

Marco Regulatório

Nº 7 - Agosto 2004

Revista da AGERGS

Porto Alegre-RS

**Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos
Delegados do Rio Grande do Sul - AGERGS**

Conselho Superior

Maria Augusta Feldman

David Fialkow Sobrinho

Denise Zaions

Clovis Ilgenfritz da Silva

Eduardo Delgado

Luiz Miranda

Guilherme Socias Villela

Sumário

A EXPERIÊNCIA DA AGERGS NA REGULAÇÃO DA QUALIDADE DO SERVIÇO NAS ESTAÇÕES RODOVIÁRIAS DO RIO GRANDE DO SUL Marco Aurélio Antunes e Ricardo Pereira da Silva	5
DESAFIOS DA REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS NO BRASIL - Eduardo Delgado	16
ENSAIO DE UMA VISÃO AUTOPOIÉTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO - Alexandre Santos de Aragão	20
O SILÊNCIO ADMINISTRATIVO - Luciana Luso de Carvalho	27
PARTICIPAÇÃO: TRANSPARÊNCIA E CONTROLE Maria Augusta Feldman.....	32
PORTAL DE REGULAÇÃO: A CIBERNÉTICA APLICADA À REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS - Eduardo D`Avila Leal	39
QUALIDADE DO PAVIMENTO AO TÉRMINO DA CONCESSÃO Luiz Henrique Mangeon	43
REAJUSTE X REVISÃO: CONCEITOS E APLICABILIDADES Roberto Tadeu de Souza Júnior	50
UMA VISÃO TÉCNICA DA AUTONOMIA DO REGULADOR Denise Zaians	57

APRESENTAÇÃO

A AGERGS, primeira Agência Regulatória a ser estruturada, completa seus sete anos e apresenta sua nova e já tradicional revista Marco Regulatório nº 07.

A questão regulatória tem estado no centro do debate nacional, quer em razão do Projeto de Lei 3.337/04, protocolado pelo Executivo na Câmara Federal de Deputados, quer diante da necessidade de um ambiente regulatório estável, para a viabilização de investimentos privados principalmente nos setores de infra-estrutura.

Os artigos publicados foram elaborados por conselheiros e técnicos da Agência e trazem uma visão atual sobre o tema. Os desafios da regulação dos serviços públicos delegados, a transparência e o controle social, a autonomia do regulador, reajuste e revisão sem dúvida são matérias que também permeiam o debate. Aspectos referentes à regulação setorial, tais como a qualidade dos serviços prestados pelas estações rodoviárias no estado e a qualidade do pavimento ao término da concessão foram profundamente abordados. A revista traz, ainda, inovações como a cibernética aplicada à regulação dos serviços públicos e um artigo tratando do silêncio administrativo.

Como convidado, a Revista Marco Regulatório conta com o Professor das Pós-Graduações em Direito do Estado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e em Direito da Administração Pública da Universidade Federal Fluminense – UFF e Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Alexandre Santos de Aragão, autor da obra “Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico”, publicada pela Editora Forense.

Assim, é com prazer que vimos convidá-lo à leitura.

Maria Augusta Feldman
Conselheira-Presidente

A EXPERIÊNCIA DA AGERGS NA REGULAÇÃO DA QUALIDADE DO SERVIÇO NAS ESTAÇÕES RODOVIÁRIAS DO RIO GRANDE DO SUL

*Marco Aurélio Antunes**
*Ricardo Pereira da Silva***

RESUMO

Este trabalho apresenta o modelo adotado pelo Estado do Rio Grande do Sul na instalação e na forma de prestação de serviço dos terminais rodoviários, bem como a experiência da AGERGS em regulação das Estações Rodoviárias com enfoque no aspecto de qualidade. O Rio Grande do Sul possui pouco mais de 300 Estações Rodoviárias que prestam serviços à população em regime de concessão do Executivo Estadual. Em 1999, a Diretoria de Qualidade da AGERGS iniciou estudos para vistoriar os terminais rodoviários. Essa Diretoria tem desenvolvido trabalho de vistoria nas estações rodoviárias do Estado com ênfase nos terminais de maior movimento de passageiros. É realizada uma avaliação do estado de conservação das dependências, instalações e equipamentos do terminal. No que se refere à qualidade, são avaliados itens envolvendo o conforto e a segurança do usuário e os serviços prestados pelo concessionário. Concluímos apresentando uma análise dos resultados obtidos no período de 1999 a 2003.

* Engenheiro mecânico, mestre em finanças e técnico superior da AGERGS - antunes@agergs.rs.gov.br

** Engenheiro civil, mestre em engenharia de recursos hídricos e saneamento ambiental, técnico superior da AGERGS - ricardo@agergs.rs.gov.br

1. Introdução

A Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS) foi criada em 1997 e deu início aos trabalhos de regulação na área de Estações Rodoviárias nos dois anos seguintes. A atuação da agência nessa área é caracterizada por vistorias que apresentam um enfoque nos aspectos de qualidade dos serviços e das condições de conservação das instalações dos terminais.

O Rio Grande do Sul possui pouco mais de 300 terminais rodoviários prestando serviços à população em regime de concessão do Executivo Estadual. Os serviços de Estações Rodoviárias (ERs) são privativos do Estado e podem ser exercidos pela iniciativa privada mediante concessão do DAER (Departamento Autônomo de Estradas e Rodagem), autarquia vinculada à Secretaria dos Transportes. Até o final do primeiro semestre de 2003, 55 editais para concessão de estações rodoviárias em novos municípios haviam sido homologados pela AGERGS.

Com base nas informações geradas pelas experiências da AGERGS em regulação de terminais rodoviários, este trabalho enfoca aspectos de qualidade.

2. Modelo

O modelo adotado no Rio Grande do Sul apresenta as seguintes características. Os serviços das ERs, privativos do Estado, são prestados à população em regime de concessão, sendo prevista uma concentração do mercado limitada a cinco ERs de um mesmo concessionário.

A exploração desse serviço apresenta características de monopólio. Com exceção da capital, somente é permitida a instalação de um único terminal em cada localidade, sendo que em um centro urbano sua localização é de competência do município. Além disso, as ERs não apenas são pontos obrigatórios de estacionamento dos veículos das linhas intermunicipais para o embarque e desembarque dos passageiros, como também possuem a exclusividade da venda de passagens, despacho de malas e encomendas. No entanto, é permitida a venda de passagem dentro dos ônibus aos usuários que embarcarem nos pontos de parada ao longo do trajeto.

A remuneração do serviço da ER se dá por meio de uma comissão percentual da venda de passagens e dos despachos de encomendas. Essa comissão é fixa e válida para todas as rodoviárias, sendo aproximadamente de 11% do valor de passagens vendidas e de 15% do frete das encomendas embarcadas. A taxa de fiscalização do DAER, recolhida pelo concessionário, está definida em 3% da renda bruta.

Para efeito de estabelecimento das instalações necessárias, as ERs estão divididas em categorias. A rodoviária da capital foi considerada de categoria especial, ficando as demais em quatro categorias diferentes, e classificadas, de acordo com a renda bruta mensal, das maiores - primeira categoria, às menores, quarta categoria.

3. Legislação

A Constituição do Rio Grande do Sul, em seu artigo 178, define que o Estado estabelecerá política de transporte público intermunicipal de passageiros, para organização, planejamento e execução desse serviço, ressaltando a competência federal. O artigo 179 dessa Constituição ordenou à lei ordinária instituir o sistema estadual de transporte público intermunicipal de passageiros, integrando, além das linhas intermunicipais, as estações rodoviárias e as linhas de integração que operam entre um e outro município da região metropolitana e das aglomerações urbanas.

Atualmente, as linhas de transporte intermunicipal estão divididas em metropolitano e longo curso. A Lei 11.127, de 09/02/98, institui o sub-sistema metropolitano, tendo como poder concedente a Secretaria de Planejamento e, como órgão de gerência, a METROPLAN. O sub-sistema de longo curso teve algumas normas disciplinadas pela Lei 11.090, de 22/01/98, que manteve o DAER como poder concedente, alterando a composição do Conselho de Tráfego, o qual continua regulado pela Lei 3.080/56. Ainda falta a Lei do Sistema Estadual.

A Lei 6.187, de 08/01/71, dispõe sobre os Serviços de Estações Rodoviárias no RS e foi regulamentado pelo Decreto 21.072, de 12/03/71. Essas leis, além de registrarem que os serviços das ERs são privativos do Estado, definem que compete as ERs a exclusividade da venda de passagens, despacho de malas e encomendas de todos os veículos de transporte coletivo de passageiros que nelas estacionem.

Embora o sistema tenha sido dividido em metropolitano e longo curso, as atribuições de poder concedente das ERs permanece com o DAER. O ato do DAER nº. 31.512, de 11/08/99, estabelece as especificações das instalações das Estações Rodoviárias.

A Lei 10.931, de 1997, cria a AGERGSI, atribuindo-lhe a competência de regular as Estações Rodoviárias do RS.

4. Amostra

O Rio Grande do Sul possui 307 Estações Rodoviárias, sendo uma de categoria especial (ER da capital), 33 de primeira, 37 de segunda, 45 de terceira e 191 de quarta categorias.

No quadro abaixo, mostra-se a segmentação da população do RS, segundo a categoria da estação rodoviária do município que habitam.

Verifica-se que 17,72% da população do Estado não dispõem de terminal rodoviário no município que habitam, tendo que recorrer às estações rodoviárias de outros municípios para ter acesso ao transporte intermunicipal de longo curso.

Categoria	População (hab.)	População (%)
Especial	1.359.932	13,36
Primeira	3.544.625	34,82
Segunda	1.115.742	10,96
Terceira	697.739	6,85
Quarta	1.657.303	16,28
Sem Terminal	1.803.629	17,72

Quadro 1. Segmentação da população, segundo a categoria do terminal.

Considerando apenas a população da capital, o terminal rodoviário de Porto Alegre atende a 13,36% da população total do Estado. Se for levado em conta que alguns municípios da Grande Porto Alegre não dispõem de terminais rodoviários, a população que potencialmente utiliza a estação de Porto Alegre equivale a 20% da total do Estado.

5. Coleta de Dados

Em 1999, a Diretoria de Qualidade da AGERGS iniciou estudos para vistoriar os terminais rodoviários no RS. Essa Diretoria tem desenvolvido trabalho de vistoria nas estações rodoviárias do Estado com ênfase nos terminais de primeira categoria e naqueles localizados no litoral do Estado.

O objetivo dessas vistorias é verificar, além do atendimento ao ato do DAER, as condições das instalações e a qualidade dos serviços prestados. Assim, são solicitadas do concessionário informações cadastrais, da infra-estrutura disponível, do movimento de passageiros e de ônibus no terminal, entre outras. É realizada também uma avaliação do Estado de conservação das dependências, instalações e equipamentos do terminal. No que se refere à qualidade, são avaliados itens envolvendo o conforto e a segurança do usuário e os serviços prestados pelo concessionário.

O enfoque da regulação abrange tanto os aspectos de qualidade quanto os econômicos. A qualidade da prestação do serviço é verificada através das condições das instalações e da satisfação dos usuários com relação aos quesitos de conforto, segurança, serviços acessórios (telefone, ponto de taxi, entre outros), higiene e limpeza.

Até o momento, foram realizadas 112 vistorias em 57 terminais rodoviários diferentes, sendo um especial (da capital), 31 de primeira, 12 de segunda, 3 de terceira e 10 de quarta categoria.

6. Resultados

Com exceção do Ato 31.512/99 do DAER, não existe qualquer outra legislação ou norma que regulamente e ofereça parâmetros para o dimensionamento dos diversos setores de um terminal rodoviário. Esse ato exige dimensões mínimas para a sala de espera, depósito de bagagens e encomendas, largura dos guichês de venda de passagens, sanitários, fraldários e restaurantes, conforme a categoria da rodoviária. Porém, não oferece subsídios para o dimensionamento de número de boxes, número de guichês e a área do terminal de forma a oferecer as condições adequadas de conforto e segurança para os usuários.

A seguir, mostra-se alguns resultados obtidos com base nos

dados levantados nas vistorias regulatórias realizadas pela AGERGS nas principais Estações Rodoviárias do Estado do RS.

O gráfico 1 apresenta a correlação entre o número de boxes e o fluxo diário de ônibus em 33 terminais de todas as categorias. Verifica-se que, nestes terminais, existe uma correlação entre o número de boxes para estacionamento dos ônibus e o fluxo de veículos diários. O grau de determinação (R^2) encontrado foi de 88,8%, indicando que, mesmo sem norma específica, os terminais com maior fluxo de veículos dispõem de número maior de boxes.

Os terminais dos municípios de Cachoeira do Sul e Vacaria têm uma relação entre o número de boxes e o fluxo diário de ônibus muito superior ao encontrado nos demais terminais do Estado. Em contraste, o terminal de Osório tem um número de boxes relativo ao fluxo de ônibus bem inferior ao verificado em outras estações.

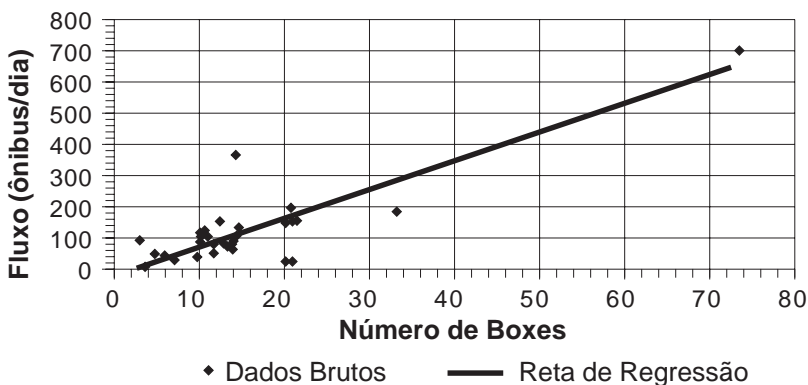


Gráfico 1. Relação entre o número de boxes e fluxo de ônibus.

Comparando o fluxo diário de passageiros com o número de guichês para venda de passagens, mostrado no gráfico 2, observa-se que 14 estações rodoviárias oferecem 3 guichês aos usuários. O movimento diário de passageiros destes terminais varia de 500 a 2.200 (167 a 733 passageiros por guichê). Os terminais que dispõem de 4 guichês são 5 e o fluxo de passageiros vai de 360 a 3.000 (90 a 750 passageiros por guichê).

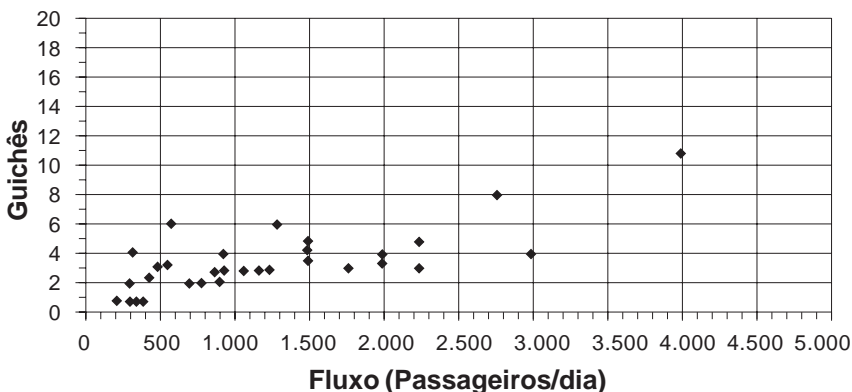


Gráfico 2. Relação entre fluxo de passageiros e guichês.

Os dados mostram que não há uma relação direta entre essas variáveis. Um fator a ser levado em consideração para definir a relação mais adequada entre número de passageiros e quantidade de guichês é a automação do atendimento ao usuário, o que agiliza a comercialização das passagens.

Outra variável importante para comparar o conforto que as estações rodoviárias oferecem ao usuário, é a relação entre a área construída e o fluxo diário de passageiros, conforme mostrado no gráfico 3.

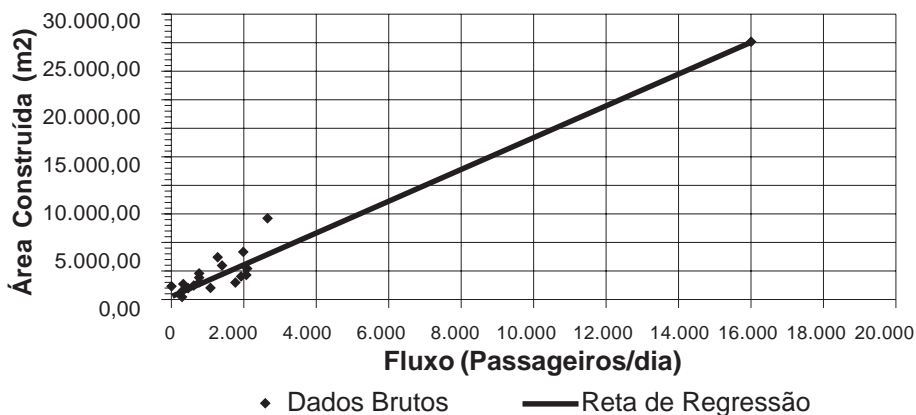


Gráfico 3. Relação entre fluxo de passageiros e área do terminal.

A observação do gráfico mostra que a área dos terminais tende a aumentar com o incremento do fluxo de passageiros. O grau de determinação (R^2) obtido com a regressão linear é de 93,5% indicando que, mesmo sem uma norma explícita, houve preocupação em aumentar com racionalidade, a área de terminais com maior fluxo de passageiros. O terminal de Santa Maria apresenta uma área muito superior a outros terminais com semelhante fluxo diário de passageiros, enquanto a estação rodoviária de Montenegro tem uma área reduzida se comparada com outros terminais de mesma frequência de passageiros.

O número de funcionários em cada terminal e o fluxo de passageiros não mantêm um grau de correlação elevado. A regressão linear explica apenas 39,0% da variância. Enquanto alguns terminais têm 22 funcionários/mil passageiros, outros têm apenas 4 funcionários/mil passageiros. A média dos terminais vistoriados é de 12 funcionários/mil passageiros.

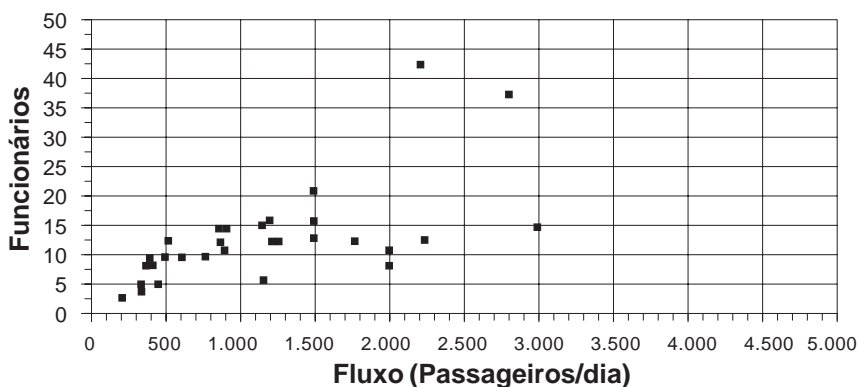


Gráfico 4. Relação entre o fluxo de passageiros e o número de funcionários.

A Tabela 1- Não Conformidade observada nos requisitos do DAER- mostra os aspectos que estão em desconformidade, em valores percentuais para os anos de 2000 a 2003, em relação aos parâmetros estabelecidos pelo DAER.

Com relação às exigências do Ato do DAER, os terminais rodoviários apresentam-se em bom estado de conservação. No entanto, as ERs necessitam de algumas adequações, principalmente nos itens

TABELA 1 Exigências do Ato do DAER	Não Conformidade			
	2000	2001	2002	2003
I – PRÉDIO				
Construção de alvenaria	0%	0%	0%	0%
Marquise de proteção de intempéries	17%	4%	7%	0%
Acesso aos deficientes físicos	47%	38%	60%	38%
Gare com plataforma	4%	5%	7%	8%
II - VÃOS DE ILUMINAÇÃO E VENTILAÇÃO				
Aberturas para o exterior	0%	0%	0%	0%
Iluminação	0%	0%	0%	0%
Ventilação	0%	0%	0%	0%
Portas de acesso	0%	17%	13%	8%
III – COMPARTIMENTOS				
III.1 - SALA DE ESPERA				
Piso	0%	0%	0%	0%
Paredes	0%	4%	7%	0%
Área	0%	0%	0%	0%
Pé direito	0%	4%	0%	0%
III.2 - GUICHÊS PARA VENDA DE PASSAGENS				
Comprimento	0%	0%	0%	0%
III.3 – FRALDÁRIO				
Piso	77%	71%	40%	46%
Paredes	77%	71%	40%	46%
Pé direito	77%	71%	40%	46%
Balcão	77%	71%	33%	46%
Área	77%	71%	40%	46%
III.4 – INSTALAÇÕES SANITÁRIAS				
Pé direito	0%	4%	0%	0%
Área	0%	4%	0%	0%
Piso	3%	4%	0%	0%
Paredes	3%	4%	0%	0%
Paredes internas	3%	4%	7%	0%
Sanitário masculino	0%	0%	13%	0%
Sanitário feminino	0%	0%	20%	0%
Sanitário para funcionários	13%	19%	7%	8%
III.5 – DEPÓSITO DE BAGAGENS E ENCOMENDAS				
Saída	0%	13%	27%	23%
Tamanho	0%	13%	20%	23%
Área	0%	13%	20%	23%
Balcão	0%	13%	27%	38%
III.6 – ESCRITÓRIO DE FISCALIZAÇÃO DO DAER				
Existência obrigatória	8%	7%	7%	8%
III.7 – BAR E RESTAURANTE				
Existência obrigatória	3%	0%	0%	0%
Área	7%	0%	0%	0%
IV – INSTALAÇÕES ESPECIAIS				
Bancos e cadeiras da sala de espera	0%	4%	7%	0%
Inexistência de stands para venda de mercadorias	0%	4%	0%	8%
Quadro de avisos de utilidade pública	23%	13%	7%	0%
Sistema de som	16%	27%	13%	15%

referentes ao acesso de deficientes físicos e às instalações para troca de fraldas (fraldário). As ERs vistoriadas carecem de acessos aos deficientes físicos, apresentando um índice de não conformidade de 47% em 2000 e 38% em 2003, bem como de fraldário com não conformidade de 77% e 46% em 2000 e 2003, respectivamente.

No que se refere às instalações sanitárias, as ERs apresentam não conformidade de 13% em 2000 e 19% em 2001 no item sanitário para funcionários.

O depósito de bagagens e encomendas de 23% dos terminais rodoviários vistoriados não estavam em conformidade com a norma do DAER; e, quanto à área e o local de saída dos volumes, 38% dos balcões de atendimento não se enquadravam nas especificações.

Nas instalações especiais, aparecem, com não conformidade, os itens “quadro de aviso de utilidade pública” (23% em 2000 e 0% em 2003) e “sistema de som” (16% em 2000 e 15% em 2003).

A Tabela 2 apresenta as não conformidades, em valores percentuais, para os anos de 2000 e 2003, em relação aos parâmetros de qualidade exigidos pela AGERGS.

PARÂMETROS DE QUALIDADE AGERGS	Não Conformidade			
	2000	2001	2002	2003
Telefones públicos	0%	4%	7%	8%
Serviços de informações	0%	29%	53%	54%
Segurança	10%	48%	53%	46%
Limpeza e higiene dos sanitários	7%	13%	20%	8%
Limpeza e higiene da área de circulação	0%	0%	0%	0%
Conforto da área de espera	0%	0%	0%	0%
Sinalização indicativa interna	7%	13%	20%	0%
Sinalização indicativa externa	13%	5%	13%	8%
Separação da área de embarque/desembarque	20%	71%	100%	92%
Marquise de proteção no ponto de táxi	38%	42%	47%	46%
Fluxo/Tempo de atendimento normal	0%	0%	0%	8%

Tabela 2: Não conformidade observada nos requisitos da AGERGS

Com relação aos parâmetros de qualidade estabelecidos pela AGERGS para os terminais rodoviários, percebemos os itens de serviços de informações, segurança (em termos de presença de policiamento ou vigilância particular no local) e limpeza e higiene dos sanitá-

rios com elevados índices de não conformidade. A segurança aparece com não conformidade de 10% em 2000 e 46% em 2001, bem como a limpeza dos sanitários com 7% em 2000 e 8% em 2003.

Os outros itens com valores elevados de não conformidade referem-se a carências na estrutura dos terminais, como falta de separação das áreas de embarque e desembarque e marquise de proteção contra intempéries no ponto de táxi.

7. Conclusões

Este trabalho faz uma análise dos dados obtidos nas vistorias realizadas pela AGERGS nos principais terminais rodoviários do Estado do Rio Grande do Sul. Foram realizados, além de estudos de correlação utilizando regressão linear simples, estudos de não conformidades identificadas nos parâmetros de qualidade exigidos pela AGERGS.

Considerando o modelo adotado no RS, pode-se perceber que o Estado não tem um compromisso direto com o equilíbrio econômico financeiro dos contratos das ERs. Como a renda da ER corresponde a um percentual sobre a venda de passagens e a tarifa dos ônibus está relacionada com a distância percorrida, as ERs mais afastadas podem obter uma receita maior. Este fato não reflete necessariamente o volume de movimentação de passageiros no terminal.

Com as regressões lineares realizadas, foram obtidos resultados que mostraram a existência de uma certa lógica no projeto dos terminais, ou seja, os terminais de maior fluxo de ônibus e de passageiros dispõem de maior número de boxes e maior área construída, mas não garantem que os mesmos estejam adequadamente dimensionados. Para se comprovar se os boxes estão sub-dimensionados ou superdimensionados, é necessário um acompanhamento regular da operação do terminal, verificando se o mesmo funciona com boxes ociosos ao longo do dia, ou se ocorrem atrasos de partida de ônibus devido a engarrafamentos causados pelo número insuficiente de boxes.

Os resultados obtidos mostraram que, de um modo geral, as condições dos equipamentos dos terminais apresentam bom estado de conservação, necessitando de melhorias, tais como na instalação de acesso para deficientes e na estrutura para troca de fraldas. No entanto, a prestação dos serviços aos usuários de Estações Rodoviárias deixa a desejar no que se refere aos parâmetros de qualidade exigidos

pela AGERGS, principalmente nos itens de segurança, informações, separação da área de embarque e desembarque e na proteção à intempérie nos pontos de táxi.

DESAFIOS DA REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS NO BRASIL

*Eduardo Delgado**

Em face do significativo aumento da demanda de implementação de políticas públicas sociais, especialmente após a promulgação da Constituição da República em 1988, não por acaso chamada de “Constituição Cidadã”, o Estado brasileiro, já carente de recursos, tendo em vista a diminuição do crescimento econômico local e mesmo mundial, obrigou-se a reforçar o destino dos recursos públicos para as áreas sociais.

De outra parte, a redução do poder de inversões públicas ocorreu em âmbito mundial, pelo desenvolvimento privado da tecnologia e globalização dos fluxos de capitais, ampliando sobremaneira a capacidade de investimento por parte do setor privado. Por outro lado, no caso do Brasil, o processo inflacionário recente exigiu maior atenção nas políticas de estabilização monetária e impediu o amplo conhecimento dos custos dos serviços públicos, interferindo drasticamente na fixação das tarifas pelo Poder Executivo.

Agravou-se então a necessidade de financiamento privado dos serviços públicos, inclusive na sua infra-estrutura, e a conseqüente exigência de estipulação de regras fixas para a remuneração dos aportes cada vez maiores de capitais privados, com vistas à garantia do retorno dos investimentos.

Em razão da demanda de investimentos consideráveis num espaço de tempo deveras maior que o mandato governamental; da ne-

* Advogado, Conselheiro Superior da AGERGS - eduardodelgado@agergs.rs.gov.br

cessidade de permanente capitalização das empresas prestadoras - face ao objetivo de universalização dos serviços com vistas a disponibilizá-los às camadas sociais menos favorecidas; bem como à exigência constante de atualização da qualidade, especialmente através da aquisição de avanços tecnológicos, torna-se inviável a concorrência plena, na qual haveria uma regulação natural do mercado, como de regra ocorre nos demais bens da vida postos à disposição. Neste sentido, de regra, vislumbra-se a necessidade de oligopólio ou mesmo monopólio na exploração dos serviços públicos.

Isto porque sendo tais investimentos superiores à capacidade de pagamento do usuário em curto espaço de tempo, necessário que se conceda o direito de exploração muitas vezes em dezenas de anos, a fim de que o investidor privado possa diluir seus aportes de capital e o respectivo retorno no tempo com a assegurada e justa remuneração, através de regras claras postas nos contratos de concessão, com obrigações e direitos líquidos e certos para ambas as partes, isto é, os concessionários privados e o Estado.

Assim, têm as agências de regulação como atribuição fiscalizar o cumprimento das leis e dos contratos, aquelas elaboradas e postas pelo Poder Legislativo, e estes, pelo Poder Executivo, em consonância com as suas políticas de governo e limitados aos ditames postos na legislação, a fim de que os órgãos reguladores possam, em sintonia com a vontade popular, dirimir os conflitos de interesse naturalmente imprevistos que ocorrem durante o prazo da contratação.

Presume-se ser esta a vontade de todos, eis que escrita por seus mandatários, e acaso alterada unilateralmente ou não cumprida pelos governantes, que não raro são substituídos ou modificam suas propostas de quatro em quatro anos, inviabiliza o planejamento financeiro previsto no contrato para o período de concessão, especialmente a universalização dos serviços e a necessidade de constante melhoria da sua qualidade, face à necessidade de espaço de tempo de regra maior do que os dos mandatos governamentais.

Por tais razões, deve o órgão regulador estar imune às intervenções políticas, e muitas vezes partidárias, pontuais do Poder Executivo em determinados momentos históricos, em razão da lógica exigência de sua distância e isenção frente aos contratantes, a fim de que possa regular economicamente o mercado de forma técnica e fiscalizar o cumprimento das promessas de ambas as partes, empresas privadas e governo, celebradas no contrato, sempre com vistas à

modicidade tarifária, através de aumentos de produtividade; incorporação de avanços tecnológicos; publicidade; enfim, todas as fontes de renda possíveis, com o escopo de obtenção de tarifas compatíveis com a renda dos usuários.

Portanto, sendo as agências de regulação órgãos de controle social dos serviços públicos, fiscais da vontade popular posta na lei e nos contratos de concessão ou permissão, caracterizam-se como verdadeiros auxiliares do Poder Legislativo, nos moldes dos Tribunais de Contas, devendo a estes serem subordinados e vinculados, respectivamente, sob pena de geração de insegurança aos que com o Estado contratam, afastando assim os investimentos, e, por consequência, a universalização e melhoria da qualidade dos serviços públicos sujeitos à delegação ao setor privado.

Eventuais falhas, especialmente nas previsões do mercado, por parte dos órgãos responsáveis pelo processo de privatização da exploração econômica dos serviços públicos, exigem sua correção, residente principalmente na melhor repartição dos ganhos com os usuários, em última análise, verdadeiros proprietários dos serviços públicos concedidos. Neste sentido é que o instituto da regulação se presta para atingir as suas finalidades, e a razão pela qual os órgãos reguladores não devam permanecer reféns da vontade do *príncipe*.

Deve a Administração direta centrar-se na formulação estratégica de desenvolvimento por ela proposto, estabelecer políticas públicas para os mais diversos setores envolvidos, deixando as agências de regulação independentes, com vistas à melhor arbitragem técnica dos conflitos de interesses que surgirem durante o período da concessão. Não há como haver controle, fiscalização técnica, mediação e arbitragem de forma independente, sem a distância necessária das partes diretamente envolvidas, eis que os limites são estabelecidos na lei e nos contratos.

Neste contexto, deve o acesso dos reguladores às agências ser o mais representativo possível, com a ampla participação do Poder Executivo, dos usuários, através da sociedade organizada, e dos delegatários, com o escopo de se manter a natureza de controle social da exploração econômica dos serviços do público, sob pena de vislumbrar-se o desinteresse econômico do setor privado frente à notória incapacidade financeira do Estado para o cumprimento das suas obrigações constitucionais.

A forma posta atualmente das atribuições das agências de

regulação legítima o conflito de competências que ora se assiste entre a Administração e a regulação, em face da equivocada outorga de atribuições executivas a órgãos reguladores, com o conseqüente esvaziamento de prerrogativas até então tradicionais do Poder Executivo. O limite da discussão deve se restringir unicamente às atribuições executivas outorgadas aos órgãos reguladores, e não às competências regulatórias, tampouco à sua independência, sob pena de perda da razão de sua própria existência, qual seja, uma regulação técnica pautada na lei e nos contratos.

No caso do Rio Grande do Sul, felizmente o legislador gaúcho foi sensível e perspicaz, visto que outorgou à AGERGS tão somente poderes de regulação, consistentes fundamentalmente na intervenção estatal neste setor da economia, a fim de resguardar uma exploração econômica dos serviços públicos com vistas à assegurar as suas prestações de forma regular, contínua, eficiente, segura, atual, genérica, cortês, e com a incessante busca de tarifas acessíveis a todos. Garante-se assim, a harmonia entre os interesses dos usuários, poder concedente e delegatários, zelando sempre pelo equilíbrio econômico-financeiro da relação público-privada, ou seja, a paridade entre os custos e o custeio do serviço, com o objetivo da continuidade, qualidade e a prometida remuneração da sua exploração por um ente privado, que, por obrigação, deve canalizar suas riquezas para investimentos que prevejam uma compensação.

Ao conceder a um ente privado a exploração econômica de um serviço que é seu, o usuário necessita de um órgão que regule e fiscalize, desde a licitação, a subscrição do contrato e a sua própria execução, atos estes praticados em nome de todos pelo Poder Executivo.

Em síntese, o regulador posiciona-se diante de uma equação técnica, onde de um lado deve zelar pelo cumprimento da lei e dos contratos, e assim o equilíbrio econômico e financeiro da relação econômica instituída pelas vias da concessão e da permissão, em face dos escopos legais antes referidos, e, de outro, buscar a modicidade tarifária e a qualidade da prestação.

Eventuais alterações de vontade dos mandatários deverão ser procedidas nos foros competentes respectivos, ou seja, na lei e nos contratos, até para a sociedade poder creditar ou debitar os dividendos e custos políticos correspondentes.

ENSAIO DE UMA VISÃO AUTOPOIÉTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO*

*Alexandre Santos de Aragão***

Como o próprio título denota, o presente estudo não se pretende exaustivo do tema, colocando-se mais como a exteriorização de algumas reflexões que estamos fazendo acerca da necessária atualização metodológica do Direito Administrativo na contemporaneidade.

Com efeito, estudando o Direito Administrativo brasileiro, notadamente a sua vertente econômica¹, refletindo sobre as relações entre o Direito e a Economia, percebe-se o quanto as noções tradicionais das Teorias do Direito e do Estado deveriam ser revistas diante da atual realidade do poder estatal.²

O exercício do poder político coletivo, desde a derrocada do feudalismo até bem recentemente, sempre pressupôs a sobrepujança do Direito, seu principal instrumento, sobre as demais formas de exercício de poder coletivo existentes na sociedade (poder econômico, religioso, da mídia, das tradições comunitárias, etc.).

As redes que passaram a se formar ao longo do globo entre esses diversos interesses parciais de organização da sociedade, propiciadas pelos avanços comunicacionais verificados, colocaram em xe-

* Adaptação com pequenas alterações do Prefácio que tivemos a honra de elaborar para a obra de JANSEN, Letácio. *Introdução à Economia Jurídica*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003.

** Professor das Pós-graduações em Direito do Estado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e em Direito da Administração Pública da Universidade Federal Fluminense – UFF. Professor Visitante do Instituto de Economia da UFRJ. Professor do Mestrado em Regulação e Concorrência da Universidade Cândido Mendes. Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro. alexaragao@zipmail.com.br

¹ André de Laubadère já denotava ser o Direito Administrativo Econômico a vanguarda do Direito Administrativo (LAUBADÈRE, André de, *Direito Público Econômico*, Trad. Maria Teresa Costa, Ed. Almedina, Coimbra, 1985, pp. 110 a 113).

² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2ª edição, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2003, 1ª Parte.

que a presunção de o Estado poder, *de per se*, fazer as suas regras de conduta terem os efeitos sociais desejados.

A sua coerção passou a sofrer a influência, há muito (talvez desde o final do feudalismo) não sentidas com tamanha intensidade, de forças sociais de propulsão jurídica positiva – levando o poder político a se direcionar no sentido da encampação/juridicização das suas normas – e negativa – impedindo ou dificultando a efetivação de pautas jurídicas antitéticas às suas lógicas. E reversamente, como afirma LETÁCIO JANSEN, “as regras jurídicas são elas próprias um elemento constitutivo de um certo sistema econômico, no sentido de que contribuem a formá-lo, isto é, a forjá-lo de um modo e não de outro”.³

A dificuldade de o Estado se impor a estas poderosas e novas forças sociais e econômicas deve necessariamente levar à análise das Teorias Gerais do Estado e do Direito sob um novo prisma.

O Direito não pode ignorar a realidade social sobre a qual incide. As regras jurídicas devem ter a validade da sua aplicação aferida do ponto de vista da sua eficácia, instrumental à realização prática dos seus objetivos públicos, não apenas do ponto de vista de sua conformidade em tese com os atos normativos hierarquicamente superiores.⁴ Uma regra que, fora de qualquer zona cinzenta de juízo, indubitavelmente não está realizando as finalidades públicas às quais se destina, ou pior, as está contrariando, não pode, inclusive por força do Princípio Constitucional da Eficiência (art. 37, *caput*, CF), ser aplicada aos casos concretos em que tenha esses efeitos.

A este propósito, são essenciais as lições de LUCIO IANNOTTA, para quem, “no que diz respeito à fundamental relação com o princípio da legalidade, a Administração de resultado – como Administração obrigada a assegurar com rapidez, eficiência, transparência e economicidade, bens e/ou serviços à comunidade e às pessoas – tende, de um lado, a transformar a legalidade mais em uma obrigação de

³ Ver JANSEN, Letácio. Introdução à Economia Jurídica, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003, Capítulos 1 e 2.

⁴ FÁBIO KONDER COMPARATO observa que “em radical oposição a essa nomocracia estática, a legitimidade do Estado contemporâneo passou a ser a capacidade de realizar (...) certos objetivos predeterminados”. Arremata afirmando que “a legitimidade do Estado passa a fundar-se não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem realizadas programadamente” (COMPARATO, Fábio Konder. Juízo de Constitucionalidade das Políticas Públicas, in Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba, Vol. 2, Ed. Malheiros, São Paulo, 1997, pp. 350/1).

respeito a princípios do que de respeito a preceitos, e, por outro lado, a assumir parâmetros de avaliação de tipo informal e substancial ou até mesmo econômico-empresarial, expressos em termos de quantidade e qualidade dos bens e dos serviços assegurados, de tempestividade das prestações, de quantidade dos recursos empregados, de prejuízos causados a terceiros, de relação custos-benefícios, etc. A Administração de resultado parece, portanto, carregar consigo um dilema de difícil superação, sobretudo durante a passagem de um modelo de Administração autoritativa, unilateral, unitária, coercitiva e jurídico-formal, para uma Administração caracterizada pelo pluralismo, pela negociação, pelo caráter residual e subsidiário do emprego da autoridade, etc. Esse dilema é constituído por dois termos: redimensionamento da lei e sua relevância no limite dos resultados alcançados, ou atenção à lei em todos os seus componentes e relevância dos resultados apenas no limite da observância da lei. No primeiro caso, teríamos a instrumentalização (ou mesmo sacrifício) da lei em relação ao resultado, e, no segundo, do resultado em relação à lei.”⁵

O autor italiano vai ainda além, afirmando, diante da eficácia expansiva dos direitos fundamentais, que, “à luz do princípio (F. SATTA), hoje cada vez mais aplicado, pelo qual a Administração, salvo expressa vedação da lei, pode sempre adotar os instrumentos mais idôneos para realizar os fins impostos ou indicados pelas leis, a Administração – sempre que não sejam possíveis até mesmo a interpretação de adequação ou a desaplicação, em razão da clareza do dispositivo limitador de direitos fundamentais e pela correspondência integral dos fatos a ele – poderá e, portanto, deverá, diante de direitos fundamentais injustamente atingidos, buscar outras vias que não produzam tal efeito”.⁶

Sob a mesma inspiração, ENRIQUE GROISMAN observa que “a mera juridicidade da atuação estatal como elemento de legitimação, se tornou insatisfatória a partir do momento em que começou a também ser exigida a obtenção de resultados. Não se considera mais suficiente que os governantes não violem a lei: exige-se deles a redução do desemprego, o

⁵ IANNOTTA, Lucio. Princípio di Legalità e Amministrazione di Risultato, in Amministrazione e Legalità – Fonti Normativi e Ordinamenti (Atti del Convegno, Macerata, 21 e 22 maggio 1999), Giuffrè Editore, Milano, 2000, pp. 37/8.

⁶ IANNOTTA, Lucio. Princípio di Legalità e Amministrazione di Risultato, in Amministrazione e Legalità – Fonti Normativi e Ordinamenti (Atti del Convegno, Macerata, 21 e 22 maggio 1999), Giuffrè Editore, Milano, 2000, p. 46.

crescimento econômico, o combate à pobreza, solução para os problemas de habitação e saúde. A discussão sempre se coloca em relação a quais são as políticas mais adequadas para atingir estes fins, mas não há dúvidas de que a lei deixou de ser apenas um meio para impedir a arbitrariedade para se converter em ponto de partida para uma série de atividades nas quais há uma maior margem de delegação e de discricionariedade e um crescente espaço para a técnica”.⁷

O dilema deve, ao nosso ver, ser resolvido, não pelo menosprezo da lei, mas pela valorização dos seus elementos finalísticos. É sob esse prisma que todas as suas regras devem ser interpretadas e aplicadas, ou seja, todo ato, normativo ou concreto, só será válido ou validamente aplicado, se for a maneira mais eficiente ou, na impossibilidade de se definir esta, se for pelo menos uma maneira razoavelmente eficiente de realização dos seus objetivos.

Esta instrumentalidade das normas jurídicas faz com que os métodos da sociologia jurídica sejam indispensáveis à defesa da sua aplicação ou não, o que nos obriga necessariamente a considerar, na regulação das relações sociais e econômicas, os signos e as regras próprias dos subsistemas regulados.⁸

Uma das mais criativas e estruturadas teorias que vêm tentando explicar este fenômeno é a Teoria dos Sistemas, segundo a qual a sociedade é um Sistema continente de vários subsistemas, entre os quais o Direito, a Política, a Economia, a Religião, a Ciência, cada uma delas funcionando de acordo com as suas próprias referências, cóni-

⁷ GROISMAN, Enrique. Crisis y Actualidad del Derecho Administrativo Económico, Revista de Derecho Industrial, vol. 42, p. 894, passagem na qual o autor lembra que “esta situação suscitou o comentário paradoxo de que ‘o direito não pertence mais aos juristas’.” ANTONIO MARTÍNEZ MARÍN assevera que “a legitimidade democrática da origem não basta para justificar o poder público. Também é impescindível a legitimidade do exercício” (MARÍN, Antonio Martínez. El buen Funcionamiento de los Servicios Públicos, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, p. 13).

⁸ “O momento indica que a luta pela demarcação de campos disciplinares está, cada vez mais, perdendo o seu ímpeto. NOBERT ELIAS já falava, na década de 70, que a preocupação em separar a História da Sociologia devia ser revista. O mesmo, cremos, vale para a Teoria do Direito, a sociologia e a antropologia. Concluindo, a Teoria do Direito como sistema lógico não poderá suprir-se por si mesma e será, cada vez mais, exposta às rupturas na sua pretensão de ausência de lacunas e contradições. Uma possibilidade compreensiva, que unifique e reconheça a falta de base Teórica desta Teoria do Direito e a abra para o convívio com outras ciências de maneira não ‘colonizadora’, ou seja, com prevalência de uma sobre a outra, poderia restabelecer suas características de narrativa lógica” (VERONESE, Alexandre. Os Conceitos de Sistema Jurídico e de Direito “em rede”: análise sociológica e da teoria do Direito, in Plúrima – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF, vol. 24, p. 147)

gos e regras. Por exemplo, para o Direito, o código legal-ilegal, para a Economia, mais lucrativo—menos lucrativo.

Esta auto-referencialidade dos subsistemas sociais não ilide, contudo, a necessidade da existência de mecanismos de comunicação entre eles: como todos fazem parte do mesmo Sistema – o social –, sobre o qual pretendem atuar e influenciar, não há como os seus objetivos parciais serem realizados sem a colaboração – acoplamento –, necessariamente parcial, com os objetivos e as lógicas dos outros subsistemas sociais.⁹ A regulação do Estado contemporâneo só pode ser eficiente (realizável praticamente) se considerar estas condicionantes, existentes nas relações entre todos os subsistemas – e o Direito não é o único nem o mais poderosos deles –, e que alcançam, em estado ideal, o acordo intersistêmico.¹⁰

Nas palavras de GUNTHER TEUBNER, “uma tal visão das coisas é recorrente na análise econômica do direito onde, como sabemos, as normas jurídicas são consideradas como puros factores de custo e onde a respectiva observância depende estritamente da circunstância de os benefícios retirados da conduta proibida não excederem os respectivos custos (caso em que a conduta proibida não apenas é escolhida, mas é também tida como a opção correta)”.¹¹

Em outra obra, o mesmo autor¹² adverte que “não podemos esquecer que as operações econômicas podem ficar indiferentes às normas jurídicas. Se a determinação jurídica não pode ser executada se não ao preço da abolição de um código econômico (o que é pouco

⁹ Nas palavras de NIKLAS LUHMANN, “o sistema jurídico é um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto” (LUHMANN, Niklas. *L’Autoriproduzione del Diritto e i suoi Limiti*, in *Politica del Diritto*, vol. 12, p.41). Comentando a Teoria de Luhmann, CELSO FERNANDES CAMPILONGO afirma que “fechamento operacional não é sinônimo de irrelevância do ambiente ou de isolamento causal. Por isso, paradoxalmente, o fechamento operativo de um sistema é condição para sua própria abertura” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*, Ed. Max Limonad, São Paulo, 2002, p. 67).

¹⁰ A instrumentalização do Direito Econômico às finalidades constitucionais e legais se associa com a sua preferencial consensualização; no sentido de que, via de regra, a adoção de uma medida por consenso é mais eficiente que se adotada unilateral e coercitivamente, já que tem maiores chances de ser efetivada na prática e gera menos riscos de externalidades negativas.

¹¹ TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoietico*, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, trad. José Engrácia Antunes, p. 188.

¹² TEUBNER, Gunther. *Droit et Reflexivité: L’auto-référence en Droit et dans l’Organisation* (trad. Nathalie Boucquey), LGDJ-Bruylant, Paris, 1996, pp. 157 a 159.

provável para a economia como um todo, mas muito provável para setores particulares), o acoplamento estrutural (entre os dois sistemas) não é possível. Neste caso, a economia praticará a desobediência civil, prevalecendo-se dos valores mais elevados de sua instituição e escapará pelos mercados negros. (...) Não ignoramos que o Ministério Público e a polícia estarão lá! Mas se a proibição se impõe à força da baioneta é porque o código do poder tomou o lugar do código da economia e a satisfação das necessidades políticas substituiu a satisfação das necessidades econômicas. Esta situação tem o mérito de revelar as vantagens e desvantagens de uma economia estada no mercado, mas nós podemos, apesar de tudo, nos perguntar se é mesmo com os recursos limitados da baioneta que nos interessa tratar do tema da regulação jurídica da sociedade. (...)

Um sistema é estruturalmente acoplado ao seu ambiente (o sistema regulado) quando os eventos que nele se desenvolvem representam perturbações que servem para melhorar ou modificar as suas próprias estruturas. Se ele domina a distinção entre a auto-referência e a hetero-referência, ele pode utilizar os acoplamentos estruturais para se emancipar do seu ambiente, na medida em que 'ele pode considerar as suas exigências como condições de suas próprias operações, como irritações ou mesmo como chances'." Se os acoplamentos estruturais lograrem ser duráveis, intensos e institucionalmente de qualidade, terão cumprido as condições necessárias para a necessária comunicação inter-sistêmica.

É interessante como a ciência jurídica, talvez em uma equivocada manifestação do pós-modernismo, vive uma fascinação contínua e sucessiva por novas ondas de pensamento. Não que haja algo negativo em prestigiar e analisar profundamente essas novas Teorias, muito pelo contrário, mas a sua análise não pode ser feita com indiferença a análises menos recentes da Ciência do Direito que também revelam com brilhantismo a mútua dependência entre o Direito e os demais subsistemas sociais.

NORBERTO BOBBIO, por exemplo, há algumas décadas já notava a emergência de uma "Teoria Realista do Direito que volta a sua atenção mais à efetividade que à validade formal das normas jurídicas, colocando o acento, mais do que sobre a auto-suficiência do sistema jurídico, sobre a inter-relação entre sistema jurídico e sistema econômico, entre sistema jurídico e sistema político, entre sistema jurídico e sistema social em seu conjunto, (...) procurando o seu objeto, em últi-

ma instância, não tanto nas regras do sistema dado, mas sim na análise das relações e dos valores sociais dos quais se extraem as regras dos sistemas. (...) A ciência jurídica não é mais uma ilha, mas uma região entre outras de um vasto continente”.¹³

Pretendemos, com este Ensaio, trazer o tema à discussão, destacando que as relações intersistêmicas são, sob as mais diversas denominações, há muito estudadas pelo Direito, e que a Teoria Autopoiética pode, ainda que não acolhida em sua inteireza, fornecer muitas luzes aos desafios regulatórios contemporaneamente enfrentados pelo Direito Administrativo, para o que possui inclusive o necessário esteio constitucional, mormente por meio nas finalidades traçadas pela Constituição para serem perseguidas pelos Poderes Públicos e no Princípio da Eficiência na realização destes objetivos (art. 37, *caput*, CF)

Note-se, por derradeiro, que o Princípio da Eficiência de forma alguma visa a mitigar ou a ponderar o Princípio da Legalidade, mas sim a embeber a legalidade de uma nova lógica, determinando a insurgência de uma legalidade finalística e material – dos resultados práticos alcançados –, e não mais uma legalidade meramente formal e abstrata.¹⁴

¹³ BOBBIO, Norberto. *Dalla Struttura alla Funzione: nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, p. 56. É inclusive neste ponto que a citada obra de LETÁCIO JANSEN é relevante, já que, abordando o Direito Monetário, traça o perfil das relações Direito-Economia nas sociedades contemporâneas a partir das mais importantes e diversas fontes teóricas, as quais o autor criticamente harmoniza e potencializa, colocando, como precursor do Direito Monetário brasileiro, a moeda como um dos principais elos de ligação entre o Direito e a Economia.

¹⁴ A consequência imprescindível é a necessidade de “uma revisão do papel constitucional da Administração e do próprio Princípio da legalidade”, que a doutrina é chamada a elaborar, em um momento em que já está em fase avançada a transição normativa para uma Administração por objetivos, que exalta o papel da eficiência da ação administrativa” (MANGANARO, Francesco. *Principio di Legalità e Semplificazione dell’Attività Amministrativa: i profili critici e principi ricostruttivi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, p. 165).

O SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

*Luciana Luso de Carvalho**

Denomina-se silêncio administrativo a omissão da Administração Pública na apreciação e decisão de determinado pleito, geralmente formulado pelo administrado.

Essa omissão constitui um **fato jurídico** em sentido estrito, ou seja, um acontecimento natural que produz efeitos jurídicos no âmbito da Administração, não podendo ser entendido com uma declaração ou enunciado, próprios dos *atos* administrativos.

Inicialmente, cumpre salientar que o silêncio recebe tratamento diverso no direito privado, especialmente no que tange aos direitos disponíveis, cuja presunção é de anuência, em determinadas circunstâncias, como se pode verificar no art. 111 do Código Civil de 2002:

“Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.”

No direito administrativo, o silêncio não implica, em regra, deferimento ou indeferimento tácito do pedido. A Administração, diante de postulação do administrado, tem o dever de apreciá-la e expressamente decidir em razão dos princípios da legalidade e da moralidade, consagrados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Além disso, cite-se, como impedimento à produção de efeitos jurídicos de forma tácita, o princípio da motivação dos atos administrativos, implícito nas seguintes garantias asseguradas pela Constituição: direito ao recebimento de informações dos órgãos públicos (art. 5º, XXXIII), direito de petição (art. 5º, XXXIV, *a e b*), amplo acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV) e direito ao contraditório e ampla defesa nos pro-

* Advogada, Diretoria de Assuntos Jurídicos da AGERGS. luciana@agergs.rs.gov.br

cessos administrativos e judiciais (art. 5º, LV).

E, quanto à motivação, não é demais mencionar a distinção apontada por parte da doutrina em relação ao motivo do ato administrativo: este constitui um de seus requisitos de validade, abrangendo as razões de fato e de direito; aquela traduz a *explicitação* de tais motivos, que também constitui requisito de validade do ato, em razão dos princípios acima mencionados, além de outros peculiares à Administração Pública, como a indisponibilidade do interesse público e a finalidade pública.

No entanto, não se pode deixar de observar que existem atos administrativos que prescindem da motivação, isto é, da referência expressa aos motivos, como é o caso dos atos de mero expediente.

Mas a regra, como foi dito, é a expressa manifestação da Administração acerca de um pedido formulado pelo particular ou mesmo por órgão dela integrante. Nesse sentido, a Lei n.º 9.784/99, que disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, consagra o dever da Administração de decidir expressamente nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações:

Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.”

A Lei n.º 9.784/99 impõe, também, a obrigação à Administração de motivar suas decisões, em determinadas hipóteses, declinando os fatos e os fundamentos jurídicos¹:

“Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
- II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

¹ A falta de motivação acarreta a nulidade do ato por vício de **forma**, conforme adverte José dos Santos Carvalho Filho *in* Processo Administrativo Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001. p. 227.

- III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
- IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
- V - decidam recursos administrativos;
- VI - decorram de reexame de ofício;
- VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
- VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

Assim, tanto a decisão administrativa quanto os motivos devem ser expressos, o que é essencial para possibilitar o contraditório e a ampla defesa ao administrado, além de permitir o controle da legalidade do ato pelo Judiciário, bem como a observância dos demais princípios constitucionais e administrativos.

Veja-se, a esse respeito, importante decisão do Superior Tribunal de Justiça², na qual foi destacada a necessidade de motivação dos atos administrativos e a inaplicabilidade da teoria do silêncio eloqüente:

“Administrativo - Silêncio da Administração - prazo prescricional. A teoria do silêncio eloqüente é incompatível com o imperativo de motivação dos atos administrativos.

² REsp 16.284. 1ª T. Rel. Min. Gomes de Barros. DJU 23.3.92.

Somente a manifestação expressa da administração pode marcar o início do prazo prescricional.”

Trecho do voto:

“Ato cujos motivos não estejam ao alcance de seu destinatário é ato nulo.

Se assim ocorre não há como aplicar a teoria do silêncio eloqüente aos atos administrativos.

Muito menos quando se trata de resposta devida pelo Estado às petições que lhe são dirigidas.

O direito de petição, inserido entre as garantias fundamentais do art. 5º da nossa Constituição Federal, tem como corolário o direito à resposta.

Não houvesse obrigação de responder, o direito de petição mereceria integrar o acervo das solenes inutilidades.

Enquanto não responde ao requerimento, a Administração está em mora.

O silêncio traduz inadimplência, não resposta implícita.”

De outra parte, há que salientar a existência de hipóteses em que a própria norma atribui determinado efeito ao silêncio administrativo, como é o caso do Decreto n.º 84.398/80, referente à ocupação de faixas de domínio por concessionárias de energia elétrica, que assim dispõe:

“Art. 3º O órgão público ou entidade competente deverá manifestar-se sobre os projetos, concedendo autorização formal para a execução da obra, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da data de seu recebimento, restringindo-se, na apreciação, ao trecho de ocupação ou travessia de área sob sua jurisdição.

§ 1º [...]

§ 2º A não manifestação do órgão ou entidade competente, nos prazos previstos neste artigo, implicará na outorga tácita de autorização pretendida, para execução da obra.” (grifo nosso).

Observe-se que, no caso acima exemplificado, não se está inferindo determinado efeito (a outorga tácita) da mera omissão da Administração; tal efeito é atribuído por expressa previsão da norma em

questão. A esse respeito, cumpre citar a lição de Hely Lopes Meirelles³:

“A omissão da Administração pode representar aprovação ou rejeição da pretensão do administrado, tudo dependendo do que dispuser a norma pertinente.

Não há, em doutrina, um critério conclusivo sobre a conduta omissiva da autoridade. Quando a norma estabelece que, ultrapassado tal, o silêncio importa aprovação ou denegação do pedido do postulante, assim se deve entender, menos pela omissão administrativa do que pela determinação legal do efeito do silêncio. Quando a norma limita-se a fixar prazo para a prática do ato, sem indicar as conseqüências da omissão administrativa, há que se perquirir, em cada caso, os efeitos do silêncio. O certo, entretanto, é que o administrado jamais perderá seu direito subjetivo, enquanto perdurar a omissão da Administração no pronunciamento que lhe compete.” (Grifo nosso).

Nas hipóteses em que a norma não estabelece os efeitos decorrentes de eventual omissão – como ocorre na Lei n.º 9.784/99 –, o administrado tem, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello⁴, a faculdade de postular judicialmente contra a Administração decorrido o prazo legal sem a devida manifestação ou se inexistente tal prazo, após decorrido um período razoável.

Desse modo, poderá o administrado formular em juízo dois tipos de pedido: **a)** o suprimimento da manifestação administrativa e deferimento do pedido naqueles atos que forem vinculados; **b)** determinação de prazo para a Administração manifestar-se, sob pena de multa diária em caso de descumprimento, para aqueles atos que tiverem conteúdo discricionário, uma vez que o administrado tem direito a uma decisão motivada.

Quanto ao “prazo razoável”, citamos ainda o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, que propõe, salvo para os casos de urgência, o prazo de 120 dias a partir do pedido, conforme estabelecido na Lei n.º 1.533/51 para impetração do mandado de segurança.

Vê-se, portanto, que não há prazo determinado para que o administrado aguarde manifestação da Administração para demandar judi-

³ (Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, 24. ed. Malheiros. 1999. p. 98-99.

⁴ ob.cit. p. 378

cialmente, mas sim construção doutrinária, realizada por analogia ao que dispõe a Lei n.º 1.533/51.

Particularmente, entendemos que a determinação do “prazo razoável” dependerá do caso concreto e também do prazo que a Administração usualmente costuma levar para decidir questão semelhante àquela que se encontra pendente, podendo, inclusive, ser menor do que 120 dias, mesmo não se tratando de casos urgentes.

Finalmente, observamos que se aplicam integralmente aos delegatários do serviço público as considerações feitas anteriormente, ou seja, têm eles o dever de manifestar-se a respeito dos pedidos e das reclamações feitos por usuários dos serviços públicos, bem como o dever de motivar suas decisões, pois, como se sabe, constituem atos administrativos quando estão relacionadas à atividade delegada.

Referências Bibliográficas

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Processo Administrativo Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- FERRAZ, Sérgio & DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo. São Paulo: Malheiros. 2001.
- GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil - Parte Geral. 3. ed., São Paulo: Saraiva. 2003. v. 1.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 24. ed. São Paulo: Malheiros. 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- VITTA, Heraldo Garcia. O Silêncio no Direito Administrativo. Revista de Direito Administrativo n. 218, Rio de Janeiro, out./dez. 1999.

PARTICIPAÇÃO: TRANSPARÊNCIA E CONTROLE

*Maria Augusta Feldman**

O controverso debate pautado sobre as agências de regulação tem versado sobre mandatos dos dirigentes, conflito de competência, excesso de poder, contingenciamento de recursos e, agora, a suposta ausência de controle dessas instituições tem sido um dos pontos mais explorados pelo governo federal na mídia nacional.

O Governo invoca o argumento do controle social, mas, ao propor alterações nas leis das agências, não avança nesse aspecto. Pretende manter os controles tradicionais do Executivo sobre as agências, sem considerar que estas já são controladas pelos:

- *Tribunal de Contas*: controle de gestão e aplicação dos bens e serviços públicos a seu cargo;
- *Poder Legislativo*: controle quanto ao cumprimento das políticas públicas- através de relatórios e/ou arguições em comissões específicas do Parlamento- competência originária do poder que, a qualquer momento, pode exercitá-la;
- *Poder Judiciário*: controle quanto a abusos e ilegalidades;
- *Ministério Público*: através de sua titularidade, da legitimação ativa, por ação popular e ação civil pública;
- *Poder Legislativo, Poder Executivo e Sociedade*: controle quanto ao atingimento das finalidades e metas da regulação.

O controle é necessário para todos os órgãos da administração pública, especialmente para as agências reguladoras; estando, aí sim, caracterizado o verdadeiro controle social, que significa a atuação direta da sociedade sobre as ações do Estado. Aprimorar esses mecanismos deve ser objetivo de todos, principalmente no que se refere ao

* Conselheira-Presidente da AGERGS. mafeldman@agergs.rs.gov.br

controle social, mas este aperfeiçoamento, que precisa e deve ocorrer, só pode se dar através da construção coletiva, com a participação fundamental da sociedade, dos órgãos de defesa dos consumidores e/ou usuários.

A participação da sociedade no processo regulatório visa a consolidar avanços já garantidos constitucionalmente, mas que ainda, timidamente, buscam ser exercitados.

Falar em controle social significa falar em democracia participativa, não mais só como discurso, mas como prática necessária e possível.

O princípio e a prática da participação estão presentes na história do Rio Grande do Sul e em nossa legislação. Muitos países da América Latina têm assegurado, em suas constituições e leis, o instituto da participação. Ex.: Carta Magna da Colômbia.

No Brasil, não se trata de uma mera construção teórica, é garantida pela Constituição Federal e, em especial, pela Constituição do Estado do Rio Grande do Sul¹.

A Constituição Estadual do RS avançou ainda mais, agregando como novos princípios para a administração pública, além da legalidade, da moralidade, da impessoalidade e da publicidade, o princípio da participação, que explicita formas de participação direta da sociedade, para além das práticas representativas.

A inclusão desses princípios, no texto constitucional, tem os seguintes significados:

- “Afirma valores políticos, jurídicos e éticos;
- limita a emissão de normas, decretos, portarias, ordens de serviço, etc., pelos administradores a tais princípios;
- limita a ação dos administradores a praticar atos em obediência a tais princípios.”²

¹ Constituição do Estado/RS (ainda mais explícita): a) Preâmbulo (“formas participativas”); b) Capítulo da Administração Pública: Conselhos Populares para acompanhar a ação político-administrativa (art.19,§2º), representante de empregados em empresas “estatais”, por eleição (art.25,§2º), participação de sindicatos e associações em decisões de interesse da categoria (art.27,I,a), presença paritária de servidores na direção de ente previdenciário (art.41,§1º); c) Processo legislativo: previsão de lei sobre iniciativa popular (art.57,§ún.), emenda constitucional por iniciativa popular (art.58,IV), subseção específica para iniciativa popular (art.68), emendas populares ao orçamento (art.152,§6º); d) previsão de referendos e plebiscitos sobre atos, autorizados e concessões estaduais e municipais (art.59).

² Bernardo de Souza – Dep. Estadual do RS – Justificativa do Projeto de Lei Emenda Constitucional n.º 7.

Outro aspecto que deve embasar as ações regulatórias, é o princípio da modicidade tarifária, que também foi alçado a princípio constitucional, no Rio Grande do Sul.

Preconizamos o controle social e a participação da sociedade, embasados nas práticas participativas, consolidadas na história rio-grandense e nos conceitos de Sociedade Civil.

- “Engloba todas as formas de ação social, de indivíduos ou de grupos, que não emanam do Estado nem são por ele determinados.
- Tem um conceito dinâmico; descreve, ao mesmo tempo, situação e ação.
- Poderia, ainda, igualmente ser entendida de forma dinâmica, como um lugar de aprendizagem coletiva, uma escola de cidadania.”³

Estabelecer, pois, a conexão das agências de regulação com a sociedade civil é o grande desafio.

Quanto ao controle social, cabe destacar que a sociedade ainda desconhece as agências de regulação e, quem as conhece, quase sempre as identifica **com aumento de tarifas**. Portanto, a relação das agências com a sociedade, neste momento, limita-se à construção de espaços e instrumentos que a oportunizem, estando, ainda, no plano de intenções ou propostas.

Na AGERGS, Agência de Regulação do RS, pioneira no País, é meta já iniciada, já praticada. Entendida por seu Conselho Superior como atividade fundamental no processo de regulação e instrumento de legitimação da atividade regulatória.

A satisfação da sociedade sobre a atuação das agências reguladoras é diretamente proporcional à efetiva participação de seus representantes nas discussões que lhes afetam.

Um modelo bem sucedido de agência depende da utilização de meios democráticos de participação e do permanente acompanhamento de seus atos, determinante para o verdadeiro controle social. Aperfeiçoar e incorporar a participação e representação efetiva dos consumidores na regulação e controle dos serviços públicos é o desafio.

³ Trecho do Comitê Econômico Social sobre “ O papel da sociedade civil organizada na construção europeia” - Bruxelas, Setembro/99.

A existência das agências de regulação representa uma proposta modernizadora para o Estado brasileiro que, até então, atuou sem uma política definida para a prestação dos serviços públicos, desconsiderando ou delimitando os direitos dos consumidores.

O consumidor, enquanto beneficiário inicial e absoluto dos serviços públicos, com o tempo, foi sendo prejudicado pelo descaso, pela baixa qualidade e pelos custos dos mesmos. Sendo esses serviços pagos diretamente pelo orçamento do Estado ou pelo usuário, por meio de tarifas, o princípio construtivo da participação, além de legítimo, é necessário e deve ser assegurado, para que se estabeleça um nível ótimo de interação e de harmonia na prestação dos serviços públicos, tanto em relação à adequação das tarifas, no que se refere à remuneração dos que exercem as delegações de serviço público, quanto às exigências e condições dos usuários.

A participação do usuário, na regulação dos serviços públicos delegados, permite a afirmação dos valores democráticos, assegurando, também, o cumprimento de normas legais; tem o propósito de incorporar sua visão e voz nas tomadas de decisões, em particular nos aspectos tarifários, assim como sensibilizá-los sobre a complexