientar a aplicação e a efetividade daquela lei, tornando-a perfeita, já que esta assim é considerada quando propaga seus efeitos no mundo jurídico.

Diante de tal realidade, a atuação das agências reguladoras de forma a direcionar a atuação dos entes aos quais foram concedidas as atividades econômicas, deve ser utilizada como meio de concretização dos direitos fundamentais.

É nesse sentido que configuraremos o papel do Estado Regulador como apto a concretizar as normas de direito fundamental; a partir das ações das agências reguladoras nos setores que regulam, é que defenderemos a bandeira da concretização e, conseqüentemente, de sua proteção e salvaguarda, como fim supremo de um Estado Social de Direito.

Se observarmos as teorias hermenêuticas da concretização dos direitos fundamentais, temos que o hermeneuta, quando interpreta as normas, passa a concretizá-las; é essa a bandeira levantada neste trabalho.

Quando uma agência reguladora passa a atuar com base na Constituição, devendo se pautar pelos princípios constitucionais basilares, deve implementar, em sua gestão, não somente a proteção e salvaguarda dos direitos fundamentais, mas também a concretização.

Até mesmo por meio de seu poder normativo, ao emitir decretos, portarias e resoluções, as agências reguladoras podem – e devem – se pautar pelos valores preconizados constitucionalmente mediante os direitos fundamentais.

As agências reguladoras do setor energético, por exemplo, ao determinarem premissas para os seus setores, poderão fazer um prévio estudo de como tais medidas poderão, de alguma forma, auxiliar a proteção do meio ambiente de forma eficaz. No caso do setor petrolífero, por exemplo, a própria fiscalização dos postos de gasolina já é feita no sentido de se adequarem às disposições ambientais, como o licenciamento, a adequação de suas instalações etc. No setor elétrico, as suas redes de infra-estrutura não poderão ser instaladas de forma a prejudicar o meio ambiente saudável.

Tudo depende da integração entre os variados setores que envolvem as ações destinadas à concretização das políticas públicas. A própria interação Executivo e Legislativo é demasiadamente importante para que estas mesmas políticas sejam direcionadas à concretização e efetivação dos direitos fundamentais.

O próprio Executivo, ao decidir acerca das ações sociais, a repartição das receitas, dentre outras medidas diretivas, deve levar em consideração a salvaguarda destes direitos; o Estado deve se conscientizar de todo o aparato administrativo que possui à disposição e começar a utilizá-lo de forma eficaz, revertendo finalmente suas ações em benefícios da sociedade, transformando seus direitos de mera expectativa em realidade.

Não se trata de simples discurso retórico, mas de aplicabilidade dos dispositivos constitucionais; a realidade é que muito se tem falado e pouco se tem efetivado. É assim também com os direitos fundamentais.

As técnicas de concretização dos direitos fundamentais, seja por meio da hermenêutica concretizadora ou por intermédio da estruturante, são apenas uma das muitas facetas para a real efetivação destes direitos.

A Constituição não é mera folha de papel, como disse Lassale; ela é verdadeiramente dotada de força vinculante para todo o Estado em todas as suas esferas de poder, inclusive as agências reguladoras, que atuam como longa manus do Poder Executivo.

Investido no papel de hermeneuta, as agências possuem, sim, condição de implementar as políticas públicas, assim como já o fazem, porém, conferindo efetividade aos direitos fundamentais. Como já mencionado, com arrimo em uma interpretação concretizadora, direcionada à salvaguarda e proteção dos direitos fundamentais, as competências que lhe são atribuídas podem se tornar verdadeiros mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais.

Referências bibliográficas

- ANDRADE, Ronald Castro de. **Defesa da Concorrência na Indústria do Petróleo**. – Trabalho Monográfico para fim de curso, UFRN: Natal, RN, 2005;
- ANDRADE , Rogério Emílio de. **Preço: na Ordem-Ética Jurídica**. São Paulo: Editora Unicamp, 2003;
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Serviços Públicos e Concorrência**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. Nº 233, p. 311 Jul/Set , 2003;
- BERGER, Bill D. **Petróleo Moderno: um manual básico de la indústria** / por Bill D. Berger y Kenneth E. Anderson. Ñ 3rd ed. Ano 1980;
- BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001;
- _____. **Agências Reguladoras. Poder Normativo**. Consulta Publica. Revisão Judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003;
- Boletim Mensal do Gás Natural - Janeiro de 2006**. Disponível em <http://www.anp.gov.br/doc/gas/2006/boletimgas200601.pdf> , p. 27, acesso em 09/04/2006;
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2007;
- CANOTILHO. J.J. GOMES, **Constituição e Teoria da Constituição**, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2002;
- COELHO, Marcelo Medeiros. **A transposição das teorias sobre a institucionalização do Welfare State para os casos dos países subdesenvolvidos**. Texto para discussão nº 695. Instituto de Pesquisa Econômica

Aplicada. ISSN 1415 – 4765. Rio de Janeiro: IPEA, 1999 disponível em <http://www.ipea.gov.br/pub/td/td0695.pdf>;

Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro. Organização: Celso Fernandes Campilongo, Jean Paul Cabral Veiga da Rocha, Paulo Todescan Lessa Mattos. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002;

COSTA, Heloise Helene Lopes da; **A regulação da indústria do Gás Natural no Brasil: Fatos e Desafios.** Tese apresentada para fins de obtenção do título de Mestre em Ciências, COPPE/UFRJ, Março/2003;

CTGÁS – Centro de Tecnologia do Gás Natural. FUNDAMENTOS DO GÁS NATURAL – Trabalho elaborado pelo Centro de Tecnologia do Gás – SENAI – DR/RN, Natal: Outubro/99;

Declaração de Condeixa – Por uma regulação ao serviço da economia de mercado e do interesse público. Documento elaborado na sequência de debates no âmbito do “Fórum de Condeixa” – iniciativa regular do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) – na sessão realizada no dia 4 de outubro de 2002. Disponível no site www.anp.gov.br acesso em 15 de outubro de 2005;

Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional – Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Sergio Antonio Fabris Editora, 1995;

FIGUEIREDO, Marcelo (org.). **Direito e Regulação**, São Paulo: Editora Malheiros, 2004;

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 3ª ed., 2000;

Gás Natural: estratégias para uma energia nova no Brasil [Coordenação de] Edmilson Moutinho dos Santos. São Paulo: Annablume, Fapesp, Petrobrás, 2002;

GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais – Análise de sua concretização Constitucional.** Curitiba: Editora Juruá, 2003;

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 3ª ed. Malheiros: São Paulo: 2003;

HEILBRONER, Robert; THUROW, Lester. **Entenda a Economia – Tudo que você precisa saber sobre como funciona e para onde vai a economia.** Rio de Janeiro: Campus, 2001;

HOLANDA, Sergio Buarque de; **Historia da Civilização Brasileira**, t.1, v.2;

Indústria Brasileira de Gás Natural: regulação atual e desafios futuros:

Séries ANP, Nº II. Rio de Janeiro, 2002;

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das Agências Reguladoras.** Dialética: São Paulo, 2002;

KRAUSE, Gilson G., PINTO JÚNIOR., Helder Queiroz. **Estrutura e Regulação do Mercado de Gás Natural: especificidades do caso brasileiro.** Nota Técnica nº 004 – Setembro de 98. Disponível em www.anp.gov.br acesso em 13 de março de 2005;

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A articulação entre Regulação Setorial e Regulação Antitruste** in Regulação Brasil - Revista da Associação Brasileira de Agências Reguladoras – ABAR. Nº 1, Ano 1. Porto Alegre: ABAR, 2005, p. 69-88;

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Comentários à Lei do Petróleo.** Editora Atlas: São Paulo, 2000;

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A independência das Agências Reguladoras** in Boletim de Direito Administrativo nº 6 JUN/2000, Ed. NDJ;

NEVES, Rodrigo Santos. **O Estado Regulador: a dignidade humana como princípio informador da regulação do mercado.** Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 44 Jul-Set, São Paulo: Editora RT, 2003;

OKOGU, Bright E.; **Issues in global natural gas: a primer and analysis.** International Monetary Fund, disponível no site <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2002/wp0240.pdf> acesso em 14 de março de 2006;

PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.) **Direito Regulatório: Temas Polêmicos.** 2ª edição São Paulo: Editora Fórum;

POSSAS, Mario. **Regulação e incentivo à competição in Regulação, defesa da concorrência e concessões.** Organizadores: Enrique Saraiva, Aketa Peci, Edson Américo Brasília – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002, p. 59 – 68;

Regulação. Número I. Séries ANP. Rio de Janeiro: ANP, 2001;

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento.** São Paulo: Editora Malheiros, 2002;

_____. **Direito Concorrencial: As estruturas.** 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002;

_____. **Direito Concorrencial: As condutas.** São

Paulo, Editora Malheiros, 2002;

_____. **Regulação da Atividade Econômica.** São Paulo: Editora Malheiros, 2002;

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico.** 5ª ed. São Paulo: Editora LTR, 2003;

SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico.** Co-ordenação de Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Editora Malheiros, 2002;

_____. **Serviços Públicos e Regulação Estatal.** Direito Administrativo. Malheiros – SBPD: São Paulo, 2000;

TOAJL, S. B. de B.; CAETANO, Flávio Croce; REGULES, Luis Eduardo; STUCHI, Carolina. **O controle Judicial da atividade normativa das Agências Reguladoras.** Revista Academia Brasileira de Direito Constitucional, nº 2 Paraná: Editora RBDCConst., 2002;

VALDÉS, Ernesto Garzón. **Representación y Democracia.** Revista Doxa, nº 06, 1989, p. 143-163, disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>;

VIDAL, Ernesto. **Representación y Democracia: Problemas Actuales.** Revista Doxa, nº 06, 1989, p. 165-185, disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>.

PARTE 2

Regulação e uso da água no Brasil:
participação popular, subsidiariedade e equilíbrio
ambiental na proteção dos direitos humanos

A regulação econômica na defesa do meio ambiente:
a cobrança da água usada pela indústria do petróleo

REGULAÇÃO E USO DA ÁGUA NO BRASIL: PARTICIPAÇÃO POPULAR, SUBSIDIARIEDADE E EQUILÍBRIO AMBIENTAL NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Patrícia Borba Vilar Guimarães
Yanko Marcius de Alencar Xavier

Introdução

Este trabalho visa a analisar o modelo de controle institucional do setor de águas no Brasil, considerado este como bem público de valor econômico e essencial à qualidade e dignidade de vida humanas, ante os papéis de agentes reguladores, órgãos governamentais, empresas e sociedade civil, como agentes das políticas públicas no setor de recursos hídricos e co-responsáveis pela estruturação de um sistema da gestão de recursos naturais que atue com o devido respeito aos direitos humanos.

Partimos da premissa segundo a qual nem sempre os delineamentos que se seguem, na tentativa de interpretar e aplicar a lei de acordo com a intenção do legislador, são efetivados, em função do contexto social, político e econômico em que o direito atua. Instrumentos de controle são essenciais, portanto, para promover o incremento das possibilidades de conferir eficácia aos textos legais e a atuação dos entes estatais diante

da configuração contemporânea da Administração Pública brasileira. Examinamos o cenário político e econômico da instituição do Estado regulador no País, para contextualizar o ambiente de atuação das agências reguladoras e, em especial, a Agência Nacional de Águas – ANA, discorrendo sobre o seu papel institucional, complementado pela *atuação subsidiária* das demais agências e órgãos do sistema de gerenciamento do setor de recursos hídricos.

Passamos em seguida a uma tentativa de caracterização do princípio da subsidiariedade no atual contexto regulatório, tomando-o como característica da atual política de configuração do Estado regulador e ao mesmo tempo ressaltando sua presença marcante na gestão de águas em nosso País. Finalmente, realizamos uma análise da participação popular como forma de controle externo da atuação do Estado regulador e elemento indispensável ao processo de estabelecimento de níveis satisfatórios de eficácia na implementação da proteção dos direitos humanos mediante o esforço na busca do equilíbrio ambiental e preservação dos recursos hídricos, o que favorecerá o desenvolvimento, igualmente estabelecido como item da agenda dos direitos humanos constitucionalmente descritos no Brasil.

Aspectos institucionais e marco regulatório dos recursos hídricos do Brasil: As relações entre regulação e a reforma do Estado nos anos 1990

O modelo de regulação efetivado por meio de agências reguladoras independentes surgiu como fenômeno que sucedeu a privatização das estatais prestadoras de serviços públicos no Brasil. Este modelo pode ser caracterizado institucionalmente pela independência política e especialização técnica, visando a prover um ambiente propício à atração de investimentos e de fornecimento de estabilidade de investimentos para o capital internacional. Desse modo, as justificativas para a privatização das empresas estatais, num sentido extenso, fundaram-se na baixa capacidade de investimento do Estado em crise, investimentos estes fundamentais para a competitividade das empresas nacionais diante de um ambiente globalizado. Este foco atingiu principalmente as prestadoras de serviços

públicos. Tornou-se essencial para o sucesso do processo de privatização a sustentação de uma nova perspectiva que fornecesse credibilidade política e técnica ao marco regulatório nacional.

Verifica-se que a evolução da forma direta de intervenção do Estado para a sistemática de retração deste, com a relevância de uma função regulatória, levou à criação de órgãos altamente especializados, para estabelecer regras nos mercados então privatizados. No caso do Brasil, foram criadas as agências reguladoras independentes, em 1997, sendo pioneiras a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).

Basicamente, as agências são autarquias sob regime especial, parte da administração pública indireta, e caracterizadas por independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes, autonomia financeira e ausência de subordinação hierárquica. São apontadas algumas dimensões características do arranjo institucional comum da maior parte das novas agências reguladoras independentes, quais sejam: a) os dirigentes das agências possuem mandatos fixos, não coincidentes com o presidente da República, e estabilidade; b) suas indicações, feitas pelo Executivo, precisam ser aprovadas pelo Legislativo; c) as agências não são subordinadas hierarquicamente aos ministérios e constituem a última instância de recurso no âmbito administrativo; d) possuem delegação normativa, poder de instruir e julgar processos e poder de arbitragem; e) possuem orçamento e quadro de pessoal próprio; f) alta especialização e qualificação técnica são exigidas de seu quadro de pessoal. Ressaltamos que “a produção de normas com aptidão para inovar o ordenamento jurídico, criando direitos e obrigações, constituiria, assim, segundo parcela significativa da doutrina nacional e alienígena, autêntica nota característica das agências reguladoras”¹⁸⁷.

Creemos que a independência das agências constitui igualmente uma questão relevante no contexto atual, pois seu isolamento pode ser considerado um aspecto antidemocrático, em face da possível caracterização de um ambiente de atuação tecnocrático-autoritário. Nesse contexto, legitimam-se algumas ações, visando ao controle das agências, como o

187 BINENBOJM, G. (2006) **Uma teoria do Direito Administrativo**. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar. p.260

Projeto de Lei Federal no 3.337/2004, que defende o fortalecimento dos ministérios diante das agências, por meio de iniciativas que estabelecem a obrigatoriedade do contrato da gestão e a passagem das atribuições de outorga e concessão da agência para o ministério, ou mesmo o aprofundamento do controle social, ampliando as esferas de participação popular, bem como a criação de ouvidorias específicas.

A imposição de marcos regulatórios é um dos principais mecanismos de controle previstos no modelo institucional vigente das agências reguladoras independentes, uma vez que as agências estão submetidas a marcos regulatórios que vão desde a própria Constituição Federal até legislações ou instrumentos legais outros mais específicos. Neste sentido, ficaria realçada a presença do Poder Judiciário na tarefa de mediação de conflitos e supervisor das atividades das agências, em função dos marcos regulatórios e de relações contratuais que intervêm nos serviços públicos, fato que marca a atividade delas. Idem para o Ministério Público, no tocante à celebração de termos de ajustamento de conduta ou encaminhamento eventual das ações de sua iniciativa. Ainda no contexto de reformas ocorrido na última década, foi criado um órgão regulador com a competência geral para fundamentar o planejamento nacional do setor de recursos hídricos, a Agência Nacional de Águas – ANA, como autarquia sob o regime especial, com autonomia administrativa e financeira e vinculação ao Ministério do Meio Ambiente.¹⁸⁸

As agências são detentoras de largas parcelas de competência normativa, por meio das quais podem inovar o ordenamento jurídico, expedindo normas gerais e abstratas que vinculam os agentes reguladores e impõem-lhes obrigações. No tocante ao setor de recursos hídricos, a maior expressão do marco regulatório específico é a lei 9.433/97, que, mesmo anterior à criação da ANA, inovou ao instituir novos princípios e modelos da gestão dos recursos hídricos.

188 Criada pela lei 9.984/2000, como agência reguladora do setor de águas, no plano federal.

O âmbito de atuação da Agência Nacional de Águas – ANA

A análise do comportamento institucional representado pela atuação dos órgãos de regulação do setor hídrico, dentre eles as agências de água, conselhos e na base do sistema e os comitês de bacias hidrográficas, insere-se epistemologicamente no contexto das mudanças institucionais e de desenvolvimento, propugnado pela teoria neo-institucionalista de Douglass North.¹⁸⁹ O autor revela-se um dos expoentes de uma das correntes do pensamento econômico liberal contemporâneo, que procura fazer uma abordagem que supõe estreito relacionamento entre a Economia, o Direito e a Política. Segundo a óptica institucional como vetor do desenvolvimento, é útil esta abordagem segundo a qual as instituições são restrições humanamente inventadas que estruturam as interações humanas e constituem-se de restrições formais (regras, leis, constituições) e restrições informais (normas de comportamento, convenções, códigos de conduta auto-impostos) e suas características em fazê-las cumprir. Reside nos aspectos determinantes da interação da lei com as instituições e a política o escopo determinante do desenvolvimento. A busca pela efetividade da atuação pública está calcada na ação conjunta destes três elementos.

No tocante aos aspectos legais do sistema institucional de recursos hídricos, a lei 9.433/97 estabelece que é atribuição da Agência Nacional de Águas – ANA estimular e apoiar as iniciativas voltadas para a criação de órgãos gestores de recursos hídricos, de comitês de bacias hidrográficas e de agências de água.

Os comitês de bacia hidrográfica são a base do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, pois neles são debatidas as questões relacionadas à gestão desses recursos. No tocante à implementação de um comitê de bacia hidrográfica em um rio de domínio da União, a competência pela criação é atribuída às instâncias da ANA, em especial no tocante à aprovação pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos – CNRH, em deliberação que é efetivada por um decreto presidencial. O CNRH também aprova a composição da diretoria provisória do comitê e define um prazo para a sua instalação. Neste caso, caberá à diretoria

189 NORTH, D.C. (2006) *Instituciones, ideología y desempeño económico*. Obtido em <<http://www.elcato.org/node/1272>> Acesso em 25 de setembro.

provisória conduzir a instalação do respectivo comitê¹⁹⁰. Participam dos comitês representantes do Poder Público, dos usuários das águas e das organizações da sociedade com ações na área de recursos hídricos.

Na orientação que baseia a atuação da agência, destaca-se que “é fundamental que, na definição de diretrizes e metas do Plano Nacional de Recursos Hídricos, se busque uma concepção adequada de desenvolvimento para o Brasil, a qual não pode se limitar à promoção de um ciclo de expansão econômica, mas deve conter como elemento essencial, um crescente processo de inclusão social e sustentabilidade ambiental”¹⁹¹, o que referenda uma preocupação formal com aspectos da participação da sociedade nos processos da gestão e revela uma articulação explícita com as questões ambientais.

Além destas atribuições, a ANA apóia a gestão de recursos hídricos nos Estados, mediante a celebração de convênios de cooperação com os órgãos gestores estaduais, para a implementação dos instrumentos da Lei 9.433/97. Ainda a Lei 9.984/00 atribuiu à Agência Nacional de Águas a competência para, em articulação com os comitês de bacia hidrográfica, implantar a cobrança pelo uso dos recursos hídricos de domínio da União. Em respeito aos instrumentos da PNRH, a cobrança é um dos principais instrumentos da gestão dos recursos hídricos. A cobrança também está prevista na esfera estadual, por meio de leis que dispõem sobre as políticas estaduais de recursos hídricos e prevêm como um instrumento da gestão.

A Lei 9.344/97 como referência legal e institucional

Como antes referido, a lei 9.433/97, instituidora da Política Nacional de Recursos Hídricos, surgiu no auge do contexto de desregulação econômica e política experimentada nos anos 1990. Dentre os fundamentos da *Lei de Águas*, destacam-se: os usos múltiplos; o reconhecimento da água como um bem finito e vulnerável, dotado de valor econômico; a adoção da bacia hidrográfica como unidade de planejamento e a gestão

190 Cf. ANA. Obtido em www.ana.gov.br. Acesso em 15 de maio. 2007.

191 ANA/UNESCO. PRODOC 704BRA2041. Diretrizes e metas para o PNRH. Brasília.

descentralizada e participativa.¹⁹² Para atender ao princípio da gestão participativa e descentralizada determinado por lei, as decisões devem ser compartilhadas nos comitês de bacia hidrográfica que deverão, nos planos de recursos hídricos, estabelecer prioridades de uso da água, entre outras atribuições.

A gestão da água como recurso natural escasso baseia-se na necessidade de proteção contra diversas formas de poluição e uso inadequado. É fundada em normas legais que regulam os padrões e critérios e definem a Política Nacional de Recursos Hídricos – PNRH e compõem o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos – SNGRH.

O sistema atual procura agregar os princípios da participação e da representação, que significarão a possibilidade da sociedade intervir no contexto regulatório do setor de águas, ao participar das decisões no plano dos comitês de bacia hidrográfica - CBH. Assume enorme importância para o estabelecimento da democracia a qualidade desta representação. O cidadão está dentro de um alcance mais próximo de uma parte considerável do poder da decisão e do controle em suas relações com o ambiente.¹⁹³ Os comitês de bacia hidrográfica, no contexto do Plano, são canais abertos ao exercício da política e podem contribuir para o empoderamento da sociedade civil¹⁹⁴ no incremento das condições de desenvolvimento sustentável e preservação e uso dos recursos naturais.

Alguns dos princípios gerais da Política, trazidos pela Lei de Águas, essenciais ao exame de nosso objeto são:

*A água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico: trata-se da consagração legal do entendimento de que os recursos hídricos são esgotáveis e vulneráveis.*¹⁹⁵ Assim, serão cobrados os usos de recursos hídricos sujeitos à outorga pelo Poder Público. De acordo

192 MACHADO, C. J. S. (2003) **Mudanças conceituais na administração pública do meio ambiente.** *Cienc. Cult.*, Oct./Dec. 2003, vol.55, no.4, p.24-26.

193 CANALI, G. V. et alí. (1999) **Water resources management.** Brazilian an european trends and approaches. Foz do Iguaçu: ABRH/IWRA. p.17.

194 No sentido de que a participação representa a aquisição de poder pela sociedade, ao se envolver em decisões políticas.

195 A Lei n. 9.433/97, em seu art. 19, afirma que a cobrança pelo uso de recursos hídricos objetiva: a) reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor; b) incentivar a racionalização do uso da água; c) obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos.

com o SNGRH, as agências de água serão responsáveis pela cobrança pelo uso de recursos hídricos.

*A bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e a atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos: adoção do princípio de que a bacia hidrográfica é a unidade físico-territorial de planejamento e gerenciamento das águas. Nilson Campos ressalta a inspiração do modelo brasileiro no modelo francês da gestão, no qual “a bacia hidrográfica foi adotada como unidade de gestão onde são tomadas decisões políticas importantes sobre a aplicação de vultosas quantias de recursos financeiros.”*¹⁹⁶

A gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades: a Lei 9.433/97 cria mecanismos institucionais de participação dos cidadãos e comunidades usuárias de recursos hídricos, incluindo seus representantes no Conselho Nacional de Recursos Hídricos e nos comitês de bacia hidrográfica, que integram o SNGRH¹⁹⁷.

O SNGRH possui instâncias deliberativas, técnicas e financeiras, dentre as quais os comitês de bacia hidrográfica integram a instância deliberativa. Compõem ainda o sistema o Conselho Nacional de Recursos Hídricos, a Agência Nacional de Águas, os conselhos de recursos hídricos dos estados e do Distrito Federal, os órgãos dos poderes públicos federal, estaduais, do Distrito Federal e municipais cujas competências se relacionem com a gestão de recursos hídricos, incluindo-se as agências de águas. O sistema nacional é complementado pela atuação dos sistemas estaduais, definidos em legislações específicas.

Os Comitês de Bacia Hidrográfica são órgãos colegiados com atribuições normativas, deliberativas e consultivas a serem exercidas nas bacias hidrográficas de sua área de atuação e devem funcionar como parlamentos com representantes dos diversos setores da sociedade e do Poder Público. De acordo com o art. 39 da lei 9.433/97 os CBH são compostos de representantes: da União; dos estados, municípios e do Distrito Federal, cujos

196 CAMPOS, N.; Studart, T.(Orgs.)(2001) **Gestão das águas**. 2. ed. Fortaleza:ABRH. p.31.

197 Cf. art. 32 e ss que cria o SNGRH, com objetivos de: “I – coordenar a gestão integrada das águas; II – arbitrar administrativamente os conflitos relacionados com os recursos hídricos; III – implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos; IV – planejar, regular e controlar o uso, a preservação e a recuperação dos recursos hídricos; e V – promover a cobrança pelo uso de recursos hídricos”.

territórios se situem, ainda que parcialmente, em suas respectivas áreas de atuação; dos usuários das águas em sua área de atuação; das entidades civis de recursos hídricos com atuação comprovada na bacia.¹⁹⁸

As suas competências são estabelecidas no art. 38 da Lei de Águas: promover o debate das questões relacionadas a recursos hídricos e articular a atuação das entidades intervenientes; arbitrar, em primeira instância administrativa, os conflitos relacionados aos recursos hídricos; aprovar e acompanhar a execução o Plano de Recursos Hídricos da bacia, bem como sugerir as providências necessárias ao cumprimento de suas metas; propor ao Conselho Nacional e aos conselhos estaduais de recursos hídricos as acumulações, derivações, captações e lançamentos de pouca expressão, para efeito da isenção da obrigatoriedade de outorga de direitos de uso de recursos hídricos, de acordo com os domínios destes; estabelecer os mecanismos de cobrança pelo uso de recursos hídricos e sugerir os valores a serem cobrados; estabelecer critérios e promover o rateio de custo das obras de uso múltiplo, de interesse comum ou coletivo. Serão secretariados pelas agências de águas, daí por que a indissociabilidade no estudo de ambos os entes do sistema.

O processo de informação dos usuários do sistema é fundamental para a qualidade da prestação dos serviços e transparência das decisões. Para tanto, a norma em comento também prevê como um de seus instrumentos os sistemas de informação com base nos cadastros de usuários, até então implementados em caráter experimental pela ANA e alguns comitês de bacias, como o CEIVAP. A manutenção do cadastro permite a concessão de outorgas de direito de uso da água e viabiliza a cobrança. O modelo brasileiro da gestão de águas foi calcado no modelo francês, e, no tocante à participação social, pode ser considerado um avanço, uma vez que diversos países desenvolvidos possuem estruturas bastante centralizadas da gestão.

A gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas: nos processos de planejamento e gestão ambiental, a expressão usos múltiplos refere-se à utilização simultânea de um ou mais recursos ambientais por várias atividades humanas na gestão de bacias hidrográficas,

198 A Resolução n. 5 do Conselho Nacional de Recursos Hídricos, de 10 de abril de 2000, regulamentou a criação dos comitês de bacia hidrográfica - CBH.

declarada no artigo 1º, IV da lei 9.433/97. Os usos múltiplos podem ser entendidos como a possibilidade de oferecer uso diversificado da água - geração de energia, irrigação, abastecimento público, pesca, recreação entre outros - de modo a atender às diferentes demandas de utilização com vistas à conservação da qualidade deste recurso natural. A necessidade da gestão de interesses de usuários distintos nas suas respectivas demandas hídricas proporciona uma situação potencial de conflitos, que carece de instrumentos para análise e controle de inúmeros aspectos da disponibilidade e potencialidade do uso da água, gerenciados no contexto dos CBH.

A cobrança pelo uso da água é um dos instrumentos mais polêmicos da Lei de Águas. Instituída como princípio da PNRH, a cobrança tem um efeito pedagógico, uma vez que a imposição de valorização econômica a um bem, recurso escasso, tem o condão de estimular sua utilização racional. Consumir-se-ia menos, para pagar menos. Entretanto, alguns autores e estudiosos do tema questionam essa atribuição de valor econômico, criticando o tratamento de instrumento financeiro dado a um bem essencial à vida humana. O debate dá-se no plano jurídico-político.¹⁹⁹

O fundamento legal para a cobrança pelo uso da água no Brasil remonta ao Código Civil de 1916, quando estabeleceu que a utilização dos bens públicos de uso comum pode ser gratuita ou retribuída, conforme as leis da União, dos estados e dos municípios a cuja administração pertencerem. No mesmo sentido, o Código de Águas²⁰⁰ estabeleceu que o uso comum das águas poderia ser gratuito ou retribuído, de acordo com as leis e os regulamentos da circunscrição administrativa a que pertencessem.

A Lei 9.433/97 definiu a cobrança como um dos instrumentos da gestão dos recursos hídricos e a Lei 9.984/2000, que instituiu a Agência Nacional de Águas – ANA, atribuiu a esta a competência para implementar, em articulação com os comitês de bacia hidrográfica, a cobrança pelo uso dos recursos hídricos de domínio da União. O uso insignificante da água, para atendimento de necessidades básicas e produção de subsistência, não será objeto de cobrança.

A outorga é um instrumento da gestão cujo objetivo é o controle quantitativo e qualitativo dos recursos hídricos, bem como representa uma

199 CAUBET, C. G. (2004) *A água, a lei, a política...e o meio ambiente?* Curitiba: Juruá.

200 BRASIL. CÓDIGO DE ÁGUAS. Decreto-lei 24.642/34.

garantia de acesso do usuário detentor deste direito ao uso da água. Uma cota de disponibilidade hídrica é cedida para uso, por tempo limitado, a determinado usuário. A concessão de outorga está relacionada à prioridade de uso, estabelecida pelos planos diretores de recursos hídricos e obedecem as classes em que os corpos hídricos estiverem enquadrados e, ainda, deverão ser respeitados os usos múltiplos que a água deve possuir.

Como a outorga e a cobrança determinam os recursos úteis ao funcionamento do sistema, a viabilidade da sua implantação repercute na criação de condições institucionais de existência dos CBH.

A gestão de águas doces no Estado do Rio Grande do Norte

No Estado do Rio Grande do Norte o sistema da gestão de recursos hídricos preconizado na PNRH já tem indícios de implementação, sob a gestão do IGARN – Instituto de Gestão das Águas do Estado do Rio Grande do Norte, órgão estadual responsável pela gestão técnica e operacional dos recursos hídricos em todo o Território norte-rio-grandense, e funciona como órgão de apoio do Sistema Integrado de Gestão dos Recursos Hídricos – SIGERH.²⁰¹ No tocante à regulação estadual, esta é realizada mediante a lei 6.908, de 1º de julho de 1996, que dispôs sobre a Política Estadual dos Recursos Hídricos, instituindo o Sistema Integrado de Gestão de Recursos Hídricos, em momento anterior à Lei das Águas, e já foi implementado o Plano Estadual de Recursos Hídricos.

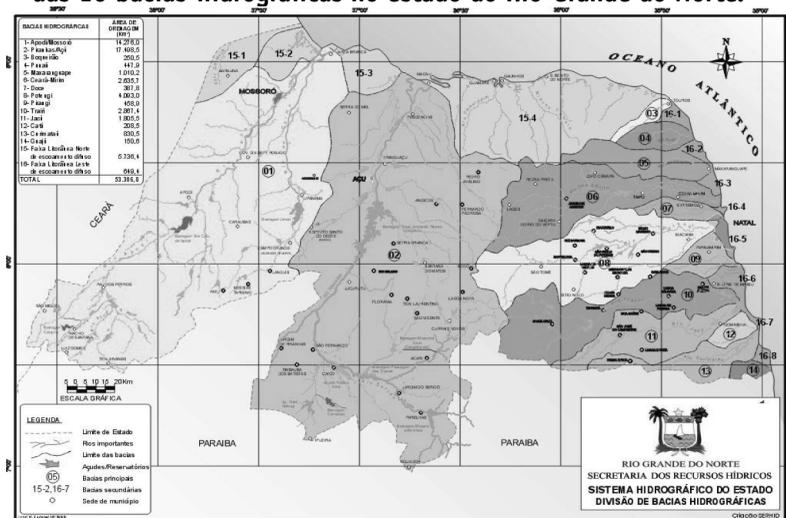
No tocante à instalação dos órgãos integrantes do sistema estadual, no Rio Grande do Norte, mediante o Decreto 17.789/2004, foi instituído o Comitê da Sub-bacia Hidrográfica do Rio Pitimbu, que passou a compor o Sistema Integrado de Gestão de Recursos Hídricos - SIGERH. O Comitê da Sub-bacia Hidrográfica do Rio Pitimbu, sob a dicção de dispositivos do decreto referido, “é um órgão colegiado, com atribuições normativas, deliberativas e consultivas, no âmbito da respectiva sub-bacia hidrográfica e vinculado ao Conselho Estadual de Recursos Hídricos - CONERH”.

201 Criado pela Lei nº 8.086, de 15 de abril de 2002, é uma autarquia vinculada à Secretaria dos Recursos Hídricos, dotada de personalidade jurídica de direito público interno e autonomia administrativa e financeira, com patrimônio próprio. Obtido em < <http://www.rn.gov.br/secretarias/igarn/>>. Acesso em 28 de junho. 2007.

Sua área de atuação está no domínio da Sub-bacia Hidrográfica do Rio Pitimbu, rio estadual, e fica localizada nos Municípios de Natal, Parnamirim e Macaíba. Está definida pelos limites geográficos da Sub-Bacia Hidrográfica do Rio Pitimbu, pertencente à Bacia Hidrográfica do Rio Pirangi, todas importantes áreas de confluência urbana do Estado. Está em curso a elaboração do Plano de Gestão Integrada da Bacia do Rio Pitimbu, como forma de viabilizar os instrumentos preconizados no sistema federal de recursos hídricos.

Pela diversidade de bacias hidrográficas que possui (figura I), caracterizadas em 16 diferentes unidades de gestão, sob o ponto de vista da unidade determinada pela lei 9.433/97, o Estado do Rio Grande do Norte ainda necessita avançar bastante no tocante ao seu sistema da gestão. À exceção do Estado do Ceará, este fato ainda se verifica na mesma proporção e intensidade em relação aos demais estados da região, o que pode significar um enorme contra-senso diante da inserção do Nordeste na porção semi-árida do País e da intensidade e carência do estabelecimento de parâmetros de justiça no tocante ao gerenciamento do recurso natural água.

Figura I – Representação da descrição física das 16 bacias-hidrográficas no estado do Rio-Grande do Norte.



Fonte: <http://www.semarn.rn.gov.br/consulta/mapas/mapaRN_AQ_Bacias.jpg>. Acesso em 29 de junho. 2007.

Por se tratar de bacia de rios de domínio federal, acontece sob a orientação da ANA a formação do Comitê da Bacia do rio Piranhas-Açu, com envolvimento de representantes do IGARN, SERHID, SECTMA – Secretaria do Meio Ambiente e Recursos Hídricos da Paraíba, AESA – Agência Executiva de Gestão das Águas do Estado da Paraíba e DNOCS. Ainda sob esta óptica compartilhada, está em curso a implementação da Regularização de Usos e Apoio ao Gerenciamento de Recursos Hídricos do Sistema Curema-Açu, na bacia do rio Piranhas-Açu, em parceria com a SERHID, SECTMA – Secretaria de Meio Ambiente e Recursos Hídricos da Paraíba, AESA – Agência Executiva de Gestão das Águas do Estado da Paraíba, ANA – Agência Nacional de Águas e SERHID.²⁰²

Caracterização do princípio da subsidiariedade na gestão das águas

O princípio da subsidiariedade pode ser definido como um conceito jurídico-político plurívoco, cuja principal característica é a delimitação das instâncias pertinentes para solução das questões que demandam algum tipo de escolha política. Também pode ser compreendido como a descentralização do poder decisório.²⁰³ Este conceito surgiu no âmbito da doutrina católica, que, ao longo dos séculos, o editou em vários de seus documentos-base, no sentido da busca e valorização do bem-estar coletivo, e está presente no âmbito do direito público, em todo o mundo civilizado, no qual regula a interação dos particulares com a Administração Pública. Em complemento às funções contemporâneas do referido princípio, este representa grande referência em termos do Direito Constitucional e Internacional expresso na Europa Comunitária, idealizada para a reunião de interesses comuns dos países participantes da Comunidade Econômica Européia, e foi valorizado a partir da criação de mais um nível decisório entre os estados participantes.

202 Obtido em <<http://www.m.gov.br/secretarias/igarn/conteudo/principal/servicos.asp>>. Acesso em 28 de junho. 2007.

203 BARACHO, A. de O. (1996) O princípio de subsidiariedade. Conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense. p.11.

Ele se presta ora à explicitação dos termos e do relacionamento entre o Estado e a sociedade civil, ora na determinação das competências entre os órgãos federativos, ou ainda, quando compõe o preceito da atuação subsidiária do Estado na ordem econômica que determina a regulação das atividades produtivas dos particulares, em oposição à execução direta destas atividades pelo próprio Estado.²⁰⁴ Esta óptica coletiva fomenta a adoção de uma forma de administração gerencial que redefine os papéis da administração pública mediante o compartilhamento da autoridade estatal entre os Estados e a sociedade civil, definidora de um Estado subsidiário.

Está presente nos termos da Agenda 21 deve ser encarado nas diversas maneiras de desmembramento do Estado através das coletividades secundárias. Estas coletividades, evidentemente, não possuirão os mesmos poderes do Estado, mas atuarão na sua parcela de composição do ambiente democrático. A sua multiplicidade permite que o princípio de subsidiariedade seja conceituado como “princípio pelo qual as decisões, legislativas ou administrativas, devem ser tomadas no nível político mais baixo possível, isto é, por aqueles que estão o mais próximo possível das decisões que são definidas, efetuadas e executadas”.²⁰⁵ Decorre desta noção de descentralização decisória e, conseqüentemente, da participação de vários segmentos da sociedade o principal elemento presente na metodologia de planejamento e execução das agendas para o desenvolvimento sustentável teorizadas para o século XXI, nos níveis global e local.²⁰⁶ A operacionalização deste princípio está ancorada em considerações de natureza coletiva, mediante as quais se estabelece a confiança dos agentes sociais na sua capacidade executiva, em complemento às funções estatais, bem como na sua vontade e iniciativa voltadas para o bem coletivo. A adoção desta postura passa a definir possibilidades de associação dos diversos stakeholders em agrupamentos, para fins de desenvolvimento de atividades ou gestão de interesses comuns. Nada mais adequado, portanto, como paradigma orientador da gestão dos bens ambientais do

204 TORRES, S. F. (2001) *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar. p.34.

205 Cf. BARACHO. Op. Cit. p.91.

206 O termo global foi utilizado aqui para caracterizar experiências de grande abrangência, relacionadas aos movimentos de *globalização* econômica e política, acentuados desde o último século e atingindo todas as esferas do conhecimento humano.

que o pensamento coletivo em prol da gestão dos recursos naturais para o desenvolvimento sustentável, no contexto local.

Diversas experiências são executadas no plano local, na tentativa de pôr em prática toda a tecnologia e conhecimento organizado para compor – segundo o princípio da subsidiariedade – instâncias de manejo sustentável de atividades que demandam a utilização dos recursos naturais.

Não se trata, entretanto, de mero princípio utilitário, mas se revela autêntico princípio de justiça, diretamente vinculado à defesa dos direitos humanos essenciais à existência digna. Há um elevado conteúdo ético que o princípio assume, o que pode certamente vir ao encontro dos ideais de proteção e equilíbrio ambiental, pelos quais deve ser pautado o desenvolvimento. O Estado Regulador então caracterizado impõe limites à atividade dos entes privados e transforma o Estado em defensor da ordem pública, pois, “desde que fixado o modelo de organização administrativa, ocorre certo equilíbrio entre instituições e órgãos que compõem a organização. Segundo esta ótica o princípio deve ser entendido numa visão ampliada, relacionada aos ideais de justiça, bem como “com as grandes questões inerentes às finalidades e funções do direito”. Nos seus termos mais relevantes para o âmbito deste estudo é também uma garantia contra a arbitrariedade, mediante a justificativa dos atos administrativos e mais, de uma decisão que seja “socialmente aceitável”²⁰⁷.

A função do princípio pode ser ressaltada como parâmetro na reforma do Estado, pois a subsidiariedade rege a ordem econômica, trazendo equilíbrio para a livre iniciativa e o direito à intervenção estatal no livre jogo de mercado, e ao mesmo tempo, fomenta a adoção de uma forma de administração gerencial que redefine os papéis da Administração Pública²⁰⁸. No tocante ao aspecto da gênese do atual contexto regulatório presente no Estado contemporâneo, finalmente, o princípio servirá de norte ao controle desta atividade, seja pela preservação do interesse público, seja pela sua relevância nos vetores de controle participativo previstos em alguns modelos e expressamente definidos em outros, como na gestão de recursos hídricos.

207 Cf. GUIMARÃES, P.B.V.G.; RIBEIRO, M.M.R.; XAVIER, Y.M.A. *Regulação, Princípio da Subsidiariedade e uso da água no Brasil*. Anais do V Congresso Brasileiro de Agências de Regulação. 2007.

208 Cf. TORRES, op. Cit. p.272.

O modelo de regulação brasileiro pode ser caracterizado institucionalmente pela independência política e especialização técnica, visando a prover um ambiente propício à atração de investimentos e de fornecimento de estabilidade para o capital internacional.²⁰⁹ Deste modo, as justificativas para a privatização das empresas estatais em síntese - fundaram-se na baixa capacidade de investimento do Estado em crise, investimentos estes fundamentais para a competitividade das empresas nacionais diante de um ambiente globalizado. Tornou-se essencial para o sucesso do processo de privatização a sustentação de uma nova perspectiva que fornecesse credibilidade política e técnica ao marco regulatório nacional. Verifica-se que a evolução da forma direta de intervenção do Estado para a sistemática de sua retração, com a relevância de uma função regulatória, levou à criação de órgãos altamente especializados, para estabelecer regras nos mercados então privatizados.

No tocante ao setor de recursos hídricos, a maior expressão do marco regulatório específico é a lei 9.433/97 que, mesmo anterior à criação da ANA, inovou ao instituir novos princípios e modelos da gestão dos recursos hídricos. A regulação dos recursos hídricos no País é caracterizada pela diversidade no estágio de implementação. Há estados mais onde o processo de institucionalização possui antecedentes históricos mais sólidos, anteriores à lei 9.433/97, do ponto de vista do elevado nível de instituições e instrumentos disponibilizados e outros ainda estão num estado incipiente de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e seus instrumentos respectivos.²¹⁰

A importância da participação popular nas decisões implica o fato de que a política pública não deve só tentar cumprir prioridades decorrentes de valores, mas facilitar a discussão pública, para reforçar as mudanças e estimular os cidadãos a serem participativos e não apenas aguardarem por assistência. Este elemento de participação popular encontra eco no estudo do princípio da subsidiariedade.

209 Este modelo efetivado por meio de agências reguladoras independentes surgiu como fenômeno que sucedeu a privatização das estatais prestadoras de serviços públicos no Brasil. Cf. PEREIRA, L. C. B. (1997) *A reforma do estado nos anos 90. Lógica e Mecanismos de controle*. MARE. Ministério da Administração Federal e de Reforma do Estado. Brasília: Cadernos MARE.

210 Cf. GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de águas. Disciplina jurídica das águas doces*. São Paulo: Atlas, 2006.

A gestão participativa e descentralizada operacionalizada pelos CBH, no âmbito das competências estabelecidas em lei, acontece por meio da implementação dos instrumentos técnicos da gestão, da negociação de conflitos e da promoção dos usos múltiplos da água. Cabe aos comitês a possibilidade de integração entre as ações governamentais, seja no âmbito dos municípios, dos estados ou da União e buscar a garantia da utilização racional e sustentável dos recursos hídricos.

Dentre as suas competências se destacam: arbitrar os conflitos relacionados aos recursos hídricos naquela bacia hidrográfica; aprovar os planos de recursos hídricos; acompanhar a execução do plano e sugerir as providências necessárias para o cumprimento de suas metas; estabelecer os mecanismos de cobrança pelo uso de recursos hídricos e sugerir os valores a serem cobrados; definir os investimentos a serem implementados com a aplicação dos recursos da cobrança pelo uso da água. No tocante aos estados da Federação, cada um deverá regulamentar os CBH de seu domínio, havendo alguns em elevado estágio de desenvolvimento e outros ainda incipientes nesta configuração.

A composição tripartite dos CBH prevista na lei 9.433/97, conforme nos referimos retro, estabelece a participação do Poder Público em 40%, dos usuários de água em 40% e da sociedade civil em 20%, conforme ritualística própria para a formação deste ente do sistema, que envolve processos participativos e transparentes. Esta composição foi determinada pela Resolução n° 05/02 do CNRH, que alterou os patamares desta proporcionalidade.

Chama a atenção o fato de que o modelo brasileiro, inspirado no modelo francês, ter utilizado o termo usuário de água apenas para os agentes econômicos participantes do sistema, o que exclui o consumidor de água, ao contrário do modelo alienígena originário, onde usuário também significa consumidor final.²¹¹ Este é um fato que não desnatura a presença do princípio da subsidiariedade, mas apenas alerta para a necessidade de um enfoque jurídico diferenciado no tocante à defesa do consumidor de água.

Os instrumentos da lei 9.433/97 que devem ser objeto da discussão nos fóruns de águas, via comitês de bacias hidrográficas, como a cobrança pelo uso da água, atingem apenas os usuários de água bruta, ou seja, captada

211 Cf. CAUBET, op. cit. p.190.

diretamente nos mananciais. O usuário de água tratada, captada da rede de distribuição pública sim, é enxergado como consumidor final e vinculado à concessionária de água (COGERN-RN, CAGEPA-PB, etc).

Regulação e controle: aplicações do princípio da subsidiariedade

O processo de mudança nas configurações estatais no ambiente constitucional contemporâneo e suas relações no ambiente da ordem econômica constitucionalmente definida são ressaltados pela consideração da mudança no Poder Político havida após o processo de redefinição do papel do Estado vivido nos últimos anos, que trouxe variados questionamentos acerca dos pressupostos da nova configuração do Estado, mormente no que toca a sua relação com a ordem econômica. Do ponto de vista das possibilidades de controle da missão administrativa estatal, o novo modelo propicia uma possibilidade de atuação mais efetiva da comunidade destinatária da norma.²¹²

José Eduardo Faria demonstra, entretanto, uma visão bastante crítica em relação às possibilidades e a grande necessidade de controle da atuação dos agentes reguladores, quando acentua que na atual configuração estatal “o controle das decisões destas autoridades reguladoras deixa de ser feito por mecanismos rígidos e formais, passando a ser feito por mecanismos cada vez mais plásticos e finalísticos.” Segundo esse autor, “o grande perigo inerente à conversão de instituições normativas assimétricas e fragmentárias em instrumento de governo [...] é o do retrocesso autoritário.”²¹³ Cremos, no entanto, que o controle judicial das decisões, presente em todas as situações, auxiliado pelo controle político previsto nas instâncias decisórias das agências, poderá suprir défices eventuais de legitimidade democrática no sistema.

As agências, ao seguirem processos decisórios mais flexíveis do que ocorre na Administração Direta, podem vir a admitir maior participação

212 MARQUES NETO, F. de A. (2003) *Agências reguladoras: instrumentos de fortalecimento do Estado*. São Paulo: ABAR.

213 FÁRIA, J. E. (2002) *Regulação, direito e democracia*. São Paulo, Perseu Abramo. p.8.

popular na definição do conteúdo normativo da regulação. A relevância e o impacto da regulação denotam que a atividade não pode ser feita sem mecanismos que tornem seus atos normativos legítimos, daí a necessidade de controlá-las. Nessa perspectiva, a elaboração de procedimentos normativos capazes de promover a participação da sociedade na elaboração das normas e na avaliação de seus reflexos, bem como o tipo de controle a ser realizado pelos três poderes sobre a atividade regulatória, crescem de importância.

Mesmo nos Estados Unidos da América, que inspirou a sistemática das agências reguladoras brasileiras – não obstante os inúmeros pontos das divergências institucionais entre ambos os sistemas – já não se discutem mais aspectos de autonomia das agências” como condição para o exercício técnico e politicamente neutro de suas funções” tendo sido superada este debate pelo “o seu controle político, responsabilidade social e legitimidade democrática.” Acrescenta em síntese esse autor que nos EUA a experiência regulatória mais recente aponta para o estímulo ao controle político, jurídico e social “realizados pelos três poderes e grupos econômicos e sociais organizados”, o que alguns autores denominam de “autonomia reforçada”, e que funcionam como repressão aos mecanismos de captura das agências e de reforço institucional, no sentido do incremento da legitimação social da atividade regulatória.²¹⁴ Para o autor, a “participação popular representa a mais alentada forma de suprimento do problema do déficit de legitimação democrática das agências independentes [...], como forma de reforçar o grau de autoridade das decisões das agências”.²¹⁵

Especificamente no tocante às situações atuação das agências de águas, é importante salientar que existe uma estrutura compartimentada de estabelecimento de competências entre os governos federal, estadual e municipal. A Lei de Águas refere-se a este aspecto nos termos do seu art. 4º “A União articular-se-á com os Estados tendo em vista o gerenciamento dos recursos hídricos de interesse comum.” Nas três esferas é possível contar, em alguns estados da federação, com a presença institucional de agências reguladoras do setor de águas²¹⁶.

214 Cf. BINENBOJM, op. Cit. p.265.

215 Idem. p.289.

216 Cf. ABAR. Obtido em <www.abar.org.br> acesso em 12 de junho. 2007.

Aspectos da descentralização, que remetem ao princípio da subsidiariedade, estão presentes também no delineamento das estruturas da gestão dos recursos hídricos, definidas pela Lei de Águas no Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos - SNGRH, que tem na sua base os comitês de bacias hidrográficas. O compartilhamento da autoridade estatal, presente no Estado subsidiário, virá no intento de harmonizar a liberdade individual com a ordem jurídica e social justa, pois a “idéia de subsidiariedade aparece como perspectiva da autoridade em geral e não apenas da autoridade do Estado”.²¹⁷ A transferência desta autoridade do Estado para o particular, representado nos fóruns de água, os CBH, permite a diluição da responsabilidade em relação ao conteúdo das decisões.

Uso da água e contribuições do modelo de controle participativo: equilíbrio ambiental na promoção dos direitos humanos

O Art. 225 exerce na Constituição Federal brasileira o papel de principal norteador do meio ambiente, em razão do seu complexo teor de direitos, mensurado pela obrigação do Estado e da Sociedade na garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, já que se trata de um bem de uso comum do povo que deve ser preservado e mantido para as presentes e futuras gerações e fornece a base para a discussão acerca da precaução. Neste contexto, em termos específicos para a proteção dos recursos naturais, a água se insere nos elementos que causam maior preocupação aos ambientalistas do mundo todo, em razão da escassez. O desenvolvimento da humanidade está associado aos usos da água e durante milênios a consideramos como um recurso infinito. Apenas há algumas décadas o mundo despertou para a realidade adversa de que, diante dos maus usos, é preciso acabar com a falsa idéia de que a água é inesgotável.

Em 1992, durante a Conferência Internacional sobre Água e Meio Ambiente, realizada em Dublin, o Brasil encontrou o respaldo necessário para fortalecimento do movimento organizado pela sociedade,

217 Cf. CHANTAL-MILLON-DELSOL *apud* GONÇALVES, V.M.N. (2003) *Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na era da globalização*. Rio de Janeiro: Renovar. p. 127.

por técnicos, cientistas e gestores do setor, pela modernização da gestão das águas no País. A Declaração de Dublin reforça-o entendimento da necessidade de atenção especial ao uso da água, tratando que “a escassez e o desperdício da água doce representam sérias e crescentes ameaças ao desenvolvimento sustentável e a proteção ao meio ambiente, a saúde e o bem estar do homem, a garantia de alimentos, o desenvolvimento industrial e o equilíbrio dos ecossistemas estarão sob risco se a gestão da água e do solo não se tornarem realidade na presente década, de forma bem mais efetiva do que tem sido no passado”. Nessa conferência, foram estabelecidos os chamados “Princípios de Dublin” que norteiam a gestão e as políticas públicas para as águas em todo o mundo.²¹⁸

Na Agenda 21 Global, aprovada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento Sustentável, realizada no Rio de Janeiro no mesmo ano, foi recomendado que a ordenação integrada dos recursos hídricos deve estar baseada na percepção de que a água é parte integrante do ecossistema, um recurso natural e um bem social e econômico, cuja quantidade e qualidade determinam a natureza de sua utilização, sendo que a integração dos aspectos relativos às terras e às águas teria que ser feita no nível de bacias hidrográficas. Ainda sobre a água e o desenvolvimento sustentável, é recomendada uma gestão com enfoque integrado, que concilie o desenvolvimento econômico e social com a proteção dos ecossistemas naturais, estabelecendo uma relação entre o uso do solo e da água.

O Relatório de Desenvolvimento Humano do ano de 2006, documento elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, ressalta que a humanidade sofre com a crise mundial da água. O documento mostra que “quase 2 milhões de crianças morrem todos os anos por falta de um copo de água limpa e de um simples banheiro em suas casas. Fora dos domicílios, a disputa pela água para produção se intensifica, prejudicando os menos favorecidos das áreas rurais e o meio ambiente.” Entretanto, a referência principal no texto diz respeito ao fato de que a crise mundial da água não é resultado da escassez, mas sim de que “a pobreza, o poder e as desigualdades é que estão no âmago do

218 DUBLIN.(1992) Declaração de - O.M.M./Conferência internacional sobre água e meio ambiente: o desenvolvimento na perspectiva do século 21, Declaração de Dublin e Relatório da Conferência, Dublin, Irlanda.

problema.”²¹⁹ Esta afirmação se revela numa questão institucional de fundo antidemocrático e de ausência ou precariedade nas políticas públicas.

A despeito deste fato, verifica-se que é crescente o número de organizações no plano global e agentes da sociedade civil engajados na gestão e conservação de recursos hídricos, como elemento fundamental e necessário para promover também equidade, justiça social, distribuição de renda e sustentabilidade em questões que definem os usos, benefícios e ônus das águas, inclusive em nosso País. Os comitês de bacia – verdadeiros parlamentos da água - passam a ser fóruns importantes para a formulação e gestão moderna das políticas e ações voltadas a garantir a sustentabilidade do desenvolvimento, e especialmente do manejo sustentável e conservação dos recursos hídricos, em cotejo com a gestão ambiental²²⁰.

No âmbito da PNRH, o legislador se preocupou em criar modalidades diferentes de organizações civis, englobando tanto associações locais de usuários diretos de recursos hídricos, tais como pescadores ou populações ribeirinhas, quanto organizações com interesse científico, participantes do sistema, incluindo também um conceito de “organizações não-governamentais com objetivos de defesa de interesses difusos e coletivos da sociedade”²²¹, ou seja, não apenas organizações com área de atuação específica ou limitada às questões atinentes aos recursos hídricos participam do sistema. Segundo documento do Ministério do Meio Ambiente, “O principal impacto dessa nova abordagem no Brasil, foi a de reorientar gradualmente a gestão ambiental de uma posição baseada no ‘comando e controle’, ou de exercício de poder de polícia do Estado sobre a utilização dos recursos naturais, para uma postura de gestão econômica dos recursos ambientais”.²²² Este documento evidencia a presença dos conceitos de regulação, compreendida nos aspectos legal e econômico, em oposição ao sistema de comando e controle. Esta passou a ser uma expressão que

219 PNUD. RELATÓRIO DE DESENVOLVIMENTO HUMANO 2006. Obtido em <<http://www.pnud.org.br/rdh/>>. Acesso em 21 de janeiro. 2007.

220 A Gestão Ambiental pode ser definida como o processo de articulação das ações dos diferentes agentes sociais que interagem em um dado espaço, com vistas a garantir a adequação dos meios de exploração dos recursos ambientais - naturais, econômicos e sócio culturais - as especificidades do meio ambiente, com base em princípios e diretrizes previamente acordados/definidos. (LANNA, 2002).

221 BRASIL .Lei 9.433/97, art. 57, IV.

222 Ministério do Meio Ambiente. Gestão ambiental no Brasil. Um Compromisso com o Desenvolvimento Sustentável. Brasília.

identifica uma abordagem em gestão ambiental, antes caracterizada pela centralização das ações governamentais e ora concebida para o estabelecimento conjunto com a sociedade de normas para a gestão dos recursos e controle de danos ao meio-ambiente.

A gestão tem se transformado num importante operador conceitual mediante o qual se confrontam os objetivos de desenvolvimento econômico e de organização dos espaços e do meio-ambiente.²²³ Neste contexto, entretanto, os usos da água envolvem uma interação conflituosa de um conjunto significativo de interesses sociais diversos. Logo, o instrumental para promover a gestão integrada dos recursos hídricos deixa de ser tão-somente técnico e específico do setor, em razão de se tratar de um recurso repleto de interesses políticos, econômicos e culturais no seu uso e apropriação. Para tanto, a busca da sustentabilidade político-institucional da gestão é substituída pelo estilo de ação orientada pela negociação, como aponta Amartya Sen, quando assinala que os juízos de justiça social não requerem precisão absoluta e sim acordos operacionais sobre aspectos elementares de injustiça ou iniquidade graves.²²⁴ Segundo esse autor, a política pública não deve só tentar cumprir prioridades decorrentes de valores, mas facilitar a discussão pública, para reforçar as mudanças e estimular os cidadãos a serem participativos e não apenas aguardarem por assistência.

As pessoas devem se responsabilizar pelo desenvolvimento e mudança do mundo, considerando seu entorno, e reconhecer sua capacidade de intervir nos processos. Para ele, este comportamento tem relevância direta no bem-estar das pessoas e influência indireta na mudança social e na produção econômica, mediante uma preocupação concreta e abrangente com o fortalecimento das liberdades individuais e empenho individual e social em resolvê-las. Logo, o envolvimento com as questões que afetam uma dada comunidade ou setor será mais bem gerenciado no plano local, sobre a qual surtirão os efeitos de sua própria atuação, gerando uma circularidade positiva ao processo. O direito ao meio-ambiente equilibrado, constitucionalmente assegurado e como um dos direitos fundamentais da pessoa humana, é um importante marco na consolidação de uma sociedade democrática, participativa e socialmente solidária.

223 MACHADO, C. J. S. (2003) **Mudanças conceituais na administração pública do meio ambiente**. Cienc. Cult., Oct./Dec. 2003, vol.55, no.4, p.24-26.

224 SEN, A. (2000) **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras. p.320-337.

Em se tratando da água, bem fundamental e essencial à qualidade de vida e item economicamente relevante em razão dos inúmeros processos produtivos e atividades que dela dependem, a interpenetração com o direito ao meio-ambiente protegido e ao atendimento dos múltiplos usos previstos na Lei de Águas ganha relevo proporcional para alcance mesmo do direito ambiental. A definição de direito ambiental tem sido a de ser um direito fundamental que cumpre a função de integrar os direitos à saudável qualidade de vida, ao desenvolvimento econômico e à proteção dos recursos naturais, ou seja, não dissociada do seu conteúdo econômico.²²⁵ Encontra-se neste ponto o alcance inestimável do princípio da subsidiariedade, sobretudo de alcance ético e de justiça, no controle de todos os processos que afetam a proteção dos recursos naturais.

Considerações finais

Procuramos ressaltar ao longo deste trabalho que a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos demandou a criação de mecanismos e instrumentos da gestão pública em nosso País, que vieram encontro das necessidades de reparação de défices democráticos supostamente presentes no ambiente de atuação das agências reguladoras independentes, bem como ao encontro dos anseios de controle dos atos da Administração Pública no contexto gerencial atual.

Como a lei 9.433/97 determinou que a gestão da água deveria contemplar seu uso múltiplo, devendo por isso ser integrada e descentralizada e contar com ampla participação social, de forma a incorporar representantes do Poder Público, dos usuários que dela fazem uso econômico e das diversas comunidades, enxergamos no setor de recursos hídricos, objeto deste trabalho, um ambiente legal e institucional marcado pela presença da subsidiariedade, como princípio basilar. Ao mesmo tempo, procuramos desenvolver uma concepção ainda pouco enfocada pelos doutrinadores do Direito, em especial na seara da regulação, qual seja, o aprofundamento de algumas preocupações teóricas acerca do dilema do controle da atividade das agências. Como procuramos demonstrar, a possibilidade deste controle, mediado pelo princípio da subsidiariedade – nos seus diferentes

225 ANTUNES, P. de B. (2006) *Direito Ambiental*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p.8.

e pertinentes enfoques – está bastante presente na atuação regulada dos recursos hídricos em nosso País.

A evidência da participação popular, conceito emergente em nosso contexto político-jurídico anuncia que o mercado regulatório, em termos de política de águas, está dotado de esferas pragmáticas de atuação, como buscamos demonstrar ao discorrermos sobre o papel dos comitês de bacias hidrográficas – CBH. Num ambiente de reformas que se propugnam para as agências reguladoras, mediante iniciativas e projetos de lei em discussão no Congresso Nacional, com ampla participação de entidades atuantes no mercado e seguramente observados pelo cenário internacional, cremos que a subsidiariedade como princípio de justiça pode representar auxílio neste processo onde há grande preocupação com a legitimidade democrática das decisões, uma vez de há muito superada a questão da autonomia das agências.

Especificamente em se tratando da proteção do meio-ambiente e dos direitos humanos, essenciais a uma existência digna, indiscutível será o valor da participação da sociedade e da descentralização decisória para que seja alcançado um elevado nível de desenvolvimento, ressalte-se, de caráter qualitativo, como reforçam as mais recentes teorias econômicas e indicadores de desenvolvimento ora consensualmente adotados, como o IDH.²²⁶

Para a defesa do meio-ambiente, a subsidiariedade apresenta-se como um dos recursos de maiores condições de apresentação de resultados efetivos em todos os processos de controle das atividades regulatórias que abrangem a utilização dos recursos naturais; principalmente em face da proximidade dos agentes das questões que os afetam e do estabelecimento de um debate, sempre positivo em torno das questões ambientais, no mínimo, de efeito pedagógico nos processos de estabelecimento de uma democracia saudável e que busque o respeito aos princípios da dignidade humana. Se os usuários de água e dos demais recursos naturais podem, no contextura local, participar do debate em torno dos seus usos, é relativamente maior a chance de que a regulação obtenha ganhos em efetividade, exatamente em função da maior legitimidade adquirida.

226 O IDH – índice de desenvolvimento humano adotado pela ONU é a síntese de quatro indicadores: Produto Interno Bruto (PIB) expectativa de vida, taxa de alfabetização de pessoas com 15 anos ou mais de idade e taxa de matrícula bruta nos três níveis de ensino (relação entre a população em idade escolar e o número de pessoas matriculadas no ensino fundamental, médio e superior).

Referências bibliográficas

- ABAR. Associação Brasileira de Agências de Regulação. Obtido em <www.abar.org.br> acesso em 12 de junho.2007;
- ANA. AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. Obtido em <www.abar.org.br> acesso em 28 de junho. 2007;
- ANTUNES, P. de B.(2006). **Direito Ambiental**. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris;
- BARACHO, A. de O. (1996) **O princípio de subsidiariedade. Conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense;
- BINENBOJM, G. (2006) **Uma teoria do direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar;
- BRASIL. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado;
- _____.(1934) CÓDIGO DE ÁGUAS. Decreto–lei 24.642/34.
- _____.(1997)**LEI Nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;**
- _____.(2001)Ministério do Meio Ambiente. **Gestão ambiental no brasil.Um Compromisso com o Desenvolvimento Sustentável**. Brasília,2001;
- _____.(2005) ANA/UNESCO. PRODOC 704BRA2041. **Diretrizes e metas para o PNRH**. Brasília;
- CAMPOS, N.; Studart, T.(Orgs.)(2001) **Gestão das águas**.2ª. ed. Fortaleza:ABRH;
- CANALI, G. V. et al. (1999) **Water resources management. Brazilian an european trends and approaches**. Foz do Iguaçu: ABRH/IWRA;

- CAUBET, C. G. (2004) **A água, a lei, a política...e o meio ambiente?** Curitiba: Juruá;
- DUBLIN.(1992) Declaração de - O.M.M./**Conferência internacional sobre água e meio ambiente: o desenvolvimento na perspectiva do século 21**, Declaração de Dublin e Relatório da Conferência, Dublin, Irlanda;
- FARIA, J. E. (2002) **Regulação, direito e democracia**. São Paulo, Perseu Abramo;
- GUIMARÃES, P.B.V.G.; RIBEIRO, M.M.R.; XAVIER, Y.M.A. (2007) **Regulação, Princípio da Subsidiariedade e uso da água no Brasil**. Anais do V Congresso Brasileiro de Agências de Regulação. Recife-PE;
- GOMES, E. G. M. (2006) **As agências reguladoras independentes e o Tribunal de Contas da União: conflito de jurisdições?**RAP. Rio de Janeiro 40(4):615-30, J u l . /Ago.
- GONÇALVES, V.M.N. (2003) **Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na era da globalização**. Rio de Janeiro: Renovar;
- MACHADO, C. J. S. (2003)**Mudanças conceituais na administração pública do meio ambiente**. *Cienc. Cult.*, Oct./Dec. 2003, vol.55, no.4, p.24-26;
- MARQUES NETO, F. de A. (2003) **Agências reguladoras: instrumentos de fortalecimento do Estado**. São Paulo: ABAR;
- MELO, M. A. (2001)**Política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação**. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 16, jun. 2001;
- NORTH, D.C. (2006) **Instituciones, ideología y desempeño económico**. Obtido em <<http://www.elcato.org/node/1272>> Acesso em 25 de setembro;
- PEREIRA, L. C. B. (1997) **A reforma do estado nos anos 90. Lógica e Mecanismos de controle**. MARE. Ministério da Administração Federal e de Reforma do Estado. Brasília: Cadernos MARE;
- PNUD. **RELATÓRIO DE DESENVOLVIMENTO HUMANO 2006**. Obtido em <<http://www.pnud.org.br/rdh/>> .Acesso em 21 de janeiro. 2007;
- SEN, A.(2000) **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras;
- TORRES, S. F. (2001) **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro:Renovar, 2001.

A REGULAÇÃO ECONÔMICA NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE: A COBRANÇA DA ÁGUA USADA PELA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO

Rafael Silva Paes Pires Galvão
Yanko Marcus de Alencar Xavier
Otacílio dos Santos Silveira Neto

Introdução

Não é dado mais ao intérprete o direito de desconhecer a realidade que o circunda²²⁷. Como se fosse uma premissa lógica²²⁸, importa afirmar que, mudando-se os paradigmas históricos, igualmente o Direito vigente (para não se dizer a própria Ciência que o estuda) há de se transmutar. A

227 O Direito é fruto do processo histórico, modificando-se de acordo com a realidade social vivenciada e construída. Discorrendo sobre o tridimensionalismo, especialmente no que se refere aos fatos naturais, Reale afirma: “onde quer que haja o fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor;” REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. p. 65.

228 A lógica desempenha relevante papel para a formulação do pensamento, notadamente pelo emprego da tautologia como ponto de partida. A tautologia ocorre quando em uma dada fórmula, atômica ou molecular, sua tábua de verdade será sempre positiva, para todos os casos possíveis. Como adverte Guibourg, embora por vezes óbvia, pode ser empregada como ponte para raciocínios mais complexos, (ECHAVE, Teresa Delia; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. **Lógica, proposición y norma**. p. 45).

afirmação é necessária, pois não é mais possível compreender o fenômeno jurídico sob a óptica mecanicista, silogística, puramente formal, sob o risco dos obstáculos e desafios que se avizinham passarem despercebidos²²⁹.

O presente trabalho visa a abordar o papel que o Estado detém no iniciar deste novo século, notadamente no que se refere à atividade econômica²³⁰. Tendo sido inscrito no seio constitucional, não é dado atribuir ao ente político outras atribuições que se afastem do preconizado na Constituição Federal²³¹; se a atuação econômica do Estado como agente normativo e regulador limita-se às funções de fiscalização, incentivo e planejamento, é necessário discorrer como o Estado há de se comportar quanto às atividades econômicas²³².

Para tanto, limita-se a regulação econômica ao desenvolvimento e à proteção ambiental²³³. Como será trabalhado, desde já se faz necessário ressaltar que os temas não são contrapostos, conflitantes ou excludentes. Ao contrário, meio ambiente e desenvolvimento são temáticas correlacionadas, dialéticas, que formam um todo indivisível e indissociável²³⁴, razão

229 Celso Fernandes Campilongo aponta os desafios que o Judiciário há de sobrepujar em face dos novos fatores sociais. Na verdade, o debate abrange a própria estrutura dogmática do Direito, bem como o papel que a função judicante (apartada da política) tomou nos últimos séculos, de forma que se faz necessário um repensar da práxis jurídica no Brasil. (CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (Org.) **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. p. 30).

Por uma hermenêutica progressista propiciadora de uma visão nua e crua do Direito dominante e que propugna uma máxima aplicação dos objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil: CLÉVE, Clemerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)**. p. 224.

230 Relevantes as obras para fins de estudo: FARIA, José Eduardo (Org). **Regulação, Direito e Democracia**. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica** (Princípios e Fundamentos Jurídicos). MATTOS, Paulo (Coord.). **Regulação Econômica e Democracia: O Debate Norte-Americano**

231 Salientando a rigidez constitucional, José Afonso da Silva anota que a Constituição é a lei suprema do Estado brasileiro. Desta feita, além dos entes políticos não serem soberanos, o exercício de atribuições e as competências estabelecidas não de ter fundamento no Texto Constitucional. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 46.

232 O artigo 174 da Constituição Federal assinala: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica. O Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

233 Busca-se a delimitação do foco de estudo, circunscrevendo o objeto a ser analisado no que se refere à dialética entre desenvolvimento econômico e sustentabilidade ambiental. Ao final, busca-se propugnar o instrumento da cobrança como mecanismo regulatório estatal capaz de dialetizar os interesses conflitantes.

234 Paulo José Leite Farias colaciona em sua obra o conceito de desenvolvimento sustentável preconizado pela Comissão Brundtland (Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento). Tem-se como desenvolvimento sustentável “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades. Ele contém dois conceitos-chaves: a) o

pela qual a forma os limites como a regulação estatal ocorrerá tornam-se elementos centrais da matéria.

Diante da mudança de paradigmas que se opera pela escassez dos recursos hídricos, bem como pelo avançado arcabouço normativo existente sobre a utilização das águas, tem-se por meta debater como a cobrança sobre este indispensável bem pode garantir o consumo, o patrimônio ambiental e, ao mesmo tempo, a continuidade das atividades econômicas imprescindíveis ao homem globalizado.

Para o trabalho afastar-se do academicismo despreocupado e apontar soluções e críticas construtivas à sociedade, foca-se o debate na indústria petrolífera notadamente pela relevância econômica no cenário brasileiro²³⁵ e por empregar os recursos hídricos em seu processo produtivo.

Além da presente introdução, dividiu-se o trabalho em quatro partes, com o intuito de tornar clara a mensagem e propiciar o desenvolvimento e elaboração do raciocínio. Na primeira, “**por que falar em recursos hídricos**”, demonstra-se que estes não podem mais ser classificados como *res nullius*²³⁶; embora a água ainda não seja escassa para o ser humano (numa perspectiva global), é difícil a tarefa da gestão e distribuição dos recursos hídricos. Na segunda parte do trabalho, “**O papel do Estado na seara econômica: os instrumentos empreendidos**”, verifica-se que o Estado se encontra atrelado aos modelos econômicos, sendo equivocado afirmar que o fenômeno lhe é elemento estranho; se o Poder Público detém tarefa imperiosa e cogente no que se refere ao desenvolvimento, é necessário verificar quais os instrumentos que lhe são ofertados, bem como o papel que os detêm em um mundo globalizado. Na terceira parte, intitulada de “**A cobrança pelos recursos hídricos**”, compreende-se a cobrança

conceito de “necessidade”, sobretudo as necessidades essenciais dos pobres do mundo, que devem receber a máxima prioridade; e, b) a noção das limitações que o estágio da tecnologia e da organização social impõem ao meio ambiente, impedindo-o de atender às necessidades presentes e futuras.” (FARIAS, Paulo José Leite. **Água: Bem Jurídico Econômico ou Ecológico?** p. 209.

235 Estima-se que a participação do setor de petróleo no Produto Interno Bruto – PIB que ultrapassou os 10% em 2007. Enquanto que na década de 70 a participação era de apenas 2,79% verifica-se que atualmente a participação atinge a importância de 9% de todo o PIB brasileiro (Fonte: O Globo Online, In: <http://oglobo.globo.com>)

236 Ciente de que não existe consenso entre os doutrinadores na definição dos conceitos “coisa” e “bem”, vale-se da diferenciação defendida por Silvo Rodrigues. Para o civilista, coisa “é tudo que existe objetivamente, com exclusão do homem”; bens, entretanto “são coisas que, por serem úteis e raras, são susceptíveis de apropriação e contém valor econômico”. (RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. p. 110). *Res nullius* são aqueles bens que não pertencem a ninguém, de forma que não há responsabilização direta pela deterioração.

como instrumento jurídico-econômico, discorrendo sobre suas vantagens e desvantagens, pois é relevante mecanismo de regulação econômica da indústria, bem como para a defesa da coletividade. Ao final, a “**Conclusão**” aponta os caminhos a serem seguidos, alertando para as dificuldades que se aproximam; longe de ser mera repetição do todo afirmado, a última parte do trabalho tem por intuito propiciar novas reflexões e indagações, fechando o ciclo que ora se propugna, mas abrindo o trilhar para as vindouras pesquisas.

Diante das metas propostas, faz-se necessário compreender a importância dos recursos hídricos, consoante a seguir se expõe.

Por que falar em recursos hídricos

O ser humano foi lançado à terra para viver experiência única, até então inimaginável. Sozinho, teve que superar os desafios que lhe foram impostos, de forma que interagiu com o meio circundante para fins de obter o sustento e a perpetuação da espécie²³⁷. Não sendo onipotente, onipresente nem onisciente, sua visão de mundo é sempre parcial, incompleta, falível. Embora a evolução seja um eterno aprendizado, ainda há muito por fazer e compreender.

Por isso, não há de se estranhar ter atribuído ao planeta o nome de “Terra”, apesar do habitat natural ser 75% recoberto pelos recursos hídricos. Os oceanos e mares confundem-se com a história das civilizações desde os tempos mais remotos; longe de aprofundar nos mitos e lendas que envolvem os recursos hídricos, basta lembrar que a espécie humana é inteiramente dependente deles. A continuidade da vida exige que, diariamente, o indivíduo - como num gesto silencioso e automático – beba água!

A quantidade aparentemente infinita deste bem conferiu ao *Homo sapiens* o sentimento de que tudo podia e nada devia. Ainda nos dias atuais, pouco se fala sobre a gestão das águas advindas da chuva, para não se falar sobre a

237 Luciana Cordeiro de Souza, em sua obra “Águas e sua proteção” trabalha a formação do universo e do planeta Terra, a formação da água em nosso planeta e os antecedentes históricos que se correlacionam com os recursos hídricos. Para um aprofundamento acerca dos temas, vide: SOUZA, Luciana Cordeiro de. **Águas e sua proteção**. p. 21

cobrança incidente sobre as atividades que consumam, absorvam, elevadas parcelas das águas, tema que pode beirar o absurdo para alguns.

Realmente, o problema maior, em uma visão macro, talvez nem seja o da escassez dos recursos hídricos, mas sim o de sua gestão. Ocorre que as condições ambientais do mundo são alteradas rapidamente, de forma que, mantidas as taxas atuais, a temática da falta de água não se torna algo utópico, mas deveras preocupante. É necessário que os erros até então cometidos sejam sanados, sob pena das gerações presentes e futuras não poderem reverter o quadro que se avizinha.

Estima-se que, do total de recursos hídricos existente na Terra apenas 2,5% sejam de água doce, e, deste percentual, menos de 1% encontram-se acessível para consumo²³⁸. O Brasil ganha posição de destaque, de forma que o tema afigura-se relevante, quando se verifica que 8% das reservas de água doce do Planeta encontram-se no País.²³⁹ Não é dado o direito de se destruir este essencial bem para a vida na Terra.

Os recursos hídricos são os mesmos desde o surgimento da Terra²⁴⁰. Embora haja verdadeiro ciclo hidrológico, a água não surge do nada, nem o ser humano tem o condão de criá-la. Assim, o volume²⁴¹ não aumenta, ao contrário, apenas diminui.

Embora a natureza se encontre inicialmente em harmonia, a ação humana tende a gerar desequilíbrio que pode tornar a escassez uma condição irreversível. Além do consumo humano, a água é utilizada no processo produtivo de bens outros²⁴², tornando-se input de cadeias econômicas as mais variadas.

238 GRAF. Ana Caudia Bento. A Tutela dos Estados sobre as águas. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.) **Águas – Aspectos Jurídicos e Ambientais**. p. 51.

239 BRUNONI, Nivaldo. A Tutela das águas pelo Município. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.) **Águas – Aspectos Jurídicos e Ambientais**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 78.

240 Fábio Nusdeo, atentando para a escassez dos recursos naturais, anota: (...) os recursos com que conta a humanidade – ou qualquer das suas sociedades componentes – para o atendimento dessas expansivas necessidades são inexoravelmente limitados, finitos, numa palavra, escassos. NUSDEO, Fábio. Economia do Meio Ambiente. In: PHILLIPI JR, Arlindo. ALVES, Alaôr Caffé. **Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental**. p. 197

241 Christian Guy Caubet inicia sua obra “A Água, A Lei, A Poética...E o Meio Ambiente?” colacionando valores e números acerca da questão hídrica. Alerta o autor que 1,1 bilhão de seres humanos vivem sem água potável e 2,4 bilhões sequer têm acesso ao saneamento básico. Ademais, a demanda por água dobra a cada vinte anos, de forma que, em breve, superará em muito a oferta. CAUBET, Christian Guy. **A Água, A Lei, A Poética...E o Meio Ambiente?**. p. 19.

242 Estima-se que para a produção de 1kg de arroz sejam necessários 4.500 l de água; 1kg de trigo, 1.500 l; 1 kg de aço, 300 l; 1 kg de papel, 250 l e para se tomar um banho de cinco minutos, gaste-se, em média, 30 l de água (www.ana.com.br)

Na indústria do petróleo a problemática torna-se preocupante por três pontos relevantes. Primeiro, desconhece-se (ou se tenta desacreditar) o emprego dos recursos hídricos no processo produtivo (em volumes elevados); segundo, pelas empresas nacionais restarem “intocadas”, sob o argumento, discutível, da ingerência governamental atrapalhar o sucesso vivenciado; e, terceiro, pelo argumento de que os custos serão repassados para o consumidor final. Voltar-se-á ao debate no momento oportuno.

O consumismo exarcebado acarreta, por via indireta, o aumento no uso da água para fins outros que não sejam o abastecimento humano e a dessedentação de animais²⁴³. O desconhecimento da população confere aos agentes econômicos a garantia de transferirem estes custos, na forma de externalidades sociais²⁴⁴, para a própria sociedade.

Na outra ponta do elo produtivo, os recursos hídricos servem como outputs, ou seja, tornam-se receptores dos dejetos e rejeitos da sociedade de massa e da indústria. É de se dizer: ou a água é descartada de forma imprópria e no local indevido, ou bens outros são descartados nos mananciais. O resultado é o mesmo: água inservível para qualquer fim²⁴⁵.

Tais atos não sensibilizaram o ser humano, até que começasse a sentir os reflexos diretamente. A contaminação da água e a falta de saneamento estão umbilicalmente ligadas a doenças, como anemia, arsenicosis, ascari-díase, cólera, dengue, dengue hemorrágica, diarreia, hepatite, leptospirose, malária e esquistossomose²⁴⁶.

243 A Lei n.º 9.433/97 estabelece como fundamento da Política Nacional de Recursos Hídricos o uso prioritário dos recursos hídricos para o consumo humano e para a dessedentação de animais, nas situações de escassez (art. 1, III).

244 Ricardo Carneiro, com apoio em Fábio Nusdeo, discorre sobre o conceito de externalidades, afirmando que: “De fato, a existência de bens livres pode conduzir a determinadas falhas de mercado, a que os economistas chamam de externalidades negativas. Externalidades, efeitos externos negativos ou deseconomias externas correspondem a custos econômicos que circulam externamente ao mercado e, portanto, não são compensados pecuniariamente, sendo transferidos sem preço. Não se referem a fatos ocorridos fora das unidades de produção, e sim a efeitos do processo econômico ocorridos fora ou em paralelo ao mercado”. CARNEIRO, Ricardo. **Direito Ambiental**: uma abordagem econômica. p. 64.

245 A Lei n.º 6.938/81 estabelece o conceito legal de poluição em seu art. 3º, III, como sendo a degradação ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: 1 – prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; 2 – criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; 3 – afetem desfavoravelmente a biota; 4 – afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e, 5 – lancem matérias ou energias e, desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

246 A Organização Mundial de Saúde – OMS lista 25 doenças relacionadas à questão hídrica e ao saneamento

Estudo publicado pela Organização Mundial de Saúde²⁴⁷ aponta que 4% das doenças e 1,6 milhão de morte por ano são atribuídas à água e ao saneamento básico²⁴⁸. Significativa parcela do mundo permanece sem este, de forma que a atuação nacional e internacional proporcionaria uma imediata redução das taxas de incidentes e de mortalidade.

A problemática apresentada faz com que os recursos hídricos passem a ser vistos sob prisma econômico, de forma que toda uma indústria se ergue para garantir o acesso à água. Captação, purificação, distribuição, serviços de saneamento e tratamento fazem com que um rentável mercado se estruture, conferindo lucros aos seus idealizadores e agentes, muitas das vezes em detrimento da sociedade, que terá que pagar pelo consumo daquilo que lhe pertence²⁴⁹.

Se por um lado a indústria pode propiciar a diminuição das mazelas, fazem se necessárias a reformulação de paradigmas e a estruturação de um pleno marco regulatório²⁵⁰, sob pena das populações mais carentes serem excluídas do acesso ao recurso hídrico, ferindo-se frontalmente um direito fundamental que lhe é inato.

De nada adianta a Constituição Federal garantir um extenso rol de direitos sociais, como educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência, proteção à maternidade, à infância, e assistência aos desamparados (art. 6º), se o ser humano é privado de bem essencial. O meio ambiente, como terceira dimensão de direitos²⁵¹, deve ser assimilado e defendido para se fomentar e resguardar a primeira, segunda e quarta dimensões de direitos; em síntese: a vida humana.

básico. Para maiores informações: <http://www.who.int/en/>

247 <http://www.who.int/en/>

248 HUTTON, GUY. HALLER, Laurence. **Evaluation of the cost and benefits of water and sanitation improvements at the global level.** p. 7.

249 NUSDEO, Fábio. Economia do Meio Ambiente. In: PHILLIPI JR, Arlindo, ALVES, Alaôr Caffé. **Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental.** p. 208.

250 Atualmente, vigente a Lei n.º 9.433/97, comumente denominada de Lei de Águas.

251 Corriqueiramente, se emprega a nomenclatura de “geração de direito”. Ocorre que o termo “geração” implica uma idéia de substituição, separação, distanciamento. Assim, prefere-se o emprego do vocábulo “dimensão”, que reflete o evoluir histórico dos direitos, de forma que todos se encontram interligados por um núcleo comum, dialetizando-se perenemente. Abordando a temática da evolução constitucional, BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** p 228.

Cabe à sociedade como um todo (nela se incluindo a iniciativa privada, o Estado e a sociedade civil) coibir as práticas que abalem o ciclo hidrológico, bem como gerenciar os recursos hídricos, de forma que o uso múltiplo seja atendido e o abastecimento humano priorizado.

Para tanto, é necessária a modificação do pensamento, propiciando que os recursos hídricos não sejam classificados como *res nullius* ou *res derelicta*²⁵². Afirmar o caráter econômico deste bem pode ser passo decisivo para sua efetiva proteção²⁵³. Ocorre que, diante do viés econômico, o Estado deve atuar, sob pena das populações menos favorecidas ficarem marginalizadas, situação esta inconcebível.

Deixando de lado o pensamento liberal de que o mercado tende, por si só, ao equilíbrio²⁵⁴, é necessário verificar como o Estado pode intervir para resguardar o meio ambiente e o desenvolvimento econômico, equacionando os interesses, por vezes, conflitantes.

O papel do Estado na seara econômica: os instrumentos empreendidos para a proteção dos recursos hídricos

É equivocado pensar que o Estado não detém papel na seara econômica. Mesmo quando se omite, deixando os demais agentes conduzirem o “jogo”, tem-se a atuação estatal (por omissão), de forma que o Poder Público está dando cabal cumprimento a um modelo econômico que entende melhor para o desenvolvimento da sociedade. Desta feita, seja atuando direta,

252 *Res derelicta* são os bens de ninguém, que foram abandonados por seu proprietário original e/ou não se pode definir o titular do domínio.

253 Ricardo Carneiro trabalha o problema de atribuição de direitos de propriedade. Atribuir real preço a um bem pode impulsionar os agentes econômicos a preservá-lo; ao contrário, aquilo que pertence a todos acaba por não pertencer a ninguém. A falta de domínio sob os recursos origina uma degradação ambiental, pois inexistente um titular que exerça o direito real contra terceiros. Alerta o autor, entretanto, que atribuir propriedade privada para certos bens ambientais não é a solução mais indicada, especialmente diante da dificuldade de controle e pelos custos envolvidos com a apropriação. CARNEIRO, Ricardo. **Direito Ambiental: uma abordagem econômica**. p. 69.

254 Amartya Sen leciona sobre o mercado e os grupos de interesse. Faz lembrar que o mercado deve ser analisado não apenas diante das possibilidades, mas também em face do que os grupos de interesse autorizam a fazer. Assim, Sen discorre que Adam Smith já fazia reverberar que o mercado deveria ser assimilado para se enfrentar os detentores de interesses. Ademais, as restrições de mercado às quais Smith se opunha, nos dizeres de Sen, são as pré-capitalistas, completamente distintas da intervenção pública para fins de programas de bem-estar social, redes de segurança social e provisão de serviços, como educação. SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. p. 146.

indiretamente, ou permitindo a plena liberdade de iniciativa, sempre estará pautado por uma perspectiva econômica.

No período do liberalismo clássico, a lógica econômica determinava que o Estado não influenciasse no mercado, de forma que qualquer tipo de ingerência poderia desequilibrar as forças econômicas tendentes à harmonia. O Estado, recém-criado à época da Revolução Industrial²⁵⁵, não poderia se contrapor aos interesses de seus criadores nem, dito de outra forma, se tornar a estrutura derrocada. A burguesia ascendente desejava o resguardo e perpetuidade de seus interesses, não havendo de se falar em uma novel estrutura despótica que a dominasse. Superado o absolutismo, o Estado não poderia retornar ao modelo anterior. O desenvolvimento do mercado dar-se-ia apenas pela atuação de seus agentes, não se fazendo necessário qualquer tipo de participação direta concorrente.

A lógica amolda-se inteiramente à realidade da época. As condições tecnológicas, de capital, de produção, distribuição e consumo eram bastante diversas, de forma que o modelo parecia correto aos indivíduos de outrora.

Como a visão era parcial, os recursos ambientais eram fontes inesgotáveis de matéria-prima a serem manufaturados²⁵⁶. Os recursos hídricos sequer tinham valor de mercado, pois abundantes, como hoje é o ar para os indivíduos do início do século XXI. A produção atendia a um pequeno número de indivíduos (se comparada com a atualidade) e tinha por intuito as necessidades básicas, de modo que o consumo dos bens ambientais e a poluição ainda não afetavam de modo macro a estabilidade ecológica.

O valor dessa interação modificara-se, a partir de meados do século XIX e início do século XX. O crescimento econômico dos Estados Unidos

255 Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto discorre sobre o processo de formação do Estado moderno, ressaltando a unificação do poder e sua delimitação (esfera público-privado) nos períodos que se seguiram ao feudalismo. Para ele, os três vetores que devem ser compreendidos quando em cotejo o Estado moderno são: a soberania, a separação entre o público e o privado; e a legitimação do poder decisório. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. p. 29. Entende-se que, formalmente, o Estado Moderno teve início com os tratados de paz de Westfália, em 1648.

256 O intento maior do produtor é a maximização dos lucros, de forma que as forças da natureza são postas a serviço do homem para a produção de bens e industrialização. Essa visão utilitarista não leva em consideração a escassez dos recursos naturais, nem os efeitos negativos que a extração ocasiona ao ecossistema. Para uma abordagem dos recursos naturais como valor para a economia: FARIAS, Paulo José Leite. **Água: Bem Jurídico Econômico ou Ecológico?** p. 253.

da América, bem como a intensiva utilização do aço, do petróleo e da energia elétrica, atrelados ao progresso da ciência fez com que o modelo de produção fosse alterado²⁵⁷.

De nada adiantaria a ampliação da produção se a outra ponta da cadeia não estivesse igualmente conectada. Assim, associaram-se aos métodos de trabalho um modo de viver, a cultura, o lazer e o pensamento. Ampliaram-se os rendimentos dos trabalhadores, para que o consumo fosse igualmente alavancado. A febre econômica se expandiu dos Estados Unidos para os demais países.

A modificação da lógica de produção nas fábricas (que se transmutaram em linhas de montagem) deu-se pela: decomposição das tarefas; instituição de controle, gerência e execução; jornada de trabalho de oito horas; e, salários compatíveis. Concomitantemente, as relações sociais também se alteraram, de forma que os indivíduos absorveram os novos produtos. O ciclo produção-consumo era conectado pelos salários pagos (que tinham por intuito permitir que os operários adquirissem os produtos), e pelo tempo livre (destinado a usufruí-los)²⁵⁸. Estava criada uma sociedade de massa.

A partir deste modelo, “evoluiu-se” para uma obsolescência planejada, em que os produtos tinham uma vida curta, sendo ciclicamente restituíveis, de forma que a sociedade se tornou escrava do consumismo desmedido²⁵⁹.

A dominação dos mercados²⁶⁰ fez com que fosse necessário um repensamento do papel do Estado na economia. Determinadas empresas atingiram um ponto tal de hegemonia e controle que impediram qualquer tipo de concorrência, controlando arbitrariamente o valor do preço final

257 Henry Ford introduziu em suas fábricas de automóveis a lógica da produção em massa, buscando uma máxima eficiência na linha de montagem.

258 CARNEIRO, Ricardo. **Direito Ambiental**: uma abordagem econômica. p. 38

259 Ainda nos dias atuais, se verifica este modelo de produção flexível. Talvez os danos que o meio ambiente tenha sofrido nos últimos séculos e as respostas concedidas ao ser humano imponham um repensamento sobre a degradação ambiental, sob pena de o ser humano não ter mais direito de permanecer na Terra.

260 Calixto Salomão Filho propugna por uma teoria jurídica da regulação. Para tanto, o autor demonstra os acertos e falhas das teorias clássicas da regulação, notadamente a Escola do Interesse Público, a Escola Econômica da Regulação (Escola Neoclássica) e o movimento de desregulamentação. O autor aponta a essencialidade da concorrência, o direito de acesso que deve ser conferido aos consumidores. Para um aprofundamento, vide: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica** (Princípios e Fundamentos Jurídicos)

dos bens. Além da questão concorrencial, a classe operária exigiu uma relação protetiva, de forma que o Estado, mesmo que timidamente, teve que superar a barreira do liberalismo.

O momento histórico para o repensamento do papel do Estado deu-se com a quebra da Bolsa de Valores Nova Iorque (1929). O excesso de produção e a diminuição do consumo provocaram a fragilização da economia americana, levaram inúmeras empresas à falência e milhares de trabalhadores ao desemprego. Estava claro que o mercado não conseguiria se soerguer sozinho em um curto espaço de tempo, e que a lógica liberal ensejaria cíclicas rupturas.

John Maynard Keynes defendeu a atuação estatal no momento de crise, de forma que a política governamental pudesse combater o desemprego e a deflação. É de se dizer, ao Estado competiria atuar, influenciando nos preços e garantindo os empregos, de forma que o equilíbrio geral fosse resguardado.

O fordismo não se opusera ao modelo keynesiano, tendo, ao final da Segunda Guerra Mundial, notadamente pela aplicação do Plano Marshall, se expandido definitivamente para os países europeus. Apenas a partir da década de 1960 começa a perder forças, sendo – com as crises do petróleo da década de 1970 – gradativamente modificado por um modelo de acumulação flexível.

Neste, as empresas se reestruturaram por meio das mudanças tecnológicas e organizacionais. A informação e a tecnologia possibilitaram que os produtos fossem facilmente substituíveis, de forma que o tempo de produção teve que se adequar (diminuindo) às novas demandas; a estabilidade e a durabilidade cederam lugar à estética.

Os modelos expostos implicaram completa modificação na apropriação dos bens ambientais, de forma que a lógica parcialmente sustentável dos séculos pré-Revolução Industrial transmutara-se para um sistema de apropriação destrutivo, que não se preocupa com as gerações vindouras, nem com a geração existente.

A Constituição Federal afirma que o Estado não pode se omitir da defesa do meio ambiente, e da atividade econômica. Subordina a atuação dos particulares (e do Poder Público) à observância dos princípios e normas constitucionais, especialmente os esculpidos em seu artigo 170²⁶¹. O livre

261 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; VII – redução das desigualdades

exercício da atividade econômica, mesmo que independentemente de autorização pelos órgãos públicos, há de se amoldar ao todo constitucional, sob pena de contrariar a lei maior, e, conseqüentemente, ser extirpada do seio social²⁶². Para tanto, o Estado atua como agente normativo e regulador, fiscalizando, incentivando e planejando de forma determinante para o setor público e indicativa para o privado.

Além de tais premissas, verificando que uma obra ou atividade tenha a mera potencialidade de causar significativa degradação ambiental, compete-lhe exigir o estudo prévio de impacto ambiental, para fins de licenciamento prévio, de instalação e operação.

Detendo uma missão constitucional no que se refere ao mercado, é necessário verificar quais os instrumentos que possui para a preservação ambiental. Por meio de uma hermenêutica construtiva do Texto maior, verifica-se que a norma inserta no artigo 174 tem o condão de resguardar o meio ambiente, bem como o dispositivo 225 serve para a regulação da atividade econômica. Os dispositivos não se contrapõem, ao contrário, guardam sinergia entre si, e, por comporem o todo constitucional, devem ser vistos de maneira harmônica e indivisível.

Traçada uma política pública a ser seguida, o Estado pode valer-se da regulação direta (política de comando e controle) e/ou dos instrumentos econômicos.

Na primeira hipótese, estabelece condutas obrigatórias (como o uso de certa tecnologia), permitidas (a emissão de poluentes até certo nível) ou proibidas (não utilizar energia nuclear). A hetero-regulação pode aparentar ser o método mais eficaz para evitar a degradação ambiental, pois coibe as condutas danosas ao meio ambiente; entretanto, embora não possa sua parcela de importância ser suprimida, cumpre ressaltar que nem sempre o mecanismo é plenamente eficiente.

regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; e, IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

262 Michel Temer aborda a supremacia constitucional, mostrando que as normas que forem contrárias à Constituição não podem permanecer no ordenamento jurídico. O doutrinador afirma, sobre o controle de constitucionalidade: “Pressupõe, necessariamente, a supremacia da Constituição; a existência de escalonamento normativo, ocupando a Constituição o ponto mais alto do sistema normativo. É nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Aquele, ao inovar a ordem jurídica infraconstitucional, haverá de obedecer à forma prevista e ao conteúdo anteposto. Se um deles for agravado, abre-se espaço para o controle da constitucionalidade daquele ato normativo cujo objetivo é expelir, do sistema, o ato agravador. TEMER”, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. p. 44.

A formulação da política de comando e controle depende da atuação estatal (legislativa ou executiva), passível de influência por parte dos grupos econômicos. Assim, os limites fixados nem sempre são adequados para a efetiva defesa ambiental. Acresce-se que, estipulada a norma, ela demanda alto custo para fiscalização. Nem sempre há o número ideal de agentes públicos, equipamentos e meios materiais para verificar o cumprimento da norma. Quando a fiscalização ocorre, a corrupção pode ser outro elemento a prejudicar o controle traçado.

Ademais, de nada adianta a fixação de sanções se o custo econômico para cumpri-las é menor do que as vantagens decorrentes de sua inobservância. Neste sentido, a lentidão para as cobranças é o elemento motivador para o desrespeito à lei, mormente quando se vislumbra a possibilidade de beneplácitos futuros por parte do Poder Público.

Na hipótese de a política ser respeitada, é necessário frisar que o agente econômico (de regra) se limitará a seguir o mandamus normativo. Assim, atingido o patamar esculpido, não se deve esperar que o particular amplie a eficiência ambiental. Qual a razão para empregar novas tecnologias, diminuir a emissão de poluentes ou o consumo de bens ambientais, se inexistente contraprestação econômica?

Portanto, visando a ampliar a proteção ambiental, o Estado lança mão de instrumentos econômicos, que induzam os particulares a protegerem o meio ambiente. Entre eles, pode-se mencionar os “tributos ambientais, sistemas de cobrança pelo uso de recursos ambientais, subsídios públicos, sistemas de devolução de depósitos, licenças ou créditos negociáveis e seguro ou caução ambiental”²⁶³

O intuito não é a mercantilização do meio ambiente, mas a afirmação de que este não pode ser utilizado sem nenhum custo para a empresa que o explora. Busca-se internalizar as externalidades sociais, de forma que os agentes – visando a otimizar sua atividade – busquem meios para superar (ou ao menos minimizar) o custo introduzido pelo Estado. Quando o Poder Público entender que certos limites não podem ser ultrapassados, valer-se-á da política de comando e controle. Havendo possibilidade de modulação, empregará os instrumentos econômicos. Dependendo do caso, tais mecanismos poderão ser aplicados isolada ou conjuntamente.

263 Para um aprofundamento sobre cada um dos referidos instrumentos econômicos, CARNEIRO, Ricardo. **Direito Ambiental**: uma abordagem econômica. p. 76.

A cobrança pelo uso dos recursos hídricos amolda-se às expectativas delineadas para o século XXI.

Cada vez mais o Estado se torna um agente fomentador da negociação e do debate, onde as regras rígidas são postas de lado para se atingir um denominador comum²⁶⁴. No que se refere à temática hídrica, onde o abastecimento é indispensável, a pura e arbitrária proibição de uso pode ocasionar prejuízos incomensuráveis para a sociedade. Política de comando e controle que afaste os usuários do bem ambiental, de forma indiscriminada, vai de encontro ao próprio desenvolvimento; de nada adianta deixar os recursos hídricos intocados enquanto as populações padecem de sede.

Por meio da cobrança, o Poder Público pode modular a utilização do bem ambiental, desonerando as populações carentes e exigindo a contraprestação dos agentes econômicos que desperdicem os recursos hídricos como *inputs* em seus processos produtivos; fixam-se pautas de prioridades, passíveis de mensuração, consoante o momento histórico e a população envolvida. Os recursos obtidos podem ser utilizados em prol da própria bacia hidrográfica, de forma que a sociedade tem a contraprestação devida.

O sistema, porém, não é imune a críticas. Se um novo custo é atribuído à produção, o que impede deste ser incorporado ao produto, repercutindo, ao final, na própria sociedade? Como ficará a questão da poluição? Será que o mais afortunado terá direito de poluir os mananciais aquíferos? A cobrança não será mera mercantilização dos recursos hídricos, de forma que sua efetiva proteção seja relegada a segundo plano? Quais os passos a serem dados para a efetiva implementação do sistema, já que ele se encontra previsto há mais de uma década²⁶⁵?

Diante de tais questionamentos, é necessário abordar como os recursos hídricos foram “juridicizados”, bem como os aspectos pertinentes à cobrança pelo uso da água no Brasil.

264 No que se refere às mudanças vivenciadas pelo Estado, vide FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. O autor demonstra que o Estado, inserido no mundo globalizado, deve ter um papel de fomentador do diálogo, permitindo que os interesses conflitantes cheguem a um consenso construído. Mostra ainda que, diante da produção flexível, temas erigidos a dogma, como soberania estatal, encontram-se fragilizados, razão pela qual os juristas devem repensar a própria Ciência do Direito.

265 A Lei n.º 9.433/97 que instituiu a cobrança pelo uso dos recursos hídricos foi publicada no Diário Oficial da União em 9 de janeiro de 1997, tendo entrado em vigor na data de sua promulgação.

A cobrança pelos recursos hídricos

Modificada uma premissa, uma nova etapa no pensamento se desdobra, de forma que o saber científico igualmente se adapta ou é transposto, para fins de novas respostas serem erigidas aos velhos problemas. Com a Ciência do Direito, tal lógica não é diversa, de forma que a valoração conferida à conduta humana acarreta normatividade distinta²⁶⁶.

No início do século XX (para ter-se um ponto inicial de partida²⁶⁷) os recursos hídricos não tinham a acepção nos moldes ora defendidos, haja vista a questão ambiental, quando legislada, dar-se pontualmente. Preocupado com as relações entre particulares, o Código Civil de 1916 (marcadamente liberal) discorreu sobre os recursos hídricos nas relações de vizinhança, de forma que disciplinou a passagem, uso, canalização e indenização das águas.

Não havia um sistema protetivo para tais bens²⁶⁸, de forma que as questões relativas a indenização e servidão deveriam ser pleiteadas em ação sumária. No que se refere à titularidade, o Código fazia menção aos rios

266 O conhecimento científico não é linear, progressivo. Fundado em uma dada premissa, sustenta-se até o momento em que os questionamentos e indagações são satisfatoriamente respondidos. Quando novas (ou velhas) reflexões não são solucionadas, tem-se sua superação, de forma que se faz necessário uma metamorfose, ou mesmo supressão, substituição, do paradigma inicial. Paulo José Leite Farias afirma que Thomas Kuhn elaborou a teoria do progresso científico no livro “A estrutura das revoluções científicas” (1962). Sobre o pensamento, leciona: “Nele Kuhn (1994) refuta o conceito tradicional de conhecimento científico, interpreta o conhecimento científico como aquele fundamentado em paradigmas predominantes – teorias aceitas que expressam e confirmam certas opiniões estabelecidas. Kuhn dá-nos um exemplo do paradigma de Ptolomeu do universo, com a Terra no centro, circundada pelo Sol, pelos planetas e pelas estrelas, que prevaleceu durante séculos, até ser refutado por observações astronômicas e pela teoria heliocêntrica Copernicana do sistema solar. **O progresso científico, segundo Kuhn, não é incremental mas progride em saltos por meio da mudança de paradigmas, quando um paradigma é superado e substituído por outro.** Assim, quando uma teoria se depara com inúmeras anomalias, as teorias concorrentes ganham estatura e a superam, o que promove o progresso científico, porque proporciona uma plataforma para novos métodos de pesquisa”. FARIAS, Paulo José Leite. **Água: Bem Jurídico Econômico ou Ecológico?** p. 138.

267 A Constituição de 1824 não tratou especificamente de matérias relativas às águas; já na Constituição de 1891 (art. 34, §6) verifica-se a competência para o Congresso Nacional legislar sobre a navegação dos rios que banhem mais de um Estado, ou se estendam a territórios estrangeiros (POMPEU. **Cid Tomanik. Direito de Águas no Brasil.** p.42.

268 Ainda persiste no seio jurídico uma visão antropocêntrica, em que o titular de direitos e o destinatário final do ordenamento jurídico é o ser humano. Por meio dessa, a natureza é instrumentalizada, subordinada, de forma que o homem é a medida e o fim de todas as coisas. Ao contrário, o pensamento ecológico propugna, uma alteração na visão de mundo e afirma a existência de limites ecológicos ao crescimento e que o homem faz parte da natureza. Desta feita, de acordo com a teoria ecológica adotada, a natureza passa de objeto para sujeito de direitos, de forma que a ação humana é orientada a atender os “interesses” dos demais seres vivos e não vivos. Demonstrando como a conscientização ecológica e a *deep ecology* são suportes ideológicos para a defesa ambiental, vide: FARIAS, Paulo José Leite. **Água: Bem Jurídico Econômico ou Ecológico?** p. 127

e mares, tidos por bens públicos de uso comum do povo (art. 66, inc. I). Para as demais fontes de recursos hídricos, imperava o domínio privado ou eram res nullius.

Atribuir domínio privado não resguardou o bem ambiental, pois o exercício de uso, gozo, fruição e reivindicação sobre os recursos hídricos ocorreu (e ainda ocorre) indiscriminadamente. O particular poderia fazer o que bem entendesse, sem sofrer qualquer tipo de censura jurídica.

Por outro lado, o domínio estatal – sob a modalidade de uso comum do povo – não gerou melhores resultados. Além dos administradores não concederem a devida atenção, reinava nos particulares a sensação de poderem usufruir indiscriminadamente do bem, como pertença da coletividade. Em suma, os recursos hídricos convergiam (no plano fático) para serem res nullius.

Já nos idos de 1934, instituiu-se o Código de Águas, por meio do Decreto n.º 24.463, com o intuito de proporcionar aproveitamento industrial dos mananciais. O interesse atrelava-se à geração de energia elétrica por meio de hidroelétricas, carro-chefe da matriz energética brasileira²⁶⁹.

Dividindo o regime em águas públicas, comuns e particulares, o Código trazia extensa normatização sobre os recursos hídricos, não se desincumbindo de disciplinar o uso dos bens. Quando fossem águas comuns, ter-se-ia o uso gratuito (art. 34); já no tocante às águas públicas, o uso era permitido, observando-se os regulamentos administrativos (art. 36) e facultando-se a retribuição (art. 36, §2º).

As derivações dependiam de concessão ou autorização administrativa, não importando alienação, mas simples direito de uso. Ademais, considerava-se ilícito conspurcar ou contaminar as águas não consumidas, em prejuízo de terceiros.

Apesar de o Decreto ter o intuito de disciplinar a indústria “hidro-hidráulica [sic]” brasileira, já delineava instrumentos regulatórios, como a cobrança (art. 36, §2º), utilização gratuita em determinados casos (art. 36, §2º) e a proibição de desperdício e poluição (art. 109).

269 O Ministério de Minas e Energia – MME publicou o Balanço Energético Nacional do ano 2006, tendo por ano base 2005, onde se verifica a estrutura atual da oferta de energia no Brasil: urânio, 1,2%; carvão mineral, 6,4%; gás natural, 9,3%; hidráulica e eletricidade, 15%; biomassa 29,7%; petróleo e derivados, 28,4%. Já no que pertine a estrutura da oferta interna de energia elétrica, Brasil, a energia hidráulica revela sua posição de destaque: carvão, 1,6%; nuclear, 2,2%; derivados de petróleo, 2,8%; biomassa, 3,9%; gás natural, 4,1%; importação, 8,3%; e hidráulica, 77,1%. (www.mme.gov.br)

A modificação de postura deu-se com o advento da Constituição Federal de 1988, que conferiu à União e aos estados o domínio sobre os recursos hídricos, competindo privativamente ao ente central legislar sobre águas (art. 22, IV), instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e os critérios de outorga de direitos de uso (art. 21, XIX). Sempre relevante é dizer que a referida normatividade se encontra condicionada a dispositivos e princípios outros de igual envergadura, como se infere do artigo 225 e 170.

Tendo em vista a específica abordagem constitucional no que se refere aos recursos hídricos, importa frisar que a partir de 1988 uma nova principiologia foi esculpida, tornando-se defasado o mero aproveitamento industrial e energético dos recursos hídricos, nos moldes propugnados pelo Decreto 24.643/34.

Para dar concretude ao Texto Constitucional, editou-se a Lei n.º 9.433/97, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos²⁷⁰. Afirma a referida legislação que doravante os recursos hídricos devem ter por fundamentos: 1 – o domínio público; 2 – tratar-se de recurso natural limitado, dotado de valor econômico; 3 – prioridade para o consumo humano e a dessedentação de animais, nos casos de escassez; 4 – a gestão dos recursos hídricos deve proporcionar o uso múltiplo; 5 – a bacia hidrográfica é a unidade territorial de atuação do poder público; e, 6 – a gestão deve ser descentralizada, com participação do poder público, usuários e comunidades envolvidas.

Domínio público e suas conseqüências

Verifica-se que o legislador conferiu aos recursos hídricos, em consonância ao Texto Constitucional, o domínio de tais bens aos entes políticos, afastando a titularidade de particulares. Sensível à época vigente, declarou ainda que a água é um bem escasso, que não pode ser desperdiçada, nem tida como *res nullius*. Ademais, como conseqüência de ser um recurso natural limitado e imprescindível para a vida humana, postulou-se o valor

270 A Lei n.º 9.984/00 dispôs sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

econômico dos recursos hídricos, de forma que os agentes econômicos hão de retribuir à sociedade quando utilizem os aquíferos.

Já antevendo a necessidade de administrar tais bens, a Lei priorizou o ser humano e a sobrevivência dos animais em detrimento de usos outros, quando ocorra escassez; ao contrário, havendo excesso de recursos, deve-se priorizar a opção que proporcione a multiplicidade de uso. Buscando-se uma participação democrática, atribuiu-se a gestão à coletividade, representada pelo ente político, usuários e comunidades.

Sobre tais alicerces, estruturaram-se os objetivos gerais para a Política Nacional de Recursos Hídricos (art. 2º) e as diretrizes gerais de ação (art. 3). É visível a diferença da norma quando comparada com o Decreto n.º 24.643/34, por instituir verdadeiro sistema integrativo de mobilização da sociedade e do Poder Público em prol do resguardo dos recursos hídricos, em quantidade e qualidade para as presentes e futuras gerações.

De forma expressa, a Lei afirmou, como instrumento da Política Nacional de Recursos Hídricos, a cobrança pelo uso de recursos hídricos, dedicando a Seção IV do Capítulo IV, para disciplinar como se opera a referida exigência. Ocorre que, de nada adianta a elaboração legislativa, se o Poder Público faz pouco caso da temática, ou a população não é devidamente conscientizada a exigir a implementação do instrumento.

Teleologia da cobrança

Aos agentes econômicos interessa a inação do ente político, de forma que os recursos hídricos continuem sendo consumidos e ou poluídos, relegando-se à sociedade as externalidades da atividade produtiva. Apesar de mais de dez anos da promulgação da referida norma, até o presente momento a sociedade pouco conhece da disciplina normativa, não havendo uma plena eficácia do instituto.

Num País enorme²⁷¹, em que o Estado dispõe de poucos recursos e a sociedade sofre com altos índices de desigualdades²⁷², não é de se estra-

271 O Brasil ocupa uma área de 8.547.403 Km², sendo o quinto maior país. www.ibge.com.br

272 A própria Constituição é consciente da situação de miséria, pobreza e marginalização que assola o País, determinando como objetivos sociais da República Federativa do Brasil (art. 3º) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza, marginalização e a redução das

nhar que o tema tenha ficado para segundo plano. Apesar de agências institucionais, como a ANA, estarem cumprindo sua parte, resta muito por fazer, o que impõe o debate sobre a matéria, notadamente quando em foco a utilização de recursos hídricos pela indústria petrolífera (segmento econômico que, apesar de sua relevância, não se encontra acima do ordenamento jurídico pátrio), problema foco deste capítulo.

A Organização das Nações Unidas – ONU²⁷³ fez publicar no dia 02 de fevereiro de 2007 estudo científico²⁷⁴, elaborado ao longo de seis anos. Conclui que as mudanças ambientais provocadas pelo ser humano situam o mundo em alerta. O Painel Intergovernamental em Mudanças Climáticas²⁷⁵ sinaliza que o aquecimento global²⁷⁶ ensejará ondas de calor, modificação das rotas dos ventos, derretimento das geleiras, aumento global do nível dos oceanos, aumento das precipitações em algumas regiões e agravamento da seca em outras.

O estudo aponta ainda que desde a década de 1970, as secas se tornaram mais intensas e duradouras (em áreas mais extensas), particularmente nos trópicos e subtropicais. A diminuição dos índices de chuva e agravamento da seca ensejarão, por consequência, a escassez dos recursos hídricos nestas regiões, razão pela qual a ação estatal e da sociedade se torna urgente.

Se, em dadas situações, torna-se impossível o emprego de políticas de comando e controle, haja vista a utilização dos bens ambientais ser imprescindível para o desenvolvimento da sociedade, cabe ao Estado lançar mão da regulação econômica, modulando os interesses em jogo, conciliando os interesses da coletividade.

desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito.

273 <http://www.ipcc.ch>

274 A seriedade da pesquisa é expressa pelos números que traz. Foram 2.500 cientistas revisores, 800 autores, 450 autores afiliados, 130 países, seis anos de trabalho, propiciando quatro volumes e um relatório. <http://www.ipcc.ch/>, em 02 de janeiro de 2007, às 02:32 am.

275 Intergovernmental Panel on Climate Change – IPCC

276 O estudo aponta que a ampliação da concentração de gases na atmosfera (CO₂, CH₄ e N₂O), desde 1750, decorre, principalmente, da atividade humana.

Conclusão: a indústria petrolífera e os recursos hídricos

Falar em intervenção estatal não é tarefa das mais fáceis. Muitas das vezes, fere-se o interesse privado, egoístico, de forma que o assunto tenta ser descaracterizado por meio de todos os ardis. Por outras, tese contrária é formulada com base em outros paradigmas, de modo que a solução encontrada se torna comercialmente desejável pela indústria e investidores. Caminhos espinhosos, que ensejam ampliação de custos, precauções e responsabilidades nunca são desejáveis.

A missão torna-se mais dificultosa quando os recursos hídricos precisam ser utilizados, extraídos, como se opera na indústria do petróleo. A referida indústria, no Brasil, não teve início com a Constituição Federal de 1988, muito menos com a dita “flexibilização” do monopólio petrolífero ocorrida com o advento da Emenda Constitucional n.º 9/95. Tem-se que a indústria do petróleo no Brasil foi alavancada pela criação da Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás) já na década de 1950²⁷⁷.

Embora a empresa seja “orgulho nacional”, importa a afirmação de que todos se submetem ao ordenamento jurídico, devendo as normas incidirem de forma idêntica para os que se subsumem ao campo normativo do Estado. Os entes estatais são subordinados às leis, não podendo desconhecê-las, descumpri-las, nem serem eximidos de seus efeitos. Há de se primar pela força normativa do ordenamento²⁷⁸, sob pena de se viver ao talante dos agentes econômicos.

Outro mito que há de ser afastado é quanto a não-utilização de recursos hídricos pela indústria petrolífera.

Apesar das principais atividades da indústria petrolífera encontrarem-se insertas no Texto Constitucional, o legislador silenciou quanto aos

277 A Petrobrás fora criada por intermédio da Lei Federal n.º 2.004/53. Maria D’ Assunção Costa Menezelo, ao traçar a história brasileira do petróleo ressalta: Finalmente, após tantos debates públicos, é encaminhado ao Poder Legislativo o Projeto de Lei n.º 1.561/51 que resultaria na aprovação da Lei federal n.º 2.004, de 3-10-1953, sancionada na íntegra pelo Presidente Getúlio Vargas. Essa lei dispõe *sobre a política nacional do petróleo, define as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo, institui a sociedade por ações Petróleo Brasileiro Sociedade Anônima e dá outras providências*”. MENEZELLO. Maria D’ Assunção Costa. **Comentários à Lei do Petróleo**: lei federal n.º 9.478, de 6-8-97. p. 35.

278 Desmistificando o pensamento de Ferdinand Lassale, Konrad Hesse defende a força normativa da Constituição, capaz de se sobrepujar aos fatores reais de poder, pois é uma das forças de cuja atuação depende e resulta a realidade do Estado. Para o autor, a força normativa não é bastante para, em todos os casos superar os fatores reais de poder, mas o espaço e papel deste não pode ser esquecido, desconhecido ou afastado (HE SSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. p. 26).

recursos hídricos empreendidos neste processo produtivo. Nem precisaria, já que, por meio da exegese, o intérprete soluciona os aparentes conflitos normativos.

Os recursos hídricos não representa um refugio indesejável da cadeia produtiva petrolífera, mas participam dela. São empregados em fluidos de perfuração (para a abertura dos poços exploratórios), para injeção nos reservatórios com o intuito de ampliar o fator de recuperação (no declínio da produção) e como local de descarte.

Ademais, os reservatórios hídricos fornecem energia para os poços petrolíferos, elevando o fator de recuperação do petróleo. Verifica-se que um recurso do Estado influi diretamente no processo produtivo.

É necessário afirmar que além do petróleo, recursos outros se encontram em uma rocha-reservatório. A água é elemento comum na produção petrolífera, estimando-se que para cada m³/dia de petróleo, 3 a 4 m³/dia de água sejam produzidos²⁷⁹. Para onde toda essa água vai, ou melhor, o que a sociedade ganha com sua extração, é uma pergunta que urgentemente precisa ser respondida²⁸⁰. Faz-se necessária uma pronta resposta estatal, regulando a matéria, ou a sociedade em um futuro não tão distante não terá água para sobreviver.

O prolongamento deste estudo exige uma detida atenção à base normativa da cobrança, com o objetivo de interpretá-la adequada e sistematicamente.

O instrumento de cobrança serve para fins de equalização e composição dos interesses, de forma que a sociedade consegue realizar suas metas, propiciando o Poder Público um desenvolvimento nacional sustentável, em cuja tarefa a Agência Nacional de Águas deve desempenhar papel cuidadoso e relevante.

279 THOMAS, José Eduardo. **Fundamentos de Engenharia de petróleo**. p. 266.

280 Para uma análise mais detida do emprego dos recursos hídricos na cadeia petrolífera, GALVÃO, Rafael Silva Paes Pires. Considerações preliminares ao uso de recursos hídricos na indústria do petróleo em face do direito das águas: a água como bem econômico. In: **Anais do XV Congresso Nacional do Conpedi: Direito, Sociobiodiversidade e Soberania na Amzônia**. p.539.

Referências bibliográficas

- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006;
- BRUNONI, Nivaldo. A Tutela das águas pelo Município. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.) Águas – Aspectos Jurídicos e Ambientais. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 77 – 102;
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (Org.) Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 30-51;
- CARNEIRO, Ricardo. Direito Ambiental: uma abordagem econômica. Rio de Janeiro: Forense, 2001;
- CAUBET, Christian Guy. A água, a lei, a política...e o meio ambiente? Curitiba: Juruá, 2004;
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Temas de Direito Constitucional: e de Teoria do Direito. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993;
- DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional. 21. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2002;
- ECHAVE, Teresa Delia; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A Lógica, proposición y norma. 5. ed Buenos Aires: Editora Astrea, 1999;
- FARIA, José Eduardo (Org). Regulação, Direito e Democracia. São Paulo: Malheiros, 2005;
- FARIA, José Eduardo. O Direito na economia globalizada. 1. ed. Malheiros Editores Ltda, 2004;
- FARIAS, Paulo José Leite. Água: Bem Jurídico Econômico ou Ecológico? Brasília: Brasília Jurídica, 2005;
- GALVÃO, Rafael Silva Paes Pires. Considerações preliminares ao uso de

recursos hídricos na indústria do petróleo em face do direito das águas: a água como bem econômico. In: Anais do XV Congresso Nacional do Conpedi: Direito, Sociobiodiversidade e Soberania na Amzônia. Florianópolis: Editora Jose Arthur Boiteux, 2007. p. 539;

GRAF, Ana Caudia Bento. A Tutela dos Estados sobre as águas. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.) Águas – Aspectos Jurídicos e Ambientais. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 51 – 76;

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991;

HUTTON, GUY. HALLER, Laurence. Evaluation of the cost and benefits of water and sanitation improvements at the global level. Geneva: Water, Sanitation and Health Protection of the Human Environment, World Health Organization. 2004;

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação Estatal e Interesses Públicos. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002;

MATTOS, Paulo (Coord). Regulação econômica e Democracia: O Debate Norte Americano. São Paulo: Editora 34 Ltda, 2004;

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. Comentários à Lei do Petróleo: lei federal n.º 9.478, de 6-8-97. São Paulo: Editora Atlas, 2000;

NUSDEO, Fábio. Economia do Meio Ambiente. In: PHILLIPI JR, Arlindo. ALVES, Alaôr Caffé. Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental. São Paulo: Editora Manole Ltda, 2005. p. 191 – 213;

POMPEU, Cid Tomanik. Direito de Águas no Brasil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006;

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000;

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. v. 1. 31. ed. São Paulo : Saraiva, 2000;

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2001;

SEN. Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Editora Schwarcz Ltda, 2004;

SOUZA, Luciana Cordeiro de. Águas e sua proteção. Curitiba: Juruá, 2004;

TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. São Paulo, Malheiros Editores Ltda, 2006;

THOMAS, José Eduardo. Fundamentos de Engenharia de petróleo. 2. ed. São Paulo Interciência, 2004;

Sítios eletrônicos

<<http://www.comciencia.br/reportagens/petroleo/pet06.shtml>>. Acesso em: 22 fev. 2007;

<<http://www.ipcc.ch/SPM2feb07.pdf>>. Acesso em: 28 fev 2007.

<<http://www.un.org/>>. Acesso em: 02 fev. 2007.

<<http://www.who.int/en/>>. Acesso em: 09 jan. 2007.

<http://www.who.int/water_sanitation_health/diseases/en/>. Acesso em: 28 jan. 2007.

<<http://www.ipcc.ch>>. Acesso em: 28 fev. 2007.

<<http://www.ana.gov.br/>>. Acesso em: 01 mar. 2007

<<http://www.ibge.com.br>>. Acesso em: 15 jan. 2007.

<<http://www.mme.gov.br>>. Acesso em: 17 jan. 2007.

<<http://oglobo.globo.com/economia/mat/2006/11/28/286817748.asp>>. Acesso em: 26 fev. 2007.

PARTE III

A utilização de normas tributárias indutoras para a concretização do princípio constitucional da redução das desigualdades sociais e regionais

Uma abordagem crítica sobre o transporte de gás natural: o livre acesso aos dutos e o risco de entrave ao desenvolvimento econômico nacional

A UTILIZAÇÃO DE NORMAS TRIBUTÁRIAS INDUTORAS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS E REGIONAIS

**Indhira de Almeida Cabral
Vladimir da Rocha França**

O princípio constitucional da redução das desigualdades sociais e regionais

Conceber o Estado como entidade meramente mantenedora de condições para a existência de uma economia auto-regulável afigura-se como uma postura que já não encontra respaldo no Texto Constitucional pátrio vigente.

O modelo corrente de Estado é aquele em que este possui participação bastante ativa na vida econômica e social, assumindo a condução da economia em seu território. A primeira manifestação constitucional deste modelo estatal ocorreu com a Constituição mexicana de 1917²⁸¹ e,

281 No seu art. 123, a Constituição mexicana trata dos direitos dos trabalhadores, marco na história do constitucionalismo. Pela primeira vez temos um texto constitucional tratando de direitos sociais intimamente ligados a interesses econômicos, sendo a defesa de tais direitos dever do Estado, o que implica uma atuação mais incisiva deste ente na esfera econômica.

posteriormente, com a constituição de Weimar²⁸² em 1919. No Brasil, a primeira constituição a incorporar esta concepção foi a de 1934²⁸³.

Este modelo de Estado tem por característica a inconformidade com a realidade social e econômica que deve administrar, procurando, assim, criar mecanismos que a modifiquem²⁸⁴.

A realidade brasileira demonstra que o processo de desenvolvimento econômico do Brasil aconteceu de forma tal que, no mesmo espaço territorial, se encontram os mais diversos níveis de desenvolvimento, ou seja, observa-se uma profunda desigualdade entre as regiões envolvidas²⁸⁵.

Assim, a Carta Magna de 1988, ao tratar da questão, apresenta instrumentos para a redução de tais desigualdades como, por exemplo, planos nacionais e regionais de desenvolvimento econômico e social a serem desenvolvidos e executados pela União (art. 21, IX); cooperação entre União, estados, Distrito Federal e municípios com o intuito de alcançar o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (art. 23, parágrafo único); e a possibilidade de concessão de incentivos fiscais

282 Esta Constituição traz, em seu art. 153, a determinação de que a propriedade exerça sua função social. Mais adiante, em seu art. 165, criou um sistema de participação mediante o qual todos os grupos profissionais importantes atuariam na condução das políticas de desenvolvimento econômico das forças produtivas.

283 A Constituição Federal de 1934 demonstrou seu caráter interventor, ao tratar, por exemplo, das desigualdades regionais prevendo, em seu art. 177, a elaboração de um plano federal de combate à seca, o qual contaria com um orçamento equivalente a 4% da receita federal.

284 Importa esclarecer que tal atuação de caráter positivo do Estado não se apresenta como uma postura de negação ao capitalismo, sistema que pressupõe uma desigualdade social e econômica. Na verdade, as modificações almejadas pelo Ente estatal constituem transformações necessárias para a manutenção desse sistema. Deve restar claro, portanto, que a inserção de normas garantindo um equilíbrio maior entre os pólos opostos de uma relação econômica não decorre de uma ruptura ideológica e sim de uma manobra hábil de manutenção de um sistema. Com de normas como a função social da propriedade, por exemplo, é mantida a propriedade privada, base do sistema capitalista, sendo assegurado um razoável equilíbrio entre as partes e a manutenção do sistema.

285 Os dados fornecidos pelo IPEA (<http://www.ipeadata.gov.br/ipeaweb.dll/ipeadata?65370046>) acerca do IDH das cinco regiões corroboram tal afirmação, conforme podemos verificar nas tabelas abaixo. Vale lembrar que o PIB não mede o desenvolvimento social, mas, na óptica do produtor, o crescimento econômico que a sociedade experimentou, independentemente do modo e do quando isso possa reverter para a população (GALBRAITH, J. K. **A economia das fraudes inocentes**. Trad. por Paulo A. S. Barbosa. São Paulo: Companhia das letras, 2004. p. 31):

Regiões197019801991CO - Região Centro-oeste0,4380,6920,754N - Região Norte0,3910,5720,617NE - Região Nordeste0,3060,4600,517S - Região Sul0,4880,7260,777SE - Região Sudeste0,5700,7180,775
Regiões20002001200220032004CO - Região Centro-oeste76.541.951,4780.311.877,9684.656.871,9485.35
8.172,8790.145.593,50N - Região Norte50.649.598,2853.076.456,6557.271.511,9056.896.570,4163.451.0
12,44NE - Região Nordeste144.134.602,57146.406.997,01153.708.296,08157.676.689,18168.739.024,47
S - Região Sul193.534.259,51198.609.708,39200.847.376,83212.529.802,03218.547.181,43SE - Região Su-
deste636.394.495,36637.304.928,81640.721.448,71630.950.064,95658.970.474,64

com o fim de promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico em todo o País (art. 151, I).

Além disso, esta Constituição se refere diretamente às desigualdades sociais e/ou regionais no art. 3º, III, onde são colocadas como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil; no art. 43, o qual permite que a União atue em um mesmo complexo geoeconômico e social, tendo o seu desenvolvimento e a redução das desigualdades sociais e regionais como fim; e no art. 170, VII, como um dos princípios regentes da ordem econômica brasileira.

Nesse artigo, pretendemos demonstrar a importância conferida pela Constituição de 1988 à tarefa de reduzir as desigualdades regionais, bem como a possibilidade de utilização das normas tributárias indutoras para a consecução deste objetivo.

Com este intuito, no primeiro ponto, discorreremos acerca do tratamento dado pela Constituição ao princípio da redução das desigualdades sociais e regionais.

No momento seguinte, como ponto para o desenvolvimento do raciocínio, exporemos as formas de intervenção do Estado no domínio econômico e sua relação com as normas tributárias.

No ponto três, trataremos com detalhes das normas tributárias indutoras, o que nos levará ao ponto quatro, no qual as relacionaremos com o princípio da redução das desigualdades sociais e regionais, demonstrando sua eficiência como instrumento para a concretização deste princípio.

A redução das desigualdades sociais e regionais como objetivo da República Federativa do Brasil

A problemática relacionada com os fins do Estado há muito é debatida pelos defensores da Teoria do Estado, de modo a haver posições de defesa da desvinculação entre a existência deste ente e seus fins, bem como correntes que não concebem a existência do Ente estatal anterior à destes.

Para os defensores da primeira posição, cabe ao Estado a manutenção da segurança, sendo ele responsável somente por assegurar a ordem e a estrutura daquela sociedade. Sua função resume-se organização formal, não lhe cabendo qualquer intervenção de ordem material, ou seja, não lhe é devida a atuação na esfera privada das relações sociais.

Já a segunda corrente caracteriza-se por não admitir a existência de um Estado sem um fim material, ou seja, seus objetivos. Deve o Ente estatal estabelecer e manter a estrutura social por meio de sua organização interna, mas deve também atuar de maneira mais incisiva na vida social, sendo esta sua função primordial, sua razão de existência. Não há razão de ser em um Estado cuja função seja apenas a de prover um esqueleto ou um limite dentro do qual as relações sociais irão se desenvolver, devendo o próprio ente estatal ser um agente social, intervindo nas relações privadas e tendo por fim último, pela evolução constante, o bem comum.

A segunda concepção mostra-se mais acertada, pois a primeira é de um excessivo formalismo, renegando uma das principais características do Estado, isto é os fins para os quais foi criado.

Segundo lição de Paulo Bonavides, o mundo passou por quatro grandes revoluções: a da liberdade, da igualdade, da fraternidade e da concretização constitucional da liberdade e da igualdade²⁸⁶.

Para o autor, cada uma das revoluções ensejou determinado tipo de Estado. Respectivamente temos o Estado Liberal, o Estado Socialista, o Estado Social das Constituições Programáticas e, finalmente, o Estado Social dos direitos fundamentais. Parece-nos bastante claro que cada revolução indicava o valor determinante dos fins a serem alcançados por parte de cada Estado.

Assim é que o Estado Liberal, fundado no valor da liberdade, tinha por fim assegurar a existência de condições que permitissem aos indivíduos o exercício de sua liberdade. Não se admite aqui nenhuma espécie de atuação positiva por parte do Estado. O modelo econômico adotado fundava-se no absentismo estatal, sendo a esfera de atuação deste limitada à segurança, à paz social e à garantia da ordem²⁸⁷.

O Estado Socialista, por sua vez, seguia caminho contrário ao Liberal. Nessa concepção, o Estado tem por fim promover a igualdade entre os membros daquela sociedade, ou seja, é um Estado que age, interfere na liberdade do indivíduo em prol da igualdade coletiva. Na realidade, em face aos abusos de poder, essa interferência tornou-se tão intensa que a noção de liberdade foi completamente desprezada.

286 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. p. 29-33.

287 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. p. 54.

Passamos então para o Estado Social. Este não é um tipo de Estado que se oponha ao capitalismo, sendo, na verdade, necessário para a manutenção deste sistema. O Estado Social objetiva coadunar a igualdade com sacrifícios mínimos dos interesses capitalistas. No Estado Social de Constituições Programáticas, temos uma extensa declaração de direitos referentes a liberdade, igualdade e fraternidade, porém sem muita concretude.

Nasce então o Estado Social dos direitos fundamentais. Defende Bonavides haver certa semelhança entre este Estado e o Liberal, pelo fato de em ambos haver uma premência do poder da Sociedade em detrimento do estatal. Diferem, no entanto, uma vez que no Estado Social não há incompatibilidade entre liberdade e igualdade. O ente estatal atua na vida social, há o dirigismo, há a intervenção. Ambos, o Estado e a Sociedade, possuem interesses convergentes, têm por fim a concretização dos direitos, princípios e valores previstos constitucionalmente. Aqui os direitos fundamentais exigem concretude, sob pena de ilegitimidade de todo o ordenamento jurídico²⁸⁸.

O teor da Constituição brasileira de 1988 nos situa não como Estado Social de Constituição Programática, mas sim como de direitos fundamentais. O Estado brasileiro possui fins a serem alcançados, os quais estão previstos no art. 3º da Constituição Federal. Este dispositivo determina serem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária (I); garantir o desenvolvimento nacional (II); erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (III); e promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (IV).

Ao elencar esses objetivos, o Poder Constituinte, com a legitimidade que lhe foi conferida pelo Povo, determinou quais são os fins a serem conquistados, ou seja, conferiu identidade ao Estado brasileiro. Dessa forma, qualquer atuação estatal em sentido contrário ao previsto neste artigo implica ilegitimidade, uma vez que este Estado foi criado com legitimidade apenas para cumprir estas determinações.

288 BONAVIDES. *Ob. Cit.*, p. 29-33.

Se, no entanto, este dispositivo possuísse vinculação meramente negativa, ou seja, apenas proibisse o retrocesso²⁸⁹, estaríamos diante de um Estado social de constituição programática, não sendo este o nosso caso. Por ser um artigo definidor dos fins de um Estado de direitos fundamentais, possui também vinculação positiva, ou seja, é capaz de obrigar o ente estatal a agir, a concretizar o seu conteúdo, não sendo possível cogitar de maneira distinta, pois isso implicaria uma mudança da identidade estatal e, por conseguinte, na ilegitimidade de sua existência.

A redução das desigualdades sociais e regionais como princípio da ordem econômica brasileira

O conceito de Constituição Econômica produz muitos debates, assim como o da própria Constituição. Há quem²⁹⁰ considere a existência de uma dualidade entre a Constituição Econômica e a Política, defendendo a nação de que a primeira trataria apenas do fato econômico e das relações dele advindas, contendo normas que regulariam a economia e controlariam o poder econômico com o intuito de conter seus abusos. Esta seria uma Carta distinta da Política, a qual seria responsável pela regulação da estrutura e organização social e do Estado.

Em sentido contrário, há correntes²⁹¹ que renegam qualquer espécie de esfacelamento da Constituição, defendendo a unidade constitucional. A consequência deste posicionamento é que a economia deve estar em sintonia com as decisões políticas presentes na Constituição. Há uma perfeita interação da ideologia constitucional com o aspecto econômico presente nesse diploma, o que leva à elaboração da política econômica do Estado²⁹².

289 Ingo Sarlet, em seu livro **A eficácia dos direitos fundamentais**, ensina que a proibição do retrocesso constitui um princípio constitucional implícito que decorre dos princípios do Estado Democrático e Social de Direito, da dignidade da pessoa humana, da máxima efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, da segurança jurídica e da proteção da confiança. P. 449.

290 São defensores dessa corrente os componentes da Escola ordoliberal de Freiburg, conforme lição de Gilberto Bercovici (**Constituição Econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 12).

291 Nesse sentido, BASTOS. Celso Ribeiro. **Curso de Direito Econômico**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004, p. 74/75 e BERCOVICI. Gilberto., **Constituição econômica e desenvolvimento – uma leitura a partir da Constituição de 1988**. p. 12/13.

292 BERCOVICI. Gilberto. *Op cit*, p. 13.

A Constituição Econômica, como um conjunto de normas reguladoras da atuação estatal na esfera econômica, e parte integrante de documento jurídico único, encontra-se presente nos ordenamentos jurídicos há já bastante tempo, exercendo função variável a depender do pensamento jurídico predominante de cada época.

A principal diferença entre as constituições anteriores ao século XX e as nascidas sob a égide do constitucionalismo social é que estas não se contentaram em receber a ordem ou estrutura econômica existente e simplesmente refleti-la no seu texto. As constituições atuais possuem políticas a serem realizadas no domínio econômico com o fim de atingir determinados objetivos, inclusive no campo social. São chamadas de constituições dirigentes, sendo a Carta Magna brasileira uma delas²⁹³.

O Título VII da Constituição de 1988 trata da ordem econômica e financeira, elencando, em seu art. 170, os princípios regentes desse setor²⁹⁴. Dentre eles, destacamos o inciso VII, que se refere à redução das desigualdades regionais e sociais.

O fato do princípio da redução das desigualdades regionais e sociais estar presente entre aqueles regentes da ordem econômica demonstra que toda a atividade econômica desenvolvida no País deve ser planejada e promovida de forma a atender essa determinação principiológica²⁹⁵.

293 *Ibidem*, p. 33.

294 Cf: “Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País; Parágrafo único: É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

295 Sobre o tema, vejamos a lição de Raul Machado Horta, contida em seu livro **Estudos de Direito Constitucional**, p.301: “A Ordem Econômica e Financeira não é ilha normativa apartada da Constituição. É fragmento da Constituição, uma parte do todo constitucional e nele se integra. A interpretação, a aplicação e a execução dos preceitos que a compõem reclamam o ajustamento permanente das regras da Ordem Econômica e Financeira às disposições do teto constitucional que se espraiam nas outras partes da Constituição.

A Ordem Econômica e Financeira é indissociável dos princípios fundamentais da República Federativa e do Estado Democrático de Direito. Suas regras visam atingir os objetivos fundamentais que a Constituição colocou na meta constitucional da República Federativa. A Ordem Econômica e Financeira é, por isso, instrumento para construção de uma Sociedade livre, justa e solidária.

É a fonte das normas e decisões que permitirão à República garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Mais uma vez tem-se clara a função, o fim (no sentido de objetivo) a ser concretizado pelo nosso Estado. A presença do princípio em estudo no referido Título expressa como dever do ente estatal a sua atuação positiva no sentido de promover o desenvolvimento social e econômico, o qual consiste em requisito essencial para a concretização da redução das desigualdades²⁹⁶.

Essa obrigação de agir do Estado pode se manifestar direta ou indiretamente. Assim é que pode o Estado atuar diretamente na economia, ou seja, ser um agente econômico exercendo sua função diretamente no mercado, bem como pode agir indiretamente, orientando a atividade econômica desenvolvida pelo ente privado, caso em que assume seu papel de regulador. As formas de atuação do Estado na economia serão detalhadamente estudadas no ponto dois.

A interpretação constitucional do princípio da redução das desigualdades sociais e regionais

Por serem classificados como princípios constitucionais fundamentais²⁹⁷, os objetivos da República, previstos no art. 3º da Constituição Federal brasileira, possuem a função de dar unidade de sentido ao sistema constitucional em sua totalidade, bem como de determinar em que sentido o Estado deve realizar suas ações.

Em outras palavras, tais princípios são responsáveis pela definição do tipo de Estado, ou seja, de sua identidade, uma vez que identifica o regime constitucional vigente, o regime político e os valores prezados pelo ordenamento.

Diante do princípio da redução das desigualdades sociais e regionais, fica evidente não apenas a função de distribuição de riquezas, característica do Estado Social, como também o seu dever de concretização de mudanças sociais conforme se exige de um Estado Social de direitos fundamentais.

Isso não quer dizer, no entanto, que se possa exigir imediatamente a prestação estatal concreta. O que deve o Estado realizar é uma conduta

296 Sobre a relação entre os princípios do desenvolvimento social e econômico e da redução das desigualdades sociais e regionais, ver capítulo 1 A GOVERNANÇA PÚBLICA E O ESTADO REGULADOR BRASILEIRO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO.

297 BARROSO. Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. p. 375.

positiva (no sentido de ação), permanente e atenta aos preceitos constitucionais, principalmente pelo fato de que a concretização dos princípios do art. 3º possui um caráter progressivo e dinâmico, nunca terminando a tarefa de um Ente estatal²⁹⁸.

A concretização dos fins previstos no retrocitado dispositivo se dá através de políticas públicas, ou seja, de programas de ação estatais. Dentre tais programas encontra-se o projeto do Governo para o desenvolvimento nacional, o qual não apenas é requisito essencial para a redução das desigualdades sociais e regionais como também é, ele próprio (o desenvolvimento nacional), um dos objetivos a serem realizados pelo nosso Estado.

Relaciona-se intensamente o princípio da redução das desigualdades sociais e regionais com o princípio do desenvolvimento nacional. Observa-se isso de forma ainda mais patente quando compreendemos o desenvolvimento nacional como algo mais amplo do que o simples desenvolvimento ou crescimento econômico.

O desenvolvimento deve ser percebido como crescimento econômico sim, porém este tendo por objetivo a melhoria das condições sociais. Assim é que não se pode falar em desenvolvimento, ainda que haja crescimento econômico, se não houver concomitantemente boas condições de saúde, moradia, educação, emprego, lazer, enfim, os direitos sociais previstos no art. 5º da Carta Política, bem como os direitos relacionados com as liberdades políticas²⁹⁹.

Tendo em vista o caráter vinculante dos objetivos previstos no art. 3º, toda a estrutura estatal deve funcionar visando à sua concretização. Não por outra razão, todo o sistema constitucional relacionado ao planejamento do desenvolvimento é voltado para a concretização desse dispositivo. Como exemplo disso temos os arts. 21, IX e XX e 23, parágrafo único³⁰⁰, os quais tratam de planos nacionais de desenvolvimento e de cooperação

298 BERCOVICI, Gilberto. *Op cit.* p. 37.

299 Sobre o tema ver Amartya SEN. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. Passim.

300 Art. 21: Compete à União: IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos.

Art. 23: É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...)

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

entre os entes da Administração Direta para um desenvolvimento equilibrado nacionalmente, sendo este também o objetivo do art. 43³⁰¹. No art. 159, I, c, a Constituição determina que deverá a União aplicar parte do que foi arrecadado com tributos para o financiamento de programas de desenvolvimento de determinadas regiões³⁰². No art. 192, a determinação é que o sistema financeiro nacional seja desenvolvido de forma a promover o desenvolvimento e a servir os interesses da coletividade, assim como, no art. 174, determina que a atividade econômica deve seguir o planejamento estatal para o desenvolvimento³⁰³. O art. 219, por sua vez, determina que o mercado interno deve ser incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico nacional³⁰⁴. Tal se dá também com o estabelecimento de órgãos regionais, como a Agência de Desenvolvimento da Amazônia e o Banco do Nordeste do Brasil.

Tem-se, pois, que os objetivos previstos no Texto Constitucional e que configuram princípio constitucional fundamental limitam a liberdade de ação dos três poderes constituídos, obrigando-os a administrar, legislar e julgar em consonância com o determinado em seu texto. Essa é uma

301 Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.

302 Art. 159. A União entregará: I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, quarenta e sete por cento na seguinte forma: (...) c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semi-árido do Nordeste a metade dos recursos destinados à região, na forma que a lei estabelecer. Exemplos de instituições criadas com o intuito de promover o desenvolvimento dessas regiões são a ADA - Agência de Desenvolvimento da Amazônia -, ADENE - Agência de Desenvolvimento do Nordeste - e o BNB - Banco do Nordeste. Atualmente, os projetos de recriação da SUDENE - Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste - (PLP 73/03) e da SUDAM - Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia - (PLP 22/03) foram aprovados pela Câmara e passaram pela sanção presidencial, tendo sido vetados os arts. referentes à autonomia financeira e ao orçamento regionalizado dessas instituições. No caso da SUDECO - Superintendência do Desenvolvimento Sustentável do Centro-Oeste, o projeto (PLP 184/04) ainda transitará pelo Senado Federal.

303 Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

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

304 Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

manifestação do caráter conformador desses princípios, o qual determina, além da forma de atuação dos poderes, também a interpretação de todo o sistema constitucional³⁰⁵.

A intervenção econômica do Estado e as normas tributárias

A atuação econômica do Estado, ou seja, sua ação no setor econômico não é fenômeno atual. Assim como há muito existem as constituições econômicas, em paralelo existe a intervenção estatal no âmbito econômico. O simples fato de haver, no ordenamento jurídico, previsão de um sistema econômico indica alguma atuação estatal nesse setor.

O conceito de intervenção que aqui adotamos, no entanto, não é tão amplo. Trata-se da atuação do Estado Intervencionista³⁰⁶, a qual não se limita a prever determinado sistema econômico, nem consiste em uma postura omissiva objetivando a auto-regulação do mercado.

A intervenção econômica do Estado contemporâneo caracteriza-se pela existência de ações comissivas, prestações positivas do ente estatal desenvolvidas na esfera econômica com o objetivo de corrigir as distorções causadas pelo e inerentes ao sistema capitalista³⁰⁷.

305 SCAFF. Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: PIRES, Adilson Rodrigues, TÔRRES, Heleno Taveira. **Princípios de direito financeiro e tributário**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. p. 124.

306 Para uma leitura aprofundada acerca do Estado Intervencionista, em particular, a possibilidade responsabilização do mesmo, ver SCAFF. Fernando Facury. **A responsabilidade civil do Estado Intervencionista**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

307 Vale um breve esclarecimento no sentido de que tais condutas não refletem um rompimento com o capitalismo, constituindo, na verdade, na solução encontrada para a sua manutenção. Pela mitigação dos conflitos por esse sistema causados, permanece forte a instituição básica sem a qual não se poderia falar em capitalismo – o mercado. Como consequência disso, tem-se que a esfera econômica não é um ambiente naturalmente considerado como próprio da atuação estatal. Este ente age nesse setor, como já foi dito, para alcançar determinados fins que objetivam a redução dos efeitos negativos do sistema capitalista. Em outras palavras, embora **indispensável**, a atuação estatal no domínio econômico é considerada como exceção dentro desse sistema.

Um dos possíveis mecanismos a ser utilizado pelo Estado para realizar tal intervenção é a norma tributária³⁰⁸. Confirmando este entendimento temos a lição de Sasha Calmon que assim versa:

“O poder de tributar, modernamente, é campo predileto de labor constituinte. A uma, porque o exercício da tributação é fundamental aos interesses do Estado, tanto para auferir as receitas necessárias à realização de seus fins, sempre crescentes, quanto para utilizar o tributo como instrumento extrafiscal, técnica em que o Estado intervencionista é pródigo. A duas, porque tamanho poder há de ser disciplinado e contido em prol da segurança dos cidadãos”³⁰⁹.

Nos pontos que se seguem discorreremos acerca das formas mediante as quais a intervenção estatal na economia se manifesta e da possibilidade de serem utilizadas as normas tributárias indutoras para este fim.

As formas de intervenção estatal no domínio econômico

É de Eros Roberto Grau a classificação mais adotada pela doutrina acerca das formas de intervenção estatal na economia. Segundo lição desse autor, o Estado pode intervir no domínio econômico ou sobre o domínio econômico³¹⁰.

É considerada intervenção na economia a atuação estatal como agente econômico, ou seja, ele é um dos agentes do cenário econômico, concretizando suas ações diretamente no mercado. É o chamado Estado Empresário³¹¹.

308 Em seu artigo “Desenvolvimento e Sistema Tributário” in **Direito e Desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento**, organizado por Welber Barral, Gilson Wessler Michels leciona que “por meio da tributação o Estado não apenas auferir os recursos necessários a sua existência como unidade político-operacional, como também dispõe de um poderoso instrumento de gestão de suas políticas econômicas e sociais. Tais funções vinculadas à tributação estão de há muito legitimadas pelas teorias política, econômica e jurídica, sendo difícil identificar, nos dias de hoje, Estado que não lance mão de tal dupla face. Tem-se, assim, que o ‘poder de tributar’ é uma das mais importantes prerrogativas estatais e, ao mesmo tempo, um dos principais instrumentos de intervenção do Estado no meio econômico”. (P. 228 e 229.).

309 Coelho. *Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro*, p.37. No mesmo sentido, Hugo de Brito Machado em seu **Curso de direito tributário**: “(...) o tributo é largamente utilizado com o objetivo de interferir na economia privada, estimulando atividades, setores econômicos ou regiões, desestimulando o consumo de certos bens e produzindo, finalmente, os efeitos mais diversos na economia”. p. 75.

310 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 148 – 151.

311 Sobre o tema, ver o capítulo 2 ESTADO REGULADOR E ESTADO EMPRESÁRIO: COEXISTÊNCIA E POSSIBILIDADES.

Quando age na economia, pode fazê-lo ainda de duas formas. É chamada intervenção na economia por absorção a modalidade na qual o ente estatal é o único agente a exercer aquela atividade econômica, ou seja, existe um regime de monopólio daquela atividade. Esse tipo de intervenção é aconselhado para setores da economia que constituam relevante interesse nacional, como no caso de bens considerados estratégicos.

A segunda forma de atuação estatal na economia presume a presença de outros agentes econômicos. Assim, embora a atuação direta do Estado na atividade econômica seja essencial para que se caracterize intervenção no domínio econômico, aqui não é ele o único agente. Não é ele o único detentor dos meios de produção, mas sim de apenas uma parcela destes. A esta forma denomina-se de intervenção na economia por participação. Neste caso, a legislação deve ser bastante rígida para evitar a formação de monopólios ou oligopólios. O objetivo desse tipo de intervenção é permitir a livre concorrência, objetivando ter como consequência todos os benefícios que esta pode trazer para o consumidor.

Antes de seguir para a intervenção sobre o domínio econômico, importa definir o âmbito da intervenção, ou seja, diferenciar os setores em que a atuação do Estado é inerente à existência dessa instituição daqueles em que há realmente uma intervenção.

Assim é que não se pode falar de intervenção no domínio econômico nos casos previstos pelo art. 175³¹² da Constituição, uma vez que este dispositivo se refere à prestação dos serviços públicos, os quais são naturalmente sede de atuação estatal, ainda que indiretamente.

Ocorre a intervenção direta apenas nos casos estipulados pelo art. 173³¹³ do mesmo diploma, o qual determina que haverá exploração direta de atividade econômica pelo Estado somente em casos de segurança nacional e relevante interesse coletivo.

Este dispositivo impõe ainda a atuação do ente estatal por intermédio de empresas públicas ou sociedades de economia mista, as quais estarão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas.

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

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

A intervenção sobre o domínio econômico acontece quando o Estado não atua diretamente na economia, não sendo ele assim um agente econômico. Essa intervenção se caracteriza pela sua exterioridade. O Estado orienta a atividade empresarial com medidas incentivadoras ou limitadoras de condutas específicas, determinando assim o caminho a ser seguido pela economia nacional. Temos aqui o Estado regulador.

A função estatal aqui é dirigir o mercado, dando os direcionamentos e fiscalizando o cumprimento das políticas econômicas adotadas. O principal instrumento utilizado pelo Estado é, portanto, a legislação, aqui entendida em seu sentido amplo, ou seja, incluindo leis, decretos, resoluções, dentre outros.

Assim como a intervenção no domínio econômico, a intervenção sobre este setor ocorre de duas formas distintas. Como já mencionado, essa atuação estatal se manifesta pela legislação. Dessa forma, o Estado pode intervir elaborando normas que dirigem a economia, denominadas de normas diretoras, caso em que a intervenção sobre o domínio econômico acontece por direção. Pode também intervir, elaborando normas que induzem o comportamento dos agentes econômicos. Nesse caso, as normas são chamadas de indutoras e a intervenção sobre o domínio econômico sucede por indução. Sobre a diferenciação entre esses dois tipos de intervenção sobre a economia discorrerá o próximo tópico³¹⁴.

Intervenção por indução e por direção

A intervenção sobre o domínio econômico por direção é realizada mediante normas imperativas, que tornam a realização de uma conduta obrigatória ou proibida.

Diante de uma norma dessa natureza, não resta ao agente econômico uma opção, não se pode falar em liberdade de escolha no tocante à anuência ao exposto pela norma diretiva. Deve o agente realizar o que ela determina, seja uma ação ou por uma omissão, pois, caso contrário, sofrerá as sanções previstas na legislação.

São verdadeiras imposições do ente estatal aos agentes econômicos,

314 Importante é fazer notar que estes sistemas (intervenção no e sobre o domínio econômico) não são estanques. É perfeitamente possível a convivência simultânea de ambos, sendo este o caso, por exemplo, da realidade brasileira no setor petrolífero, onde existe a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), regulando essa atividade econômica, e existe a Petrobrás, atuando diretamente no setor. V. supra, 2 ESTADO REGULADOR E ESTADO EMPRESÁRIO: COEXISTÊNCIA E POSSIBILIDADES.

inclusive ao próprio Estado, quando revestido das funções de Estado Empresário, sobre o rumo a ser seguido pelo mercado.

A intervenção por meio da indução ocorre com a utilização de normas dispositivas, ou seja, que admitem a possibilidade de escolha. Dessa forma, podem os agentes econômicos se abster de seguir o recomendado pela norma indutora, sem que lhes seja imputada nenhuma sanção.

Por meio da indução, permanece intacta a liberdade do agente e, assim sendo, é possível que os efeitos desejados pelo Estado não sejam alcançados. Caberá ao mercado decidir pelo sucesso daquela medida, a qual se manifestará pela continuação ou não da conduta incentivada ou desestimulada.

Assim é que, se o ente estatal deseja que certo produto não mais seja comercializado ou produzido, mas não quer interferir de forma direta, pode utilizar-se de uma norma tributária indutora. Tal medida implicará um aumento de custos, o que onerará o produto, ou uma redução dos custos do produto concorrente/alternativo, cabendo aos produtores e consumidores decidirem por continuar ou não o comércio do produto indesejado.

Observa-se, pois, que as normas indutoras e diretoras distinguem-se pela intensidade de afetação da liberdade dos agentes econômicos. Essa distinção apresenta-se de suma importância, pois não se pode cogitar na existência de normas tributárias (objeto deste estudo) de direção.

Às normas tributárias é inerente a existência da possibilidade de o contribuinte incorrer ou não na hipótese de incidência. Se este for obrigado a nela incorrer e, portanto, sofrer a conseqüente tributação, estaremos diante de um caso de confisco, o qual atenta contra o direito constitucional à propriedade. Sobre a relação entre extrafiscalidade e o princípio da proibição do confisco, Ricardo Lobo Torres afirma:

“A política extrafiscal justifica a elevação das alíquotas e o tributo excessivo, ao fito de coibir atividades nocivas ou prejudiciais à saúde, ao desenvolvimento econômico, à educação, etc.

Mas a extrafiscalidade não justifica o tributo confiscatório. É inconstitucional a lei que, a pretexto de regular atividade econômica, aniquila a propriedade privada ou a atinge em sua substância”.³¹⁵.

315 TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. VOL III – Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e Isonomia, p.164.

Temos, dessa forma, casos em que apenas normas de direção surtirão o efeito desejado, assim como sempre que se almejar coadunar a intervenção estatal e a liberdade de iniciativa, apenas as normas indutoras poderão ser utilizadas.

As normas tributárias como mecanismo de intervenção por indução

Uma das principais características do Estado contemporâneo é o fato de sua principal fonte de financiamento ser o tributo. É por meio dele que o Estado aufere a receita necessária para prestar os serviços de que a sociedade necessita.

Esta noção de tributo advém de um destaque conferido à sua função arrecadadora, não sendo esta, porém, a única função desse instituto.

A arrecadação, embora de importância inquestionável, não possui caráter transformador. Assim, ver os tributos como detentores de função meramente arrecadatória implica encarar o sistema tributário de forma neutra.

Tal neutralidade, longe de significar inexistência de interesses políticos, possui intensa natureza política. Um Estado detentor de um sistema tributário neutro é um Estado neutro, cujo objetivo é a manutenção do status quo. Não há interesse mais político do que a manutenção do poder da classe dominante

O Estado brasileiro, justamente por ser social de direitos fundamentais, tem por fim a mudança da realidade social. A inconformidade com a realidade atual é evidente na leitura, por exemplo, do art. 3º da Constituição.

Conforme explanado em momento anterior, o Estado brasileiro possui fins a alcançar. Assim, qualquer desvio que leve a fins distintos daqueles previstos na Carta Magna implica ilegitimidade.

Uma vez que a neutralidade do sistema tributário leva à manutenção do *status quo*, e isso é diametralmente oposto ao determinado pela nossa Constituição, resta inconcebível um sistema tributário neutro, ou seja, onde os tributos possuem função apenas, ou principalmente, de arrecadação.

Além do aspecto arrecadatário ou fiscal, os tributos podem ainda exercer as funções parafiscal e extrafiscal³¹⁶.

A parafiscalidade ocorre sempre que a capacidade tributária ativa (de arrecadar o tributo) é conferida a pessoa jurídica diversa daquela a quem foi atribuída a competência tributária (criação do tributo), devendo os recursos arrecadados ser utilizados para a concretização das finalidades (geralmente de ordem social) da pessoa jurídica detentora da capacidade ativa. Vale lembrar que tais finalidades não integram as funções próprias do Estado, mas este as realiza por meio dessas entidades.

A extrafiscalidade, por sua vez, constitui-se na utilização do tributo como meio de atuação do Estado na economia, incentivando ou desestimulando determinada atividade econômica. Os incentivos podem ser realizados mediante a diminuição ou mesmo supressão da carga tributária, enquanto os desestímulos se dão pelo aumento desta. Temos aqui o tributo como instrumento de intervenção por indução, lembrando da impossibilidade da atribuição do caráter diretivo às normas tributárias (ponto 2.2 retro).

Luis Eduardo Schoueri alerta para a noção de que a expressão “extrafiscalidade” pode referir-se tanto a um gênero quanto a uma espécie. A espécie é o caso de atuação por indução na economia, já exposto. O gênero retrata, além das normas extrafiscais em sentido restrito, aquelas que não possuem razões fiscais, no entanto, também não objetivam nenhuma intervenção na esfera econômica. Seriam as normas relacionadas com a política social, como, por exemplo, aquelas que asseguram um tratamento tributário diferenciado em caso de desemprego. Nesse caso, há inegavelmente benefício para aquele que se enquadra na hipótese prevista na norma, mas esta não influenciará na manutenção ou não da circunstância de desemprego do beneficiário³¹⁷.

Para este trabalho, interessa a noção de extrafiscalidade em sentido estrito, na qual se enquadram as normas tributárias indutoras, assunto a ser aprofundado nos próximos pontos.

316 Na verdade, dificilmente um tributo exercerá apenas uma das funções acima. Ainda que tenha sido concebido com fins arrecadatários, ele acabará por influenciar na economia de alguma forma, pois o legislador não cria tributos sem analisar suas conseqüências socioeconômicas. Se, por outro lado, for criado com fins extrafiscais, não se pode deixar de lado o fato de que ele, ainda assim, gera recursos, realizando o aspecto arrecadatário.

317 SCHOUERI. Luis Eduardo **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. p. 32 e 33.

Normas tributárias indutoras

Conforme já explicado, as normas tributárias indutoras são aquelas utilizadas pelo ente estatal com o objetivo de interferir no domínio econômico, dando aos agentes orientações acerca do caminho que deseja que seja seguido na economia.

Podem o Estado direcionar a economia mediante de incentivos ou desestímulos. Quando para este fim utiliza as normas tributárias, ele diminui ou aumenta a carga tributária incidente sobre a atividade que intenta influenciar. Quer se trate de aumento ou de redução da carga tributária, há que se atentar para questões como a da concorrência, uma vez que alguns contribuintes obterão vantagens em relação aos seus concorrentes.

Outro ponto merecedor de atenção, e ainda relacionado com a questão concorrencial, é o fato de que, justamente por não ser possível uma intervenção por norma tributária de modo diretivo, as normas tributárias indutoras (como é da sua natureza) não garantem a concretização do resultado almejado, ou seja, a mudança do comportamento desejada pelo ente público.

Isso quer dizer que os agentes podem aquiescer à vontade estatal ou não. Assim, em se tratando de agravamento da carga tributária, se modifica seu comportamento, os agentes não incorrerão na hipótese de incidência prevista na norma, não devendo pagar o tributo.

Se, no entanto, é a eles mais vantajoso manter o comportamento e arcar com os custos do tributo, a norma tributária indutora pode levar a uma situação de extrema desigualdade, pois privilegia o agente econômico mais forte, que tinha condições de pagar o tributo, em detrimento daquele em condições mais frágeis, que cedeu à vontade estatal por não ter condições de arcar com a nova carga tributária. Com o tempo, aquele agente que descumpriu a orientação estatal poderá vir a dominar o mercado, não mais se podendo falar em concorrência e suas conseqüentes vantagens.

Dessa forma, fica patente a necessidade de um estudo cuidadoso quando da elaboração das normas tributárias indutoras, quer de incentivo quer de desestímulo, para que não seja ferido o princípio constitucional da igualdade.

As normas tributárias indutoras como uma espécie de subvenção

Ponderando a idéia de que o incentivo a determinada conduta implica o desestímulo ao seu não-seguimento e que o desestímulo a certa conduta leva ao incentivo à realização de conduta diversa, Luis Eduardo Schoueri defende o argumento de que é possível o estudo das normas tributárias indutoras sob o foco apenas do estímulo ou apenas do desestímulo, uma vez que as conseqüências são as mesmas analisadas apenas pela ordem inversa³¹⁸. Prosseguiremos este estudo sob a óptica da indução mediante incentivos.

Considerando que as prestações pecuniárias são subvenções – não incluídas nas **garantias do Estado** aos seus administrados – realizadas pelo ente público a produtores ou consumidores, e sem resultar em contraprestação de natureza pecuniária, mas sim na adoção de comportamento desejado pelo Estado, as normas tributárias indutoras podem ser classificadas como uma espécie de subvenção.

Pode-se argumentar que, ao conceder incentivos fiscais, o Estado não realiza nenhuma prestação pecuniária, não se podendo considerar, portanto, as normas tributárias indutoras como espécie de subvenção.

Este pensamento, no entanto se encontra ultrapassado pelo seu excesso de formalismo. Muito embora o Estado não subtraia nada do Erário para a realização dessas prestações, ao conceder os incentivos fiscais, ele deixa de auferir recursos, resultando no mesmo efeito que seria provocado pelas subvenções³¹⁹.

Identificação das normas tributárias indutoras

Em momento anterior deste estudo, discorreremos acerca da possibilidade de as normas tributárias exercerem mais de uma função simultaneamen-

318 SCHOUERI, Luis Eduardo. *Op cit.* p .54 e 55.

319 Diz o artigo 14, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000): “a renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.” (O caput do mesmo artigo estabelece que “a concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes”, dentre outras condições.)

te. Justamente por essa possibilidade, o posicionamento doutrinário de classificação de tais normas em arrecadatórias ou indutoras, tendo por base a sua finalidade, não pode ser adotado. Diante da insuficiência desse critério classificador, a utilização de um novo critério é imprescindível para a identificação das normas indutoras.

Segundo Tércio Sampaio de Ferraz Junior, a classificação das normas jurídicas pode ser realizada sob o ponto de vista da Semiótica. Esta consiste na teoria dos signos analisados sob os seguintes aspectos: a relação dos signos entre si (Sintaxe); dos signos em relação ao seu objeto (Semântica); e dos signos em relação a seus usuários (Pragmática). Assim, as normas jurídicas podem ser classificadas segundo a sua relação com outras normas (Sintaxe), a sua relação com o objeto normado (Semântica) e a sua função (Pragmática)³²⁰.

Pelo critério pragmático, é considerado o efeito das normas sobre os sujeitos, seu efeito sobre eles. Partindo desse ponto, a análise acerca da classificação das normas tributárias observa a sua relação com a realidade em que estão inseridas. É a eficácia dessas normas na sua aplicação que vai definir a predominância do seu caráter arrecadador ou indutor. Dessa forma, uma mesma norma tributária pode ser considerada arrecadadora ou indutora, a depender da situação do caso concreto em que está sendo aplicada.

E será eficaz, sempre que proporcione as mudanças almejadas pelo Estado, sem agredir os princípios da igualdade, da proibição do confisco e da concorrência.

Uma situação concreta que demonstra claramente o caráter indutor de uma norma tributária é o caso de agravamento da carga tributária incidente sobre determinada atividade. Sendo o objetivo estatal coibir a realização daquela conduta, quanto maior for o valor do tributo que tem o exercício dessa atividade como hipótese de incidência, menor será sua realização. Quanto menor for a prática da atividade, menor o valor arrecadado pelo Estado, demonstrando que o objetivo principal da norma era a modificação de um comportamento econômico e não a arrecadação de recursos para financiamento do ente estatal.

320 FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito – técnica, decisão, dominação*. p. 123.

No caso de normas tributárias concessoiras de vantagens ao contribuinte que segue a conduta desejada pelo Estado, um dos exemplos mais comuns são as normas que concedem isenção.

Essa é, no entanto, uma das figuras mais ecléticas do Direito Tributário, podendo ter caráter fiscal quando é concedida objetivando reduzir a hipótese de incidência inicialmente prevista pelo legislador.

Será caracterizada como indutora, no entanto, sempre que, quando da sua aplicação, observar-se que não quer ela reduzir os casos de incidência tributária previstos inicial e inadequadamente pelo legislador. Seu objetivo seria apenas ou predominantemente levar o contribuinte a agir de determinada maneira almejada pelo Estado ou consumir determinado produto por ele preferido por motivações sociais, ambientais ou qualquer outra relacionada com o interesse público.

As normas tributárias indutoras como instrumento legal para a concretização da redução das desigualdades sociais e regionais

Indiscutível é a afirmação de que o Estado contemporâneo já não mais possui o perfil tão característico do Estado Liberal de ser um mero vigilante da paz social sem nada intervir na economia.

Da mesma forma, também não é mais caracterizado pela “programaticidade” de seus fundamentos como foi tão próprio do Estado Social de Constituições Programáticas.

Isso significa dizer que este Estado já não mais se contenta em assistir sem nada fazer ou em apenas prometer sem nada concretizar, realizando uma conduta meramente redistributiva. O Estado atual tem no seu perfil a realização de condutas positivas, objetivando a transformação social mediante suas ações.

Este papel a ser cumprido pelo Estado de direitos fundamentais encontra-se positivado na Constituição brasileira em seu art. 3º, o qual determina ser objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, dentre outros, a redução das desigualdades sociais e regionais. Para a consecução deste objetivo, deve o Estado buscar o desenvolvimento nacional (também objetivo previsto no art. 3º), sem o qual não seria possível nenhuma espécie de mudança social ou regional.

Com o intuito de promover o desenvolvimento e, assim, reduzir as desigualdades sociais e regionais, criando uma sociedade mais justa e solidária, deve o Estado intervir na economia. Esta intervenção acontece mediante ações que incluem dirigir, orientar e atuar diretamente no domínio econômico.

Diante da possibilidade da função extrafiscal das normas tributárias, resta evidente o caráter instrumental das normas tributárias indutoras, próprio da intervenção estatal sobre a economia, na transformação da realidade econômica e social e, por conseguinte, na concretização dos objetivos previstos no art. 3º, em particular, a redução das desigualdades sociais e regionais.

Para que exerçam de fato essa função, as normas tributárias indutoras devem efetivamente alcançar o seu fim. Se, em se tratando de norma que onera a atividade, o valor do tributo for tal que seja mais interessante para o contribuinte realizar a hipótese de incidência que modificar seu comportamento econômico, a norma não apenas não realizará a sua função, como gerará uma desigualdade no mercado por interferir no equilíbrio concorrencial, sendo, portanto, inconstitucional.

Se, por outro lado, tratar-se de norma indutora concedente de benefícios como isenções, reduções de alíquotas ou subvenções, estaremos diante de um instrumento que onera o Erário, seja pela concessão de benefícios financeiros, seja pela diminuição na arrecadação fiscal. Diante disso, a utilização de tais normas deve seguir o determinado pela Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, também conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal.

Até o advento da referida lei, era bastante comum a prática, pelos Estados, de concessões de benefícios (isenções, por exemplo) a empresas, com o intuito de atraí-las para seu território, gerando o desenvolvimento econômico local. Este é o objetivo de uma norma tributária indutora coerente com o Texto Constitucional.

Este desenvolvimento, no entanto, nem sempre acontecia. Não poucos foram os casos em que as vantagens concedidas pelo ente público superavam os benefícios proporcionados pelas empresas. Esta situação é evidentemente teratológica diante da inversão de resultados, pois não apenas não havia o desenvolvimento esperado como havia prejuízo para os cofres públicos.

De acordo com o art. 14 de referida lei, a concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias, estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes (*caput*) e de demonstrativo de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária e que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo da Lei de Diretrizes Orçamentárias (inciso I) ou de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por intermédio de aumento de receita (inciso II)

Tais dispositivos, referentes à renúncia de receita, almejam impedir a perpetuação dessa realidade, ao responsabilizar o administrador pela concessão irresponsável de benefícios fiscais. Não se trata de uma prevalência da arrecadação sobre o desenvolvimento, mas da busca pelo desenvolvimento real, em detrimento de medidas que, com a desculpa de promovê-lo, o retardam.

Tem-se aqui demonstrada, mais uma vez, a importância do planejamento dentro do ordenamento pátrio, uma vez que somente ele permitirá o uso eficiente das normas tributárias indutoras para a concretização do princípio constitucional da redução das desigualdades sociais e regionais, por meio da promoção do desenvolvimento.

Referências bibliográficas

- BARROSO. Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2006;
- BASTOS. Celso Ribeiro. **Curso de Direito Econômico**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004;
- BERCOVICI. Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2004;
- GALBRAITH, J. K. **A economia das fraudes inocentes**. Trad. por Paulo A. S. Barbosa. São Paulo: Companhia das letras, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11 ed, São Paulo: Malheiros, 2006;
- HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. 1ª Ed. Del Rey. Belo Horizonte. 1995;
- MACHADO. Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2004;
- MICHELS. Gilson Wessler. **Desenvolvimento e Sistema Tributário**. In: BARRAL, Welber. **Direito e Desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento**. São Paulo: Editora Singular, 2005;
- FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Editora Atlas, 2003;
- SARLET. Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006;
- SCAFF. Fernando Facury. **A responsabilidade civil do Estado Interven-**

- cionista**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001;
- SCAFF. Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **In:** PIRES, Adilson Rodrigues, TÔRRES, Heleno Taveira. **Princípios de direito financeiro e tributário**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p 115 – 131.
- SCHOUERI. Luis Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005;
- SEN. Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. por Laura Teixeira Motta, São Paulo: Companhia das Letras, 2000;
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006;
- TORRES. Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. VOL III – Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e Isonomia. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

UMA ABORDAGEM CRÍTICA SOBRE O TRANSPORTE DE GÁS NATURAL: O LIVRE ACESSO AOS DUTOS E O RISCO DE ENTRAVE AO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO NACIONAL

Fábio Augusto de C. C. M. Leite
Fabiano André de Souza Mendonça
Yanko Marcius de Alencar Xavier

A nova geopolítica do Direito

O desenvolvimento do Direito como instrumento de garantia do planejamento macroeconômico de um país não é um fato recente para os modernos Estados democráticos. É até mesmo possível constatar a utilização do Direito, por meio da prática do planejamento normativo, em graves períodos de crise dos Estados-nação, especialmente (e de maneira mais sistematizada), após a Grande Depressão de 1929 e as duas grandes guerras, com a crença no poder do Estado de organizar a economia, difundida pelas idéias do economista John Maynard Keynes.

Tal raciocínio, porém, pode ser inferido em períodos anteriores, notadamente a partir do Iluminismo no século XVIII, que pregava o racionalismo como meio para a condenação do autoritarismo e a afirmação da igualdade de todos os seres. Com a verificação da inviabilidade prática da

racionalidade individual pregada por Adam Smith para garantir o bem-estar social (por meio da lógica do mercado), procurou-se garantir tal ideal mediante instrumentos indutores, que necessariamente passavam pela ação estatal. Neste caso, passou-se do período individualista para a era da racionalidade social, quando o planejamento se fazia necessário para atingir determinadas idéias de interesse público. No Brasil, é possível verificar a utilização do Direito, pois o planejamento é eminentemente normativo, já na Constituição de 1934, que faz referência à palavra “plano” no seu art. 5º, IX³²¹.

A interação existente da ordem jurídica com e a econômica, no sistema capitalista contemporâneo³²², se apresenta como um fator legitimador e garantidor da segurança jurídica necessária ao desenvolvimento da economia como um todo. Já se passou a época da imposição forçada de planos macroeconômicos³²³ ou de economias planificadas. Vive-se hoje a era das legitimações³²⁴, quando tudo o que é apresentado precisa ser justificado, o pragmatismo impera, em detrimento dos discursos ideológicos vazios, sem profundidade de conteúdo.

321 ³ Vide: FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 4ª ed. p. 299, 300. Ainda neste sentido, tratando especificamente sobre planejamento como instrumento de implementação de políticas públicas, vide: SCOOT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômico**. p. 56.

322 O sistema capitalista pode ser compreendido como um modelo de sistema econômico, entendido este como um “conjunto coerente de estruturas econômicas, institucionais, jurídicas, sociais e mentais organizadas em vista de assegurar a realização de um certo número de objetivos econômicos”. Cada sistema, que é um modelo teórico e idealizado, dá lugar a vários tipos de regimes, onde, no capitalista, tem-se as espécies comercial, industrial, financeiro, que refletem a realidade político econômica da época. Cf. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 4ª ed. p. 52 (notas 13 e 14). Segundo Nester, sistema econômico é o “conjunto de instituições organizadas, que seguem um princípio comum para administrar os seus recursos escassos de uma maneira minimamente eficiente, de modo a evitar desperdícios”. NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)**. p. 17.

323 A criação de planos econômicos é uma característica do Estado do século XX, diametralmente oposta à do modelo liberal existente no século XVII, que o concebeu como um ente distanciado da sociedade e cujas conseqüências negativas já são claramente sabidas. A incapacidade de solucionar as profundas falhas de mercado decorrentes das ações egoísticas dos agentes econômicos levou à formação dos planos, que, no seu contexto mais extremado, desenvolvidos no sistema socialista, implicaram a condução coercitiva do mercado lá existente pelo governo. Cf. SCOOT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômico**. p. 50, 51.

324 A legitimação seria um corolário da necessária motivação e publicidade que deve permear todos os atos emanados do Poder Público e exigidos pela própria Constituição Federal (art. 37, caput). Para Comparato, “o consenso político geral dentro do Estado contemporâneo não mais se estabelece na supremacia dos valores tradicionais, na hegemonia de líderes carismáticos ou na racionalidade burocrática, mas, sim, em torno da eficiência operacional do Estado na consecução de metas sócio-econômicas predeterminadas”. COMPARATO *apud* SCOOT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômico**. p. 178. A legitimação, portanto, depende do pragmatismo a que esteja submetida para atingir seus objetivos, o que não se faz mais por meio de discursos e retórica vazia.

O Direito do século XXI se encontra, neste sentido, intrinsecamente ligado a fatores econômicos, pois a sua concretização num Estado de economia capitalista demanda a existência de receitas suficientes, logo, ora se discute a submissão da ordem jurídica a elementos econômicos, como superestrutura ideológica (Marx), ou então se apresenta a capacidade do Direito em conduzir a Economia, de regulá-la segundo padrões ditados pelo ordenamento jurídico legitimamente instituído.

A sinergia destas duas forças - o Direito e a Economia - resultou na busca da maximização da eficiência de ambas, no sentido de garantir o desenvolvimento (não confundido com crescimento³²⁵) econômico do Estado. O Direito Econômico, como instrumento de regulação macro-econômica do Estado³²⁶, se apresenta como um reflexo claro desta busca de “jurisdicizar” fatores econômicos sem fazê-los perder a legitimidade e de submetê-los à égide da Constituição Federal.

O desenvolvimento da pesquisa ora em espeque, neste sentido, se apresenta totalmente imerso neste novo ramo jurídico, constitucionalizado pela Carta Magna de 1988, no artigo 24, de forma expressa e inferido pelas disposições constantes nos temas relativos à nova ordem econômica e financeira, art. 170, bem como por toda uma legislação infraconstitucional correlata (como a lei de defesa da concorrência, as leis de criação das agências reguladoras, o processo de desestatização e a flexibilização de monopólios), especializada, neste novo século, em temas relativos à regulação e à concorrência.

O Direito, agora sob o viés notoriamente econômico, mas sem ser submetido a ele, apesar de não ser uma configuração nova³²⁷, nem no

325 A idéia de desenvolvimento aqui considerada é aquela que o preconiza como um processo de expansão das liberdades do ser humano, ampliando suas escolhas e oportunidades. Neste sentido, o crescimento econômico deve ser visto como uma parcela posta no contexto maior do desenvolvimento, que não pode ser confundido apenas com a acumulação de riquezas. Cfr. SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. p. 29.

326 Direito econômico pode ser entendido como o ramo do Direito destinado a reger a direção da política econômica pelo Estado. Cfr. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 4ª ed. p. 11. Segundo Forgioni, “é o conjunto de técnicas de que lança mão o Estado contemporâneo em sua função de implementar políticas públicas”. FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. p. 23.

327 A relação Direito-Economia é característica do modo de produção capitalista e a forma como tal interação se determina tem como base o Direito Econômico, desenvolvido historicamente como instrumento de proteção das liberdades econômicas contra a concentração de poder dos grandes grupos empresariais. Já no século XIX, era possível verificar o efeito da concentração capitalista na economia (barreiras à entrada, monopólios, preços abusivos), logo, o Direito não podia mais se apresentar alheio a tal realidade, que não se coadunava com os próprios preceitos do liberalismo reinante. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito**

Brasil, muito menos no mundo, passou apenas a partir do século XX a desenvolver um viés científico e independente que antes inexistia, representado por iniciativas de legislação esparsas, bem como por experiências jurisprudenciais inicialmente tímidas³²⁸, que não refletiam toda a robustez ora vivenciada, em que a ordem jurídica influencia a economia e recebe o feedback desta, num constante círculo que não mais parece ser possível de ser destacado sem se correr o risco de sofrer com experiências de condução macroeconômicas irresponsáveis e insustentáveis a médio e longo prazo³²⁹.

À reforma do Direito, no século XX, seguiu-se uma paralela e simultânea reforma do Estado, de mudança de prioridades e de focos de atuação, ante a falência dos modelos intervencionista e liberal que precederam a busca da configuração atual.

O chamado Estado Regulador³³⁰, notoriamente em decorrência do advento das denominadas autoridades administrativas independentes³³¹, ou agências reguladoras, representou a busca de reação do Poder Público ante uma incapacidade gerencial clara dos fatores macroeconômicos e da insuficiência de recursos para a realização das reformas necessárias à concretização dos direitos fundamentais universalizados e consagrados,

econômico. 4ª ed. p. 15 e 17.

328 Quando do desenvolvimento do Direito Econômico (cujo marco jurídico pode ser tido com a publicação do *Sherman Act* em 1890 nos EUA), que teve como ponto de partida o controle das concentrações de capital em poucas empresas, notoriamente nos Estados Unidos, ainda não se tinha a noção exata dos efeitos negativos a serem causados por elas, especialmente em função da existência de economias de escala que garantiriam uma maior eficiência econômica dos mercados.

329 Vide o exemplo da Venezuela, onde o presidente Hugo Chavez desenvolve uma política interna e externa exclusivamente baseada em suas vastas e sobrevalorizadas, porém finitas, reservas de petróleo e gás natural.

330 O advento do conceito de regulação decorre do processo de reforma do papel político-econômico do Estado, com a redução da sua intervenção direta e a liberalização da economia. Tratou-se de uma mudança dos instrumentos por meio dos quais se buscava alcançar objetivos constitucionalmente consagrados e esse processo demandou o reconhecimento da inaptidão estatal como agente de mercado. Como decorrência disso, a introdução da concorrência (pela chamada desregulação) passou a demandar novos instrumentos capazes de controlar as forças de mercado (como as concentrações econômicas). A busca dessa “regulação” do mercado é que deu origem ao conceito de Estado Regulador. A denominação, todavia, padece de críticas, pois não existe um padrão de Estado Regulador, mas sim modelos de regulação variáveis e contingentes a depender do país em que foi inserida. Cfr. FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras.** p. 200. No mesmo sentido: NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes).** p. 66.

331 As terminologias variam, porém todas buscam retratar o mesmo fenômeno, da criação de entes com autonomia reforçada face ao Poder Executivo. A denominação “administração independente”, ou “autoridade administrativa independente” (AAI) é européia, enquanto o termo “Agência” advém do Direito norte-americano. FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras.** p. 205.

especialmente, após a Segunda Guerra Mundial³³². Trata-se, portanto, de uma justificativa de caráter unicamente econômico, sem conteúdo jurídico qualquer; logo, onde encontrar a legitimidade democrática da reforma? Sob o aspecto crítico, portanto, convém considerar, ainda, elementos outros, menos explícitos, porém não menos relevantes, como a influência da globalização (que internacionalizou não apenas a Economia, mas também direitos, informações e tecnologias) e, especialmente, da ideologia dos novos agentes de mercado mundiais (as empresas transnacionais, notoriamente resultantes das grandes concentrações capitalistas que resultaram na criação do Direito Econômico³³³), incapazes de expandir sua influência sem um Estado minimamente eficiente, portador de regras claras e capaz de garantir o básico de segurança e de retorno aos investimentos efetuados.

A profissionalização do Estado, em países que sequer chegaram a se dizer como liberais ou de bem-estar (como o Brasil³³⁴), representou uma tentativa, por parte do Poder Público, de angariar o reconhecimento perdido em função de décadas de má gestão e, também, de garantir à iniciativa privada o espaço mais livre possível para a sua atuação. Foi, efetivamente, uma busca da credibilidade perdida, realizada, porém, de forma a agradar apenas a parcela dos potenciais investidores, logo, não se procurou, inicialmente, adequar a estrutura institucional vigente à Constituição Federal e no estabelecimento de regras claras para os futuros investimentos, simplesmente emendou-se³³⁵

332 A Declaração Universal dos Direitos do Homem, assinada em Paris em 1948, representa o ponto alto da sistematização dos direitos fundamentais e a sua positivação no plano do Direito Internacional Público. MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. p. 18.

333 A postura individualista do liberalismo culminou com a possibilidade de as empresas integrantes do mercado buscarem garantir uma postura hegemônica em face das outras, fato este possibilitado pela política estatal de não-intervenção. Com a formação de grandes conglomerados econômicos, já no século XIX, como a *Standard Oil*, a concentração econômica dos mercados daí resultante passou a representar uma ameaça para a concorrência, fato este que demandou a intervenção mais ativa do Estado por meio de uma nova disciplina jurídica, qual seja, o Direito Econômico. Cfr. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 4ª ed. p. 15.

334 Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o Estado passou até agora por três fases: a primeira, denominada de pré-modernidade (período liberal), é o Estado da virada do século XIX para o XX. A segunda, chamada de modernidade, é a do Estado social, intervencionista, que se iniciou na segunda década do século XX e a última seria a pós-modernidade, caracterizada pelas reformas do Estado, a desregulação, privatização e organizações não governamentais. O Brasil, país de industrialização tardia, chegou à terceira fase sem nem ter sido liberal, nem moderno. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. p. 18.

335 A onda reformista brasileira se deu em três aspectos. No primeiro teve-se o fim da restrição ao capital estrangeiro, por meio da Emenda Constitucional nº 06/95. Outro momento veio com a flexibilização dos

a Carta Magna para adequá-la aos interesses econômicos envolvidos.

Segundo Nester³³⁶, o processo de liberalização da economia brasileira, iniciada em 1994 pelas desestatizações³³⁷, resultou numa ampliação da área de atuação dos agentes econômicos, agora em regime concorrencial, que, todavia, ocasionou o risco da formação de concentrações econômicas³³⁸ em áreas onde antes havia apenas a intervenção estatal (alteraram-se então o agente do setor e a sua lógica de ação, agora voltada para o lucro e não mais à universalização do serviço). O Estado Regulador, doravante, se consolida no intuito de dirimir as diferenças entre os agentes econômicos privados e para fomentar a concorrência, a qual, segundo a lógica privatista, apesar de gerar efeitos benéficos aos consumidores, não é querida pelos concorrentes, por demandar constantes investimentos em novas tecnologias, melhorias de serviço e redução de preços.

A tendência anticompetitiva do mercado teve seu reflexo científico com a Escola de Chicago³³⁹ na final década de 1970 para a seguinte, por ser

monopólios estatais, por meio das emendas nº 05/95 (gás canalizado), 08 e 09/95 (nestas duas últimas, telecomunicações e petróleo respectivamente). A terceira transformação se deu com o processo de privatização, por meio da lei nº 8.031/97. *Idem*. p. 23 e 24.

336 NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)**. p. 12, 13.

337 Convém esclarecer a utilização de tais terminologias (privatização, desregulação, desestatização, liberalização), para evitar a confusão no seu uso e tratá-las como sinônimas. Segundo Vital Moreira, *privatização* significa a alienação do setor público pela venda das empresas estatais; já *liberalização* consiste na abertura dos setores até então monopolizados pelo Estado com a introdução da concorrência e desregulação representa o estabelecimento da concorrência por meio da diminuição de restrições ao ingresso de novos agentes econômicos no mercado, com a contrapartida do aumento da ação regulatória do Estado. MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. *Apud* NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)**. p. 64 (nota 9).

338 A existência de concentrações econômicas é um fenômeno empírico-fatual e não técnico-jurídico, representando o aumento de poder de determinados agentes econômicos num dado mercado relevante. FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. p. 464.

339 Convencionou-se chamar de Escola de Chicago o conjunto de teorias capitaneadas por Aaron Director, ainda na década de 1950, acerca dos estudos sobre preço e direito antitruste, cujo desenvolvimento se verificou nos anos 1960 e 1970 com os trabalhos de R. Bork e R. Posner, que elevaram a eficiência produtiva como critério a justificar posições dominantes e, conseqüentemente, concentrações de mercado, em razão da eficiência gerada que repercutiria no preço final dos produtos. Não se trata, todavia, de os ideólogos de Chicago defenderem um mínimo de concorrência, pelo contrário, o consenso entre seus autores era de que o Estado deveria intervir o mínimo possível no mercado, dada sua incapacidade administrativa, para desta forma a concorrência se desenvolver. As concentrações econômicas garantiriam a redução dos custos de transação no mercado, garantindo maior eficiência e ganho para os consumidores. Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial. as condutas**. p. 21 e GOLDBERGH, Daniel. **Poder de compra e política antitruste**. p. 89.

profusa defensora do aproveitamento das economias de escala³⁴⁰ geradas pelas concentrações de poder econômico no sentido de, desta forma, atingir melhor eficiência alocativa³⁴¹ e, por conseguinte, a maior satisfação do destinatário final dos serviços.

No âmbito do petróleo e do gás natural, a cultura jurídica monopolista e que privilegiava as concentrações teve seu refreio com a flexibilização imposta pela Emenda Constitucional nº 09/95, que possibilitou a entrada de agentes privados nas fases de exploração e produção de petróleo e gás, antes reservadas à Petrobrás, bem como pela própria nova ordem econômica almejada nos termos do artigo 170 da Carta Magna, que defende a livre concorrência como princípio a ser seguido para o alcance de um mercado pautado pela justiça social e que valorize o trabalho humano, conforme se verá a seguir.

O monopólio no período posterior ao processo de reforma constitucional e a questão do gás natural

A abertura do mercado brasileiro ao investimento estrangeiro, bem como a flexibilização do monopólio das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural (pela Emenda Constitucional nº 09/95), resultou na concentração de tais atividades (agora de fato, não mais de direito) em uma única empresa, qual seja, a Petrobrás³⁴².

340 Existe economia de escala toda vez que o custo unitário médio (que é o custo total dividido pelo número de unidades produzidas) de um produto diminui à medida que se expande a sua escala (volume) de produção, ou seja, quanto mais unidades elaboradas, menos custosa ela será para o produtor. Cfr. NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)**. p. 40.

341 A eficiência alocativa diz respeito à capacidade do mercado de alocar bens e serviços ao seu uso mais valioso, medido pela disposição dos consumidores em pagar por eles e deixar de consumir outros bens. GÖLDBERGH, Daniel. **Poder de compra e política antitruste**. p. 98. A defesa da eficiência alocativa, como ideal maior da política antitruste para a Escola de Chicago, se deve ao fato de que o antitruste passou a ser visto num contexto puramente econômico, livre de valorações subjetivas ou principiológicas, numa relação estrita e limitada de custo-benefício. Cfr. FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. p. 174.

342 Petróleo Brasileiro S/A. Sociedade de economia mista criada pela Lei nº 2.004 de 03 de outubro de 1953.

A chamada “política antitruste³⁴³” a partir de então desenvolvida, procurou garantir não apenas a prevenção das chamadas “falhas de mercado³⁴⁴”, mas sua própria eficiência econômica, no sentido coibir ações anticompetitivas pelo ente monopolista e garantir um mínimo de concorrência, com a possibilidade de entrada de novos agentes econômicos, redução de barreiras à entrada, assimetrias de informação, dentre outros fatores que poderiam servir de causa para garantir a exclusividade do concorrente com excessivo poder econômico (ou seja, procura-se simplesmente evitar o abuso de posição dominante³⁴⁵ por parte do monopolista).

A assimetria de poder gerada entre o monopolista (tanto o histórico como o novo detentor da antiga infra-estrutura) e os potenciais novos entrantes passou a exigir uma regulação própria voltada ao estímulo da concorrência³⁴⁶.

O desenvolvimento de uma teorização regulatória, no Brasil, tem raízes históricas fincadas em períodos bem anteriores ao processo de desestatização, porém, sua sistematização e harmonização aos princípios constitucionais conformadores da ordem econômica nacional só vieram a ser devidamente estabelecidos a partir da Carta Magna de 1988, com as emendas consti-

343 Não convém confundir direito antitruste com política antitruste. Aquele pode ser tido como um “conjunto de regras e instituições destinadas a reprimir o abuso do poder econômico e fomentar a livre-concorrência”. FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. P. 87 (nota 167). O direito antitruste é um instrumento de implementação de determinada política pública. Já a política antitruste é um reflexo da política econômica do Governo, “jurisdicizada” pelo Direito Econômico, no intuito de proteger determinados valores tidos como mais caros pela Constituição. A política antitruste no Brasil teve origem histórica na busca pela proteção da economia popular e do consumidor (Dec.-lei nº 869/38). Atualmente, referida política reflete um caráter instrumental, onde a livre-concorrência é um meio para atingir a dignidade humana via justiça social, ou seja, a concorrência pode eventualmente ser suprimida se este for considerado o melhor caminho para a consecução das finalidades almejadas.

344 O que se entende por “falha de mercado” decorre de uma visão idealizada do mercado analisado, por meio de um modelo teórico de concorrência formulado, logo, qualquer ocorrência que afaste a similitude entre o modelo e a realidade pode ser tido como uma falha de mercado. Trata-se, portanto, de uma situação em que o mercado passa a operar de modo ineficiente, daí a necessidade de uma regulação específica do Poder Público para prevenir ou reprimir eventuais distorções com o modelo idealizado (como barreiras à entrada de novos concorrentes, assimetrias de informação, externalidades negativas, custos de transação, abuso do poder econômico, formação de cartéis).

345 O uso abusivo de posição dominante vem tipificado na lei nº 8.884/94 em seu art. 20, IV, sendo um crime que independe de culpa para sua realização. Ressalte-se que se busca coibir o uso desproporcional do poder adquirido pela empresa no mercado, ou seja, eventual posição dominante não é um ilícito *per se*, mas apenas a utilização dessa circunstância fática, de forma a reprimir a livre-concorrência, é que deve ser proibida.

346 NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)**. p. 13.

tucionais, a legislação correlata dos órgãos antitruste (o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, composto do CADE, SDE e SEAE), bem como das leis quadro³⁴⁷ das agências reguladoras.

No tocante ao mercado de gás natural, objeto específico do estudo que ora se desenvolve, é relevante ressaltar, inicialmente, que este nunca se tratou de um mercado legalmente monopolizado no tocante às atividades que ora interessa verificar, denominadas de *midstream* (atividade de transporte do gás natural). A inexistência de um monopólio legal, todavia, não garante que este não exista na prática, pois a posição dominante em qualquer mercado é uma realidade verificada no âmbito dos fatos, decorrente de ações não necessariamente ilícitas, como maior eficiência econômica na prestação dos serviços (redução de custos de produção e comercialização), conquista da clientela, preços inferiores aos da concorrência, dentre outros fatores que legitimam uma posição de incontestável superioridade sobre seus rivais.

Não se trata de questionar o monopólio conquistado por vias legítimas, mas sim de garantir que ele não desvirtue o poder conquistado por meio de atos ilegítimos, como a realização de condutas que impliquem abuso do poder econômico.

Procurar-se-á, no decorrer deste estudo, analisar a importância do mercado do gás natural no Brasil, sua estrutura e agentes envolvidos, bem como sua atual situação e potencialidades, para depois realizar um corte metodológico no sentido de enfocar exclusivamente a atividade de transporte (*midstream*), os agentes atuantes no setor, o fato de ser uma atividade sujeita ao monopólio natural³⁴⁸ de única empresa e como isso

347 São denominadas de leis quadro por equivalerem a uma moldura de fins e valores a serem seguidos pelo órgão regulador, sendo caracterizadas por maior generalidade e tendo como escopo o alcance de determinados resultados, ou seja, não são preceptivas de condutas. Tratam-se de leis deslegalizantes, que degradam a hierarquia de determinada matéria para que ela passe a ser tratada por instrumentos infra-normativos. MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. **Direito regulatório**. P. 122 e 126. No mesmo sentido: BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. p. 289.

348 Entende-se por monopólio natural aquela situação na qual determinada atividade econômica não comporta a presença de mais de uma empresa, em decorrência dos altos custos envolvidos, das economias de escala resultantes da infra-estrutura existente e sua inviabilidade de duplicação. Para *Nester*, tal conceito relaciona-se com a existência de uma atividade econômica cujo desenvolvimento eficiente somente é possível se realizado por um agente, por intermédio de uma infra-estrutura de produção de grandes dimensões, cuja duplicação afigura-se econômica e tecnicamente inviável para os concorrentes. *Op. Cit.* p. 38. Para Bagnoli, o monopólio natural é justificável quando o elevado custo da produção ou do serviço demanda altas escalas, ou seja, o próprio mercado é incapaz de comportar mais de um concorrente, algo que diminuiria a margem de lucro do produto ou serviço tornando-o inviável economicamente, fato este facilmente verificável nas

poderá repercutir para a concretização dos objetivos constitucionais esculpidos no artigo 3º da Constituição (que trata dos objetivos fundamentais da República, notadamente o inciso II, que visa a garantir o desenvolvimento nacional e III, que almeja erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais), bem como do artigo 170, que estabelece os princípios gerais da atividade econômica, notadamente a função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor e da redução das desigualdades regionais e sociais.

Trata-se, portanto, de um estudo que procurará levantar não apenas um enfoque econômico, o qual não é o principal ponto a ser observado, mas se a forma como se encontra estruturado o mercado de transporte de gás natural é capaz de garantir a concretização do Texto Constitucional, independente da legislação infraconstitucional correlata, bem como, no tocante a esta normatização inferior, se ela é capaz de assegurar o cumprimento de sua diretriz constitucional.

Para tanto, um importante aspecto da pesquisa se voltará especificamente à questão da instituição do livre-acesso aos dutos de transporte de gás natural (art. 58, da Lei nº 9.478/97), se a importação de tal instituto, notadamente desenvolvido na realidade estrangeira de países como os Estados Unidos da América e União Européia, em consonância com a doutrina das *essential facilities*³⁴⁹, também denominadas de bens de acesso, é capaz de garantir a formação de um mercado concorrencial onde só existe um agente envolvido, ou se da forma como foi previsto na lei do petróleo (lei nº 9.478/97), não surtirá um efeito contrário, de inibição de investimentos na ampliação da malha dutoviária, que é exatamente o oposto do que se espera com a previsão legal do livre-acesso.

chamadas indústrias de rede. BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao direito da concorrência**. p. 146.

349 A teorização das *essential facilities*, pelo Direito brasileiro, não vem de forma expressa, até mesmo porque sua construção no Exterior se deu por meios eminentemente jurisprudenciais, nem sempre fazendo uma referência expressa. Cfr. NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)**. p 78 (Capítulo 4) Voltando ao ordenamento jurídico pátrio, pode-se traduzi-la para a terminologia “bem de acesso”, por configurar uma infra-estrutura cuja utilização se apresenta indispensável para o alcance de determinado mercado, de duplicação inviável (em face das economias de escala decorrentes da interligação da rede e dos custos irrecuperáveis envolvidos – *sunk costs*) e que estejam na posse de único agente econômico. Trata-se, portanto, de uma associação dos princípios da livre-iniciativa e da função social da propriedade, que se juntam para garantir o direito de um eventual agente econômico a ingressar em determinado mercado que se encontra sob o domínio de único ente e que, para tanto, é obrigado a ceder espaço sob pena de abuso de sua posição dominante (via recusa injustificada ou utilização de preços discriminatórios, bem como por imposição de qualquer outro obstáculo não razoável ou diferente daquele ofertado a outros concorrentes).

O mercado de gás natural no Brasil: falta de planejamento e o obstáculo ao desenvolvimento

No Brasil, ao contrário da experiência internacional, como nos Estados Unidos e na União Européia, o mercado de gás natural ainda se verifica nos seus primórdios, sendo relativamente novo e pouco desenvolvido. A despeito do processo de flexibilização do monopólio estatal, da política de liberalização de preços e da abertura para a entrada de novos investidores, ainda é possível constatar a forte presença de único agente a verticalizar todas as atividades integrantes do segmento de gás, composta das fases de exploração/importação e produção, transporte, distribuição e comercialização.

A permanência de fato de um monopólio em todas as fases há pouco citadas, a despeito da clara viabilidade econômica de introdução da concorrência em pelo menos duas delas, quais sejam, a produção (aí inserida a possibilidade de importação) e a comercialização, representa um claro choque aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência (dentre outros indiretamente afetados), bem como da própria teleologia da lei do petróleo, que, na esteira de tais princípios constitucionais, tem como escopo a ampliação da competitividade no setor.

A existência de uma empresa verticalizada, todavia, foi o que garantiu, ao mercado de gás brasileiro, possuir a sua infra-estrutura atual, tendo sido um reflexo dos modelos internacionais que, antes da nova reconfiguração do papel do Estado (intervencionista), possuíam as próprias estatais que eram encarregadas dos investimentos necessários³⁵⁰. O primeiro passo a ser observado, para garantir a concretização dos princípios constitucionais, é verificar se o processo de abertura do mercado, tal qual realizado no Brasil e nos moldes de uma estrutura internacional onde a introdução da competição foi um sucesso, se apresenta viável para a realidade nacional.

350 Tal prática foi claramente verificável nos países da UE, que, por meio de suas empresas públicas, notadamente na década de 1960, intervinham nos mercados e na infra-estrutura de gás, tendo os primeiros gasodutos europeus sido construídos por empresas como a British Gas (Reino Unido), Gaz de France (França), Gasunie (Holanda), Distrigaz (Bélgica) e SNAM (Itália). AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO (ANP) **A Reforma da Indústria de Gás Natural na União Européia. Estudo para Elaboração de um Modelo de Desenvolvimento da Indústria Brasileira de Gás Natural** Agosto de 2004. Disponível em:: http://www.anp.gov.br/gas/gas_projetos.asp, acesso em 01 de fevereiro de 2007. p. 3.

Cumpra observar, portanto, se outro princípio basilar previsto na Carta Magna foi respeitado, qual seja, o do planejamento, estabelecido no art. 174, caput, pois, dada a experiência brasileira em realizar planos contingentes³⁵¹, feitos “a toque de caixa”, sem previsão de longo prazo, especialmente no setor de infra-estrutura (que é a marca do gás natural), se verifica a importância de uma estratégia clara, a delinear as atividades governamentais, sob o risco de incorrer num atraso generalizado da economia, fruto de uma má política pública para setores que são pré-requisitos ao desenvolvimento de todos os outros.

A importância do planejamento, especialmente quando direcionado ao setor privado, assume especial relevância, pois, dada a sua característica indicativa (e não determinativa), apenas por meio de uma estruturação jurídica clara e realista, é que se conseguirá atrair os agentes econômicos para investir no País. Neste âmbito, o primeiro passo do planejamento se apresenta sob o viés normativo, conforme preconiza Scott³⁵²:

“Será combinação, entre o papel normativo destinado ao Estado e a função do planejamento que, em termos concretos, viabiliza-o, surge materializado o plano, ou como preferem alguns, o programa, que é a exteriorização daquelas escolhas e hierarquizações apuradas no processo de planejamento”.

O planejamento estatal para o mercado do gás natural, portanto, é o que se encontra em discussão, especialmente no setor de transporte deste, pois, em função de fatores adiante considerados, verifica-se a inviabilidade econômica de desenvolvimento do setor como um todo, em decorrência de uma falta de planejamento do Poder Público, o qual, por não ter um caráter impositivo (apenas indicativo), sobre os agentes privados, necessita da confiança destes para o sucesso do plano (programa), confiança esta que se faz mediante regras claras e um ambiente regulatório capaz de assegurar a segurança jurídica necessária aos vultuosos investimentos.

351 O Brasil é caracterizado pelo problema da descontinuidade administrativa, ou seja, as medidas tomadas por uma administração não têm continuidade na seguinte, não existindo, portanto, um mínimo de tempo para a concretização das estratégias adotadas, que, em matéria de infra-estrutura, facilmente ultrapassam o período de um mandato executivo. Cfr. SCOOT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômico**, p. 179 (nota 513)

352 SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômico**, p. 151.

A indústria do gás natural

Discutir sobre a indústria do gás natural, os agentes envolvidos e a relevância que ela possui para o abastecimento interno do País, especialmente no setor logístico (termoelétricas e como forma de substituição de outras fontes energéticas), ainda não pode ser realizado no Brasil sem a percepção maior do mercado do petróleo, em decorrência de a maior parte da produção do gás ocorrer em sua forma associada, ou seja, em conjunto com o petróleo.

Em matéria de gasto energético, o Brasil é atualmente o décimo primeiro consumidor mundial de energia e o primeiro consumidor na América do Sul. Entre 1990 e 2002, a demanda energética brasileira cresceu a uma taxa acumulada de 3,4% a.a, enquanto o crescimento médio do PIB foi de 2,5% ao ano³⁵³.

E falar sobre a indústria da energia, no Brasil, não pode ocorrer sem citar a Petrobrás. Não se trata aqui de realizar uma divulgação acerca da importância de tal empresa para o contexto econômico nacional, mas de enquadrar a realidade do mercado ora estudado numa situação de dependência total a um só agente, o qual é capaz de vincular o próprio planejamento governamental sobre o setor de acordo com as suas conveniências particularistas.

A Petrobrás é uma das maiores empresas de petróleo do mundo e do Brasil, fato este que não perdeu força após o processo de abertura do mercado com a reforma constitucional. Ao contrário, em decorrência da larga experiência acumulada nas décadas de monopólio, é possível constatar uma tendência dos novos agentes econômicos em procurar se aliar à empresa, no intuito de diminuir seus custos (evitar problemas de compatibilidade de acesso) e garantir uma fatia mínima de mercado.

O grande período usufruído pela empresa em sua condição monopolística lhe garantiu a capacidade de verticalizar toda a cadeia de negociação do petróleo e gás natural, desde o poço até o posto, reduzindo, desta forma, custos de transação (que são aqueles despendidos com negociações com

353 AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO (ANP). **A indústria do gás natural no Brasil. Estudo para Elaboração de um Modelo de Desenvolvimento da Indústria Brasileira de Gás Natural.** Janeiro de 2004. Disponível em: http://www.anp.gov.br/gas/gas_projetos.asp, acesso em 01 de fevereiro de 2007, p. 9 e 10.

outras empresas, em decorrência de fatores negociais, fiscais e de assimetrias de informação, que, caso realizados no interior de único agente, implicariam maior eficiência econômica), buscando ganhos de escala³⁵⁴ e de escopo³⁵⁵ de forma a obter lucros cada vez maiores e consolidar sua posição no plano internacional como uma das maiores empresas do setor. Foi neste contexto, de empresa integrada e não sujeita à concorrência, que se desenvolveram os setores de petróleo e gás natural no País³⁵⁶.

Na fase de exploração e produção do gás natural, também denominada de upstream, a Petrobrás é controladora de praticamente toda a produção e comercialização (via Gaspetro) nacional e internacional, sendo responsável pela comercialização de 86% do total importado de origem boliviana e argentina. De acordo com dados da ANP, em junho de 2003, o volume de gás importado foi de 17,1 Mm³/dia, dos quais 85,7% pela Petrobrás; 6,2% pela Sulgás; 0,9% pela BG; e, 7,2% pela EPE³⁵⁷.

No setor de transporte, ou midstream, também não é diferente. Por meio da Transpetro (ou de outras empresas em que é detentora de ampla participação acionária) a Petrobrás controla não apenas a unanimidade dos gasodutos nacionais, como também aqueles provenientes do Exterior, havendo, doravante, uma clara falta de diferenciação real entre o carregador (Petrobrás) e a transportadora (Transpetro).

Esse poder econômico excessivo da empresa acarreta diversas distorções em relação ao direito antitruste³⁵⁸, pois influencia os contratos firmados

354 Vide nota 22.

355 Entende-se por economia de escopo aquela que uma empresa incorre quando produz um ou mais bens em seu interior por um valor total inferior àquele existente se tais bens fossem produzidos por outras companhias, ou então de forma separada. NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)**. p. 41.

356 Agência Nacional do Petróleo (ANP). Nota Técnica: **ORGANIZAÇÃO DA INDÚSTRIA BRASILEIRA DE GÁS NATURAL E ABRANGÊNCIA DE UMA NOVA LEGISLAÇÃO** (versão preliminar). Superintendência de Comercialização e Movimentação de Gás Natural. Março de 2004. Disponível via Internet em: www.anp.gov.br. Acesso em: 03/02/07, p. 4.

357 AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO (ANP). **A indústria do gás natural no Brasil. Estudo para Elaboração de um Modelo de Desenvolvimento da Indústria Brasileira de Gás Natural**. Janeiro de 2004. Disponível em: http://www.anp.gov.br/gas/gas_projetos.asp, acesso em 01 de fevereiro de 2007, p. 80.

358 O direito antitruste se apresenta como um instrumento de implementação de políticas públicas, logo, é um dos instrumentos utilizados pelo Direito Econômico para garantir os objetivos macroeconômicos do Estado. A denominação direito antitruste tem origem nos Estados Unidos, ainda no período das grandes concentrações econômicas do século XIX, quando se verificou a instabilidade da manutenção dos acordos (ilícitos) firmados

no setor, cujo modelo de negociação, por ser bilateral e não demandar a participação de um ente imparcial, como se dá no modelo *Poolco*³⁵⁹, gera grande imprevisibilidade, em decorrência da falta de equilíbrio entre os agentes envolvidos, inibe o interesse de novos entrantes, seja como alternativas ao Gasbol, ou como carregadores pela alocação de capacidade.

Em matéria de planejamento energético, a Petrobrás visa a investir, não exclusivamente, cerca de US\$ 18 bilhões de dólares na Bacia de Santos, nos próximos 10 anos. Tal projeto prevê ainda um adicional de fornecimento da ordem de 12 milhões de metros cúbicos por dia ao mercado do Sudeste já no final de 2008, com a ambição de ampliar a oferta, em 2010, para aproximadamente 30 milhões³⁶⁰.

Verifica-se, por conseguinte, clara postura da empresa em manter e ampliar sua já consolidada estrutura de agente econômico dominante no mercado, especialmente em relação ao do gás natural, cujos planos para investimento da Companhia refletem o que o próprio País tem a oferecer em matéria de projetos, ou seja, o planejamento energético nacional, longe de configurar uma diretriz que vise à consecução da ampliação do mercado com a inserção de novos agentes econômicos, perpetua uma estrutura não mais consentânea com a realidade do País. O planejamento, que em sua finalidade pública deveria ser a de orientar os investimentos dos particulares, indicando-lhes a melhor direção para oportunidades futuras³⁶¹, é desvirtuado, estabelecendo um modelo de mercado economicamente dependente de única empresa, incapaz de evoluir por si próprio e submetido a interesses que não necessariamente refletem o interesse público.

entre concorrentes para a repartição do mercado (via cartéis). Em face disso, resolveu-se, na época, com o pioneirismo da *Standard Oil Company*, substituir os cartéis pelos trustes, como forma de associação entre as empresas. FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. p. 75. Conceitua-se, portanto, tal direito, como “técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso de poder econômico e a tutela da livre concorrência”. *Idem*, p. 88 (nota 167).

359 Neste tipo de arranjo contratual, as negociações são coordenadas por um ente imparcial, logo os contratantes não chegam a negociar diretamente entre si, sob o pressuposto de que transações bilaterais descentralizadas nem sempre são capazes de chegar a um valor ótimo para ambas as partes. CAMACHO, Fernando Tavares. **Regulação da indústria de gás natural no Brasil**. p. 33

360 Fonte: www.bancodobrasil.com.br: **Estudo setorial: petróleo, julho de 2006**. Acesso em 03/02/07.

361 Cf. SCOOT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômico**. p. 183

Essa aparente impossibilidade de desenvolvimento autônomo do mercado, todavia, vai de encontro às suas potencialidades, especialmente porque, no âmbito do gás natural, este vive hoje um período de importância ímpar, em face das recentes descobertas na Bacia de Santos, que triplicaram as reservas deste energético³⁶² e o puseram, definitivamente, como principal substituto ao petróleo nas décadas seguintes. Sua participação na produção de energia para o País já alcançou, em 2005, a ordem de 9,3%, com perspectivas para ampliação desse percentual até, no mínimo, 11% em 2010.³⁶³

As atividades integrantes da indústria do gás natural podem ser divididas nas fases de E&P (exploração e produção), transporte, distribuição e comercialização. Trata-se de um modelo integrado, denominado de indústria de rede³⁶⁴, em razão da dependência que uma fase possui em relação à sua anterior e à subsequente, quando algumas delas são mais passíveis de introdução à concorrência, enquanto outras se apresentam, inicialmente, mais refratárias.

É possível destacar, inicialmente, o fato de que a primeira fase, de exploração e produção, se apresenta como claramente passível da existência de concorrência, especialmente porque foi esta a atividade que se viu desmonopolizada pela Emenda Constitucional nº 09/95. No segmento do transporte e da distribuição³⁶⁵, todavia, a entrada de novos agentes pode não ser economicamente vantajosa. Isto acontece em decorrência dos elevados custos (sunk costs³⁶⁶) para a constituição da rede física de

362 O Brasil já possui reservas provadas de gás natural da ordem de 306,4 bilhões de metros cúbicos. Fonte: www.anp.gov.br, acesso em 30/01/07.

363 Fonte: www.anp.gov.br, acesso em 30/01/07.

364 Entende-se por indústria de rede aquela para cujo escoamento de sua mercadoria dependa de uma infraestrutura previamente instalada, a qual, no caso do gás natural, são os dutos por onde o gás é carregado, desde a refinaria até as distribuidoras e destas aos consumidores finais. São ambientes que forçam a negociação entre os interessados, pois, para o ingresso ali, é necessário possuir compatibilidade de tecnologias. Segundo Calixto Salomão Filho, por proporcionarem retornos crescentes de escala, constituem uma nova hipótese de monopólio natural, pois quanto maior o número de usuários, maior será a utilidade do produto para os usuários seguintes e, portanto, maior a facilidade e a lucratividade da venda sucessiva. Quanto maior a produção, mais fácil a venda de uma unidade adicional do produto. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial. As condutas.** p. 191.

365 Que é ainda objeto de monopólio de exploração comercial por parte dos Estados. Cfr. art. 25, §2º, da Constituição Federal.

366 *Sunk costs* ou custos afundados (irrecuperáveis), são aqueles que a empresa tem de gastar para ingressar

gasodutos, sejam estes com a finalidade de realizar o transporte ou a distribuição do gás natural, mas que, pela característica que possuem, por se tratar de uma indústria de rede, isso faz com que, na maioria das vezes, o monopólio seja a solução econômica mais viável. É o que se chama, nestes casos, de monopólio natural³⁶⁷.

A tendência mundialmente observada, entretanto³⁶⁸, é de que o processo de verticalização da indústria do gás tende a perder seu perfil monopólico, especialmente a partir da década de 1970, com a introdução da concorrência e de novos agentes privados, fato este que refletiu o esgotamento do modelo tradicional de financiamento dos setores de infra-estrutura, a conjuntura externa desfavorável e a mudança da ideologia econômica dominante³⁶⁹.

Aspectos estruturais da indústria do gás natural no Brasil

As estruturas de mercado consistem em modelos idealizados que visam a possibilitar uma apreensão teórica do modo como um determinado segmento é organizado, ou ainda, modelos utilizados como meio de averiguação do grau de concorrência em mercados reais³⁷⁰.

em determinado mercado. São investimentos em tecnologia e serviços tão específicos que não servem para nada além da atividade que se tem em vista, logo, a saída da empresa deste mercado implica a perda total desse dispêndio inicial realizado. Neste sentido vide: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e concorrência (estudos e pareceres)**. p. 102. Outro não é o entendimento internacional acerca do assunto, conforme se verifica pela conceituação a seguir transcrita: *A sunk cost is an expenditure that has been made and cannot be recovered, even if the firm should go out of business. Examples of sunk costs include investments in product development, the construction of a specialized production facility, or an expenditure on advertising.* Pindyck, Robert S. **Sunk costs and real options in antitrust**. p. 5.

367 Vide nota nº 30.

368 Agência Nacional do Petróleo (ANP). Nota Técnica: **ORGANIZAÇÃO DA INDÚSTRIA BRASILEIRA DE GÁS NATURAL E ABRANGÊNCIA DE UMA NOVA LEGISLAÇÃO** (versão preliminar). Superintendência de Comercialização e Movimentação de Gás Natural. Março de 2004. Disponível via Internet em: www.anp.gov.br. Acesso em: 03/02/07, p. 6.

369 Idem. p. 4.

370 NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)**. p. 30.

No tocante à indústria do gás natural, é possível visualizar a existência de até quatro modelos de mercado³⁷¹, que vão da integração total à completa desverticalização (denominada de *unbundling ou desempacotamento*³⁷²).

O primeiro modelo, de integração vertical, é o que predomina atualmente no Brasil e na Rússia³⁷³, caracterizado ainda pela presença de uma empresa fortemente integrada nas atividades de produção, transporte e distribuição (neste último caso, em decorrência da sua participação acionária nas distribuidoras estaduais).

O segundo modelo já se apresenta com maior presença da concorrência na fase da produção, havendo, todavia, a mesma integração do modelo acima no transporte e na distribuição/comercialização.

No terceiro modelo, já se tem o livre acesso no transporte de gasodutos e competição no mercado atacadista, ou seja, a indústria já se encontra quase totalmente desverticalizada, pois com a entrada de terceiros no segmento do transporte, termina-se por cindir a comercialização do gás e o seu transporte; eles passam a ser negociados separadamente, bem como há a possibilidade de o produtor negociar livremente com a transportadora de sua escolha ou então diretamente com o mercado atacadista, o que garante maior liberdade de escolha, redução de custos e maior eficiência econômica em decorrência da concorrência gerada.

O quarto modelo representa a total desverticalização da indústria, ou o seu completo desempacotamento, por haver competição em todas as fases, na produção, transporte e distribuição/comercialização, o que pressupõe livre acesso a terceiros na fase do transporte, liberdade de negociação dos

371 CAMACHO, Fernando Tavares. **A regulação da indústria de gás no Brasil**. p. 1, 7, 10 e 19.

372 A idéia do *unbundling* implica a desagregação total das fases integrantes da indústria do gás natural, por meio da separação da oferta, do transporte e da distribuição. Segundo Camacho (*op. Cit.*, p. 20), o desempacotamento evita que as companhias de gasodutos restrinjam a competição no mercado atacadista de gás por meio de imposição de barreiras à entrada (incompatibilidade de redes, burocracia, preços exorbitantes, baixa qualidade do serviço). Ao eliminar tal distorção, aumenta-se o número de agentes econômicos que compram gás no mercado atacadista e o revendem no *downstream* a um preço mais competitivo. Esse desempacotamento (ou desagregação vertical), também é analisado por Nester (*op. Cit.* p. 56 e 57), ao considerar que, na prática, essa segmentação dos elementos que compõe a rede de fases de determinado mercado (em regra submetido a um regime de monopólio natural), como no caso do gás natural, possibilita a separação entre a atividade de gestão da infra-estrutura e a de prestação de serviços (ou seja, desagregam-se as atividades potencialmente competitivas daquelas que não o são).

373 CAMACHO, Fernando Tavares. **A regulação da indústria de gás no Brasil**. p. 7.

produtores para venda do gás, fim da exclusividade das distribuidoras e criação de um mercado spot de gás, que acaba com a preferência dos contratos fixos de longo prazo e garante uma negociação a curto prazo da oferta e demanda do produto.

A evolução por tais modelos, todavia, requer um mercado em constante desenvolvimento, com a capacidade de abarcar a procura envolvida e a entrada de novos agentes econômicos para suprir tal necessidade. No Brasil, entretanto, tal realidade ainda não é facilmente verificável, especialmente em decorrência da forma como se encontra estabelecida a sua rede de transporte.

Buscou-se com a flexibilização do monopólio e a lei do petróleo a transformação deste modelo, com o desenvolvimento da infra-estrutura por meio de investimentos privados e a ampliação da utilização do gás natural, o que garantiria menos dependência às fontes energéticas já usuais. Ocorre que o Brasil nunca foi pródigo em garantir um regime concorrencial eficaz, aliás, desde seus primórdios a economia brasileira cresceu estruturada em torno do poder econômico concentrado do Estado ou de poucos agentes privados³⁷⁴.

A cultura monopolista só veio a ser combatida com as reformas constitucionais da década de 1990, que implicaram uma revolução político-ideológica acerca do papel do Estado na economia que culminou com o denominado perfil regulador. Referida reforma, todavia, não implicou a efetiva transformação do mercado, pois se ela foi elaborada com base na conjuntura internacional do período, que demandava a desregulamentação da intervenção estatal, no Brasil não se tinha ainda o grau de desenvolvimento verificado na União Européia ou nos Estados Unidos.

O problema reside exatamente neste ponto. Afinal, como conciliar interesses privados que visam unicamente ao lucro com a busca da universalização e ampliação do mercado? Não necessariamente, é possível convergir tais objetivos. Implantar a livre concorrência por via de lei pode surtir o efeito contrário ao desejado, obstaculizando maiores investimentos na infra-estrutura, que é um requisito indispensável para o desenvolvimento econômico nacional.

374 NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)*. p. 241.

Ao se considerar a incipiência do mercado brasileiro (que não se encontra plenamente maduro – desenvolvido- como o americano e o europeu), a questão expressa é se o desenvolvimento da infra-estrutura e a penetração do gás serão atingidos com maior eficiência pela presença de uma empresa dominante em todas as atividades da cadeia ou se por meio de agentes diversos nos distintos segmentos não se alcançaria tal escopo.

Tal ocorre porque uma cadeia totalmente segmentada (desempacotada) é a regra nos países que contam com uma infra-estrutura mais desenvolvida, um mercado maduro e com regras institucionais claras, fato este que não existe no Brasil, logo, quão conveniente seria a implantação de um modelo regulatório importado, desenvolvido para uma realidade oposta à nacional?

A questão do transporte para o desenvolvimento do mercado de gás natural

No Brasil, a atividade de transporte encontra-se regulada não apenas pelo disposto na lei do petróleo, como também pelas resoluções da ANP³⁷⁵, que é o órgão competente constitucionalmente para realizar a normalização³⁷⁶ do setor. A regulação se faz necessária em decorrência de se tratar o transporte de gás natural de uma atividade eminentemente sujeita ao arbítrio de única empresa, logo, em função da falta de concorrência, dos custos envolvidos na ampliação e manutenção da malha dutoviária, que a caracterizam como uma estrutura de rede sujeita ao monopólio natural de um agente econômico, este não poderia simplesmente ficar livre de qualquer controle do Poder Público.

Garantir as condições mínimas de acesso a preços realistas e com boa qualidade no serviço é o que se espera com a regulação das atividades que não se apresentam passíveis de controle pelas regras ordinárias de mercado e, neste quesito, o livre acesso na fase do transporte se apresenta

375 Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, instituída pela lei nº 9.478/97.

376 O novo papel do Estado é o de agente normativo e regulador, em que, a despeito da insuficiência de estudos acerca do que seria essa função reguladora, tem-se que, somadas as duas funções, ao Estado caberia a tarefa de “normalizar” a atividade econômica, no sentido fazê-la voltar ao normal, ou de manter a sua normalidade dentro dos padrões estabelecidos pela Constituição Federal. Trata-se de submetê-la aos ditames constitucionais, prevenindo falhas de mercado e garantindo a eficiência desejada, postando o ambiente econômico ao ordenamento jurídico. Neste sentido: SC00T, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômico**. p. 119, 120 e 121.

como um elemento de crucial importância. O custo para esse acesso, em especial, se apresenta como um dos pontos mais relevantes para se conseguir competição e eficiência no mercado atacadista (graças à ampliação do número de concorrentes).

Não se pode perder de vista a magnitude da indústria que ora se discute e dos números que ela representa, bem como do impacto que possui a Petrobrás. A estrutura existente de gás canalizado no Brasil compreende uma malha de dutos de transporte de aproximadamente 5.407 km de extensão, bem como de 2.233 km em matéria de dutos de transferência, o que totaliza uma média, em valores datados de 2004, de 7.640 km de gasodutos³⁷⁷. As instalações de transporte são utilizadas pelos chamados transportadores³⁷⁸ - os operadores dos gasodutos - e os carregadores³⁷⁹ - que são os contratantes de capacidade de transporte.

Desse total, a Petrobrás controla 100% da malha dutoviária nacional, bem como possui ainda, no tocante à importação, 51% de participação acionária da TBG (Transportadora Brasileira Gasoduto Bolívia – Brasil S.A.) e 25% do controle da TSB, que é a operadora do Gasoduto Uruguaiense – Porto Alegre. Esta posição dominante, adquirida durante as décadas de monopólio legal estabelecido, garante à empresa o papel de principal articuladora dos projetos de expansão da malha de gasodutos de transporte, pois a comercialização também se encontra sob o seu controle, em decorrência do fato de possuir participação acionária em todas as distribuidoras dos estados, com exceção de São Paulo e Rio de Janeiro³⁸⁰.

Referido poder de mercado, todavia, não necessariamente se apresenta como nocivo ao direito antitruste, pois este só preconiza o combate aos

377 SUPERINTENDÊNCIA DE COMERCIALIZAÇÃO E MOVIMENTAÇÃO DE GÁS NATURAL – SCG-ANP (2004). **COM-PROMISSOS EXISTENTES AO LONGO DA CADEIA DE GÁS NATURAL: CONTRATOS DE TRANSPORTE (versão preliminar)**. Rio de Janeiro: ANP, Nota técnica 006/2004, p. 4, [online]. Disponível na Internet via WWW. URL: www.anp.gov.br, acesso em 26/08/06.

378 De acordo com a Resolução nº 27/05 da ANP, art. 2º, XIX, transportador é toda empresa ou consórcio de empresas autorizadas pela ANP a operar as instalações de transporte.

379 Carregador, de acordo com o artigo 2º, VII, da Resolução nº 27/05 da ANP, é toda empresa ou consórcio de empresas contratante do serviço de transporte de gás natural junto ao transportador.

380 AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO (ANP). **A indústria do gás natural no Brasil. Estudo para Elaboração de um Modelo de Desenvolvimento da Indústria Brasileira de Gás Natural**. Janeiro de 2004. Disponível em: http://www.anp.gov.br/gas/gas_projetos.asp, acesso em 01 de fevereiro de 2007, p. 73.

monopólios que impliquem desvirtuação do seu poder³⁸¹, ou seja, que atuem de forma a desrespeitar a legislação, notadamente a lei nº 8.884/94 (lei de defesa da concorrência) nos seus artigos 20 e 21.

O papel da ANP, decorrente do disposto na lei do petróleo e da previsão constitucional de ser o órgão regulador responsável pelo setor, se faz por meio de atos normativos expedidos em consonância com a lei deslegalizante (lei do petróleo), especialmente por meio da Portaria nº 170/98, que apresenta os requisitos necessários, bem como todos os documentos que devem ser enviados à agência para obter de autorização a fim de instalar dutos.

Segundo essa portaria (art. 1º, §1º), é possível designar como sendo uma instalação de transporte ou de transferência os “dutos, terminais terrestres, marítimos, fluviais e lacustres, bem como unidades de liquefação de gás natural e de regaseificação de GNL”. Procurou-se restringir ainda mais a entrada de novos agentes ao estabelecer, como requisito básico, o fato de que a empresa interessada possua, no seu contrato social, exclusivamente, a atividade de construção e operação de instalações de transporte (art. 6º, caput). Essa diferenciação jurídica visa a que o transportador atue de forma a garantir maior eficiência na sua prestação de serviço, o que significa uma constante e crescente ampliação na sua capacidade de transporte, sem a imposição de barreiras à entrada capazes de reduzir o número de agentes interessados, de modo a proteger o mercado dos seus acionistas (via reserva de mercado, restrição à concorrência, manutenção de altos preços para a utilização da infra-estrutura de transporte etc)³⁸².

381 O direito antitruste, como instrumento de implementação de políticas públicas, é voltado para a prevenção e repressão de atos tendentes à desvirtuação da livre concorrência nos mercados. Não se pode confundir, aliás, concorrência com concorrentes. Não cabe ao antitruste regular a disciplina do respeito mútuo às esferas de direito dos concorrentes, mas apenas à regulamentação do mercado. (FORGIONI, *op. Cit.* p. 325). “O bem jurídico a ser protegido é o mercado, onde se encontram as forças de produção e cuja conduta deve ser pautada pelos interesses da coletividade”. *Idem.* p. 287 (nota 194). Não se pode confundir infração com crime contra a ordem econômica. Os crimes são tipificados na Lei nº 8.137/90, sendo matéria de Direito Penal Econômico; já as infrações estão previstas na Lei nº 8.884/94, sendo de natureza administrativa. Convém ressaltar, por último, que não se pode confundir concorrência desleal com direito concorrencial, aquela tem em vista a proteção do concorrente em si, do agente econômico individualmente considerado, nos termos da lei nº 9.279-96, enquanto o direito concorrencial, conforme afirmado, tem em vista o interesse coletivo da sociedade. Doravante, não configuram abuso do poder econômico os atos de concorrência desleal que não caracterizem tentativas de dominação do mercado pela eliminação da concorrência e pelo aumento arbitrário dos lucros. *Ibidem.* p. 286, 287.

382 SUPERINTENDÊNCIA DE COMERCIALIZAÇÃO E MOVIMENTAÇÃO DE GÁS NATURAL – SCG-ANP (2002). **Panorama da indústria de gás natural no Brasil: aspectos regulatórios e desafios**. Rio de Janeiro: ANP, Nota técnica 033/2002, p. 7, [online]. Disponível na Internet via WWW. URL: www.anp.gov.br, acesso em 26/08/06.

Estabelecer uma distinção jurídica entre os operadores da cadeia de comercialização do gás natural é uma das formas preconizadas para o *unbundling*, ou seja, para a entrada de novos concorrentes e a diminuição da circunstância de integração do mercado em única empresa.

A separação efetiva da atividade de transporte de gás, monopólio natural e meio exclusivo de acesso ao mercado, representa a eliminação da principal barreira à entrada na indústria e é de fundamental importância para a conciliação dos objetivos, aparentemente divergentes, de introdução de pressões competitivas no mercado e de criação de instrumentos que garantam investimentos, com baixa percepção de risco, em infra-estrutura de transporte³⁸³.

Trata-se de uma prática verificada em diversos outros países, mas que, conforme afirmado previamente, ocorre, regra geral, quando o mercado já se apresenta maduro ou com grande potencial de crescimento (pelos lados da oferta e da demanda). A justificativa para tanto é simples. Não necessariamente advêm apenas prejuízos de um mercado com estrutura verticalizada em única empresa. Não se discute que, quando o agente econômico é capaz de abranger todos os setores econômicos do seu mercado relevante³⁸⁴, ele consiga reduzir seus custos de transação daí decorrentes, nas assimetrias de informação entre os ciclos da cadeia, ensejando maior eficiência organizacional e capacidade de adaptação a contingências, bem como realizando subsídios cruzados capazes de compensar o prejuízo em determinada fase que não seja tão lucrativa quanto outra do mesmo mer-

383 SUPERINTENDÊNCIA DE COMERCIALIZAÇÃO E MOVIMENTAÇÃO DE GÁS NATURAL – SCG-ANP (2004). **Compromissos existentes ao longo da cadeia de gás natural: contratos de transporte (versão preliminar)**. Rio de Janeiro: ANP, Nota técnica 006/2004, p. 10, [online]. Disponível na Internet via WWW. URL: www.anp.gov.br, acesso em 26/08/06.

384 Entende-se por mercado relevante o local onde os agentes econômicos realizam suas transações comerciais, ou seja, é onde a concorrência se verifica. A importância de sua exata definição ocorre pelo fato de a aplicação das regras antitrustes demanda uma delimitação clara do local (mercado relevante geográfico) e dos bens envolvidos (mercado relevante material), logo, sem esses direcionamentos, bem como o período de tempo a ser analisado (quando aconteceram a concorrência e o eventual desrespeito a esta), impossível será a aplicação da lei de defesa da concorrência em seus critérios mais básicos (se há abuso de poder econômico, se o mercado está estruturado em forma de monopólio, oligopólio, monopsonônio, oligopsônio), pois quanto mais difuso for o mercado, maior a dificuldade de verificar a incidência dos institutos concorrenciais a verificação de posição dominante por meio da dominação de 20% do mercado –art. 20, §3º da Lei nº 8.884/94- ficará prejudicada). Segundo Forgioni (**Os fundamentos do antitruste**. p. 230, 231), “a partir do momento em que as práticas são vedadas por produzirem (ou poderem produzir) efeitos anticoncorrenciais, a determinação da ilicitude passará pela delimitação do mercado relevante no qual esses efeitos serão sentidos”. Entende-se, portanto, como mercado relevante, “aquele em se travam as relações de concorrência ou atua agente econômico cujo comportamento está sendo analisado”. (*Idem*, p. 231).

cado. Na verdade, a busca pela eficiência econômica por meio de grandes concentrações é uma tese francamente defendida na doutrina econômica, especialmente pelos ideólogos da Escola de Chicago³⁸⁵.

A eficácia do unbudling na indústria do gás no Brasil, no contexto ora analisado, possui um caráter de ainda incógnita positividade. Especialmente no setor de transporte, que demanda vultosos investimentos para sua ampliação, estabelecer repartições do mercado no intuito de garantir uma concorrência meramente formal não parece ser, no primeiro momento, realista ou viável, quase contraproducente. Em decorrência da necessidade do fomento da iniciativa privada no setor, a perspectiva de introdução de limitações à participação dos agentes nas diferentes atividades da cadeia aparece como um fator inibidor, podendo ser encarada como contrária para o desenvolvimento do mercado.

A ANP não se apresentou indiferente a tal realidade. Sendo a entidade responsável pela implantação da política de petróleo e gás natural no Brasil, e a despeito das discussões relativas à sua competência normativa e à natureza jurídica dos atos que emana, ela se apresenta, nos limites dos poderes conferidos pela lei do petróleo, como um ente de segura capacidade para procurar reduzir a insegurança do investidor e a discrepância de poder por parte do principal agente econômico do mercado de gás nacional.

Neste sentido, levou a consulta pública e depois publicou duas resoluções, de número 27 e 28, ambas de 2005, que tratam respectivamente

385 A proeminência da Escola de Chicago no cenário econômico internacional ocorreu na era Reagan, na década de 1980, quando eles passaram a defender toda a reformulação da política antitruste até então adotada, especialmente em frontal oposição à Escola de Harvard, cujo ideal maior era a defesa da concorrência em si. Para os ideólogos de Chicago, o antitruste deveria garantir a melhor *eficiência alocativa* (entendida esta como a capacidade do mercado de ofertar prioritariamente os bens e serviços com mais demanda pelos consumidores) dos produtos nos mercados e tal passo não prescindiria da formação de grandes grupos econômicos, em decorrência da redução dos custos de transação envolvidos. O diferencial de tal linha de raciocínio se deu com a equiparação do conceito de eficiência econômica com o de *bem-estar do consumidor*. Trata-se, em outras palavras, do *“Ótimo de Pareto”*, que prevê que todas as trocas realizadas num mercado só são eficientes quando a formação de riqueza de uma parte não dependa do empobrecimento de outra. GOLDBERGH, Daniel. **Poder de compra e política antitruste**. p. 30, 77 e 98. Segundo Carvalho, a defesa pura e simples da eficiência econômica como ideal do antitruste é prejudicial à própria estrutura da concorrência, pois isso significaria, num extremo, tal qual idealizado pela Escola de Chicago, até uma eventual monopolização do mercado relevante, em face da possibilidade de benefícios, a curto prazo e mais imediatistas, para os consumidores. Cfr. CARVALHO, Gilberto de Abreu Sodré. **Responsabilidade civil concorrencial**. p. 50. Ressalte-se que uma das maiores críticas a esta escola foi o fato de que não existe nenhuma garantia de que os lucros monopolísticos resultantes da maior eficiência econômica gerada com a redução dos custos de transação sejam repassadas ao consumidor, podendo a empresa simplesmente manter os preços finais inalterados e ampliar sua margem de lucro.

do livre acesso tarifado e da cessão de capacidade contratada. Trata-se de uma iniciativa voltada à tentativa de solução do problema, pois garantir a segurança aos novos entrantes de que o preço pela utilização do acesso aos dutos seja justo (para ambas as partes), bem como a busca pela formação de um mercado secundário de transporte gás natural³⁸⁶, por meio da cessão de capacidade contratada, garante, no futuro, o desenvolvimento do mercado por meio da fixação de contratos menos rígidos, mais curtos e capazes de refletir a volatilidade do mercado de maneira clara (o que implica custos mais realistas para transportadores e carregadores).

É notória a busca da agência pela adoção de um modelo concorrencial no setor de transporte do gás natural. O uso da autorização como instrumento contratual, a instituição do livre acesso tarifado e da possibilidade de reclassificação³⁸⁷ dos dutos de transferência quando houver interesse justificado de terceiros, bem como a priorização da livre iniciativa e do acesso negociado (definição do valor da tarifa de acesso é negociado entre as partes, só sendo cabível o envolvimento da agência em caso de conflito) caracterizam a priorização pelo regime de regulação mínima e, portanto, plenamente concorrencial.

Não se trata de uma opção criticável esta tomada pela agência, que é uma consequência da política de governo adotada para o setor, porém, em virtude da situação atual do mercado de gás, pelo seu grau de evolução e seu enquadramento ainda no primeiro modelo há pouco analisado (item 3), a ANP pressupõe requisitos inexistentes, pois um regime de livre acesso negociado, em um contexto onde não há igualdade de condições competitivas, idealiza uma liberdade que não existe, regula uma capacidade que se torna inacessível e enseja um ambiente mais de adesão do que de negociação³⁸⁸.

386 O objetivo da formação de um mercado secundário de transporte é a negociação de capacidade não utilizada pelos detentores de contrato de transporte com potenciais novos carregadores, aumentado desta forma a liquidez do mercado e suprimindo a demanda de forma bem mais dinâmica do que pelos contratos de longo prazo. Cf. CAMACHO, Fernando Tavares. **A regulação da indústria do gás natural no Brasil**. p. 23

387 A reclassificação está prevista no art. 59 da lei nº 9.478/97 e acontece quando é possível comprovar um justificável interesse de terceiros sobre os dutos de transferência de determinada empresa, que, por esta razão, seriam reclassificados como dutos de transporte pela ANP para, desta forma, terem o livre acesso liberado.

388 AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO (ANP). **A indústria do gás natural no Brasil. Estudo para Elaboração de um Modelo de Desenvolvimento da Indústria Brasileira de Gás Natural**. Janeiro de 2004. Disponível em: http://www.anp.gov.br/gas/gas_projetos.asp, acesso em 01 de fevereiro de 2007, p. 82.

Isso se torna claro quando é analisado o processo de negociação do gás. Pelo enquadramento ainda na estrutura do primeiro modelo, não existem incentivos para que seu principal agente, qual seja, a Petrobrás, ofereça acesso não discriminatório nas negociações com potenciais carregadores. Sendo ela a principal fornecedora e controladora de todo o transporte nacional, isso cria um embate entre a ampliação da receita de sua transportadora, com a maximização do fluxo de gás pelo gasoduto e diminuir a receita da produtora, pela entrada de novos fornecedores (carregadores).

Verifica-se, pois que é por meio do transporte que se escoar toda a produção de gás que já se encontra desmonopolizada juridicamente, logo, restringir o acesso de novos transportadores pela ampliação e conexão com a malha já existente, ou então estabelecer um acesso discriminatório³⁸⁹ aos potenciais carregadores representará um claro retrocesso no desenvolvimento deste mercado e da indústria como um todo. Afinal, a oferta constante, barata e de boa qualidade, é o que se espera com a garantia dos princípios constitucionais da nova ordem econômica, como os da livre iniciativa e livre concorrência.

O Governo brasileiro tem o claro intuito de elevar a oferta de energia por meio da diversificação de sua matriz e o gás natural é um dos instrumentos para tanto. Não se busca, todavia, apenas ampliar o uso e a diversificação da oferta, mas a própria integração dos mercados consumidores para desta forma garantir um desenvolvimento de todas as regiões do País, em especial, o Nordeste. O caminho para tal meta se faz pela ampliação da malha dutoviária e do desenvolvimento do mercado pela entrada de novos agentes no plano da oferta, o que se espera seja feito com o funcionamento do Gasene (Gasoduto Sudeste-Nordeste), que será o gasoduto responsável pela integração de ambas as regiões.

O desenvolvimento do mercado de gás natural, portanto, passa necessariamente pela ampliação da sua rede de transporte, única responsável para garantir a interligação da oferta dos produtores ao consumidor final (dado o modelo de indústria que ora existe no Brasil).

389 É discriminatório o acesso quando o monopolista estabelece distinções para a utilização de sua infraestrutura por parte de potenciais entrantes do mercado, ou seja, quando ocorre um tratamento não isonômico, privilegiando-se uns em detrimento de outros (via preços de acesso abusivos, entraves burocráticos, assimetrias de informação, recusa imotivada).

O livre acesso como reflexo de um planejamento público para o setor de transporte de gás natural

A possibilidade de instituição do livre acesso aos dutos de transporte de gás natural, preconizada pelo art. 58 da lei do petróleo e regulada pela Resolução nº 27/2005 da ANP, segue uma tendência internacional de garantia da concorrência em todas as fases de negociação do gás.

Isto sucede porque o modelo de acesso negociado, combinado com integração vertical e concentração da oferta não foi capaz de garantir o desenvolvimento de um mercado mais competitivo. Pelo contrário, mascaram-se os preços por meio de subsídios cruzados, falta de transparência e introdução de barreiras à entrada, o que limita a liberdade de escolha e compromete a qualidade do serviço.

A fase do transporte demanda, para garantir eficiência econômica, a completa utilização de sua capacidade instalada, na possibilidade de cessão dessa capacidade de forma isonômica (não discriminatória) e na viabilização da ampliação da malha, que, por se tratar de uma indústria de rede, reduz os custos finais à medida que amplia sua estrutura.

Todos esses objetivos requerem, para o seu alcance, um regime de livre acesso consentâneo com a realidade atual do mercado de gás natural. Não se trata apenas de disponibilizar, legalmente, a possibilidade de introdução de terceiros interessados, mas de garantir que esta faculdade seja feita de forma a não obstaculizar investimentos em infra-estrutura, fato este ainda não devidamente solucionado.

Para tanto, planejar o livre acesso faz-se necessário. Referido planejamento, todavia, há de levar em conta o interesse público e não exclusivamente as conveniências econômicas dos agentes privados, pois, a despeito destes serem um importante parceiro para a concretização do desenvolvimento do mercado, nem sempre seus interesses coincidirão com os do Governo, especialmente porque as metas de universalização de serviços públicos, para os quais o gás natural é um importante segmento, implicam custos sem retorno, mercados incipientes, que de início não garantirão a contraprestação esperada.

Não se pode, porém, esperar que o desenvolvimento seja restringido a uma visão colonialista que beneficie apenas as metrópoles e os grandes centros urbanos. Apostar em iniciativas promissoras, ainda que economi-

camente inviáveis (a curto e médio prazo), é tarefa do Governo e garantir que a demora no retorno ao capital investido seja a mínima possível só pode ocorrer com um planejamento estratégico.

O livre acesso insere-se na temática do planejamento quando se verifica que é por meio dele que a concorrência será, gradualmente, inserida na área do transporte. Não se pode, portanto, submeter um acesso unicamente negociado, tal qual ocorre atualmente, em função do alto grau de simbiose e comprometimento que possuem os projetos de ampliação da malha de dutos com os interesses econômicos da Petrobrás. Um reflexo disso é o Projeto Malhas, idealizado pela empresa para ampliação da capacidade dutoviária nacional e para o abastecimento das usinas térmicas do PPT³⁹⁰, mas que preconiza como operadora unicamente a Transpetro, mediante cláusulas contratuais que implicam uma clara discriminação e que vai ao encontro do ideal preconizado pela lei do petróleo.

Como, então, conciliar os interesses de um mercado sujeito ao monopólio natural e a busca pela introdução da concorrência deste?

Levantar unicamente justificativas econômicas acerca da inviabilidade da concorrência não parece ser a alternativa mais clara a seguir, especialmente porque o modelo jurídico imposto pela Constituição estabelece como princípio básico a promoção da livre concorrência, fato este que só não pode se sobrepor aos objetivos consagrados no artigo 3º da Carta Magna e aos direitos fundamentais concentrados no artigo 5º.

Neste caso, a conciliação de fatores econômicos e jurídicos assume especial relevância, mormente no tocante à garantia de que as ações delineadas cumprirão com a garantia da promoção da dignidade da pessoa humana, que é o fim último preconizado pela nova principio-logia constitucional.

390 Programa Prioritário de Termoelectricidade, instituído via Decreto nº 3.371/00. O projeto Malhas, idealizado pela Petrobrás, foi criado no intuito de ampliar a rede de transporte para garantir o fornecimento de gás natural necessário às novas usinas; porém, da forma como foi idealizado, tal projeto ia frontalmente de encontro aos princípios estabelecidos na lei do petróleo, por garantir uma exclusividade contratual à empresa que excluiria qualquer outro agente econômico, fechando ainda mais o mercado de transporte. Independentemente deste risco, o projeto foi levado à frente, tendo a Petrobrás assinado um Termo de Compromisso junto à ANP para adequá-lo ao modelo concorrencial da indústria idealizado pela lei do petróleo. Cf. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO (ANP). **A indústria do gás natural no Brasil. Estudo para Elaboração de um Modelo de Desenvolvimento da Indústria Brasileira de Gás Natural.** Janeiro de 2004. Disponível em: http://www.anp.gov.br/gas/gas_projetos.asp, acesso em 01 de fevereiro de 2007, p.71, 72.

O uso das instalações de transporte por terceiros caracteriza-se pela essencialidade, inviabilidade econômica de duplicação e pela possibilidade de compartilhamento. São os chamados bens de acesso³⁹¹, denominados na doutrina internacional como *essential facilities*, por implicarem uma situação em que a entrada para determinado mercado só pode ser feita pela utilização de uma infra-estrutura já existente e de propriedade de terceiros.

Apesar de não se encontrar expressamente prevista no ordenamento pátrio, a idéia dos bens de acesso se encontra claramente inferida pelos princípios da função social da propriedade e da impossibilidade de recusa imotivada, entendida como abuso de posição dominante por parte do detentor das instalações, que encontram guarida nos arts. 170 e 173 da Constituição Federal.

O planejamento, nesta ocasião, apesar de ser apenas indicativo para o setor privado, deve ser pautado por enunciados normativos capazes de fazer valer a importância dada aos bens de acesso e a íntima relação que eles têm com o respeito ao princípio da função social da propriedade e da vedação ao abuso de posição dominante por meio de uma recusa imotivada.

Não se trata, porém, de uma previsão meramente formal, pois no Brasil o regime de acesso ainda é negociado e não regulado. Logo tem-se uma estrutura de adesão à empresa líder e não de associação, fato este que reflete a falta de planejamento público e insegurança jurídica no setor, que, apesar de ter uma agência reguladora específica, não se encontra dotado de uma legislação especializada, sendo ainda tratado como um mero apêndice do petróleo e cujas especificidades não possuem normatização clara.

391 Os chamados bens de acesso possuem algumas características básicas para possuírem tal classificação, quais sejam: devem ser controlados por um agente monopolista ou detentor de grande poder econômico no mercado relevante a ser analisado; que o bem em questão não pode ser duplicado por eventuais concorrentes (inviabilidade prática e/ou econômica), por se tratar de uma indústria de rede sujeita a economias de escala que obstam essa possibilidade; que tenha havido uma recusa imotivada por parte do detentor do bem de acesso a eventual interessado; que seja possível garantir o acesso a terceiros. NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)**. p. 165, 166. Os bens de acesso se caracterizam, portanto, pela sua total indispensabilidade para a realização de determinada atividade econômica, seja esta configurada, no caso em questão, como apenas o transporte do gás natural, ou então pela negociação deste produto no mercado consumidor, ou seja, a recusa de contratar, nesse caso, inviabiliza não apenas eventuais negócios a montante (o próprio transporte), como também no final da cadeia, a jusante, na comercialização do derivado junto às distribuidoras. Essa obrigatoriedade de compartilhamento representa uma exceção clara ao direito de propriedade, porém justificada pela necessidade de cumprimento de sua função social e do fomento à livre concorrência, que são basilares para o desenvolvimento do mercado.

Essa falta de um marco regulatório para o mercado do gás natural, notadamente na questão do transporte e na sua vertente mais especializada e controvertida, que é a do livre-acesso, dificulta a implantação de um modelo competitivo na cadeia e aumenta a percepção de risco por parte de todos os seus potenciais entrantes.

Não se tem ainda uma visão estratégica para o setor de gás natural capaz de cobrir todas as lacunas para a formação de um mercado verdadeiramente competitivo, seja no plano do transporte ou no de produção. A mera exigência de separação jurídica ou contábil das transportadoras, sem uma proibição ou restrição clara quanto à participação acionária do transportador em outros segmentos, bem como a ausência de uma oferta descentralizada, inibem o poder de negociação dos interessados em entrar no mercado e os submetem a ser meros partícipes dos lucros monopolíticos da Petrobrás.

Tal qual se encontra estruturado o mercado de transporte de gás natural no Brasil, que pela ausência de regras claras e voltadas especificamente a este insumo, bem como a toda a infra-estrutura que o permeia, distinta daquela utilizada na cadeia de comercialização do petróleo, implica a formação de um modelo fechado, uma vez que diversas das cláusulas são favoráveis ao principal protagonista, qual seja, a Petrobrás. Portanto, enquanto o livre acesso aos dutos de transporte não se encontrar inserido num contexto regulatório capaz de conferir segurança jurídica aos contratos já formados, mas também um tratamento padronizado e isonômico aqueles que ainda virão a ser assinados, não será possível o desenvolvimento de um mercado efetivamente concorrencial e da consolidação do ideal constitucional sobre o setor.

Referências bibliográficas

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO (ANP). **A indústria do gás natural no Brasil. Estudo para Elaboração de um Modelo de Desenvolvimento da Indústria Brasileira de Gás Natural.** Janeiro de 2004. Disponível em: http://www.anp.gov.br/gas/gas_projetos.asp, acesso em 01 de fevereiro de 2007;

_____. Nota Técnica: **ORGANIZAÇÃO DA INDÚSTRIA BRASILEIRA DE GÁS NATURAL E ABRANGÊNCIA DE UMA NOVA LEGISLAÇÃO** (versão preliminar). Superintendência de Comercialização e Movimentação de Gás Natural. Março de 2004. Disponível via Internet em: www.anp.gov.br. Acesso em: 03/02/07;

_____. **A Reforma da Indústria de Gás Natural na União Européia. Estudo para Elaboração de um Modelo de Desenvolvimento da Indústria Brasileira de Gás Natural.** Agosto de 2004. Disponível em: : http://www.anp.gov.br/gas/gas_projetos.asp, acesso em 01 de fevereiro de 2007;

BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao direito da concorrência.** São Paulo: Singular, 2005;

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** São Paulo: Renovar, 2006;

CAMACHO, Fernando Tavares. **Regulação da indústria de gás natural no Brasil.** Rio de Janeiro: Interciência, 2005;

CARVALHO, Gilberto de Abreu Sodré. **Responsabilidade civil concorrencial. Introdução ao direito concorrencial privado.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002;

Estudo setorial: petróleo, julho de 2006. Fonte: www.bancodobrasil.com.br;

FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras. O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua atividade normativa.** São Paulo:

- Malheiros, 2005;
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003;
- FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005;
- GOLDBERGH, Daniel. **Poder de compra e política antitruste**. São Paulo: Singular, 2006;
- MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2005;
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. São Paulo: Renovar, 2003;
- NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)**. São Paulo: Dialética, 2006;
- PINDYCK, Robert S. **Sunk costs and real options in antitrust**. National Bureau of Economic Researches – NBER - Working Paper Series, nº. 11430. Disponível online: <http://www.nber.org/papers/w11430>, acesso em agosto de 2006;
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial. As condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003;
- _____. **Regulação e concorrência (estudos e pareceres)**. São Paulo: Malheiros, 2002;
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das letras, 2000;
- SCOOT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômico. Estado e normalização da economia** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000;
- SUPERINTENDÊNCIA DE COMERCIALIZAÇÃO E MOVIMENTAÇÃO DE GÁS NATURAL – SCG-ANP (2004). **COMPROMISSOS EXISTENTES AO LONGO DA CADEIA DE GÁS NATURAL: CONTRATOS DE TRANSPORTE (versão preliminar)**. Rio de Janeiro: ANP, Nota técnica 006/2004, p. 4, [online]. Disponível na Internet via WWW. URL: www.anp.gov.br, acesso em 26/08/06;
- _____. (2002). **Panorama da indústria de gás natural no Brasil: aspectos regulatórios e desafios**. Rio de Janeiro: ANP, Nota técnica 033/2002, p. 7, [online]. Disponível na Internet via WWW. URL: www.anp.gov.br, acesso em 26/08/06.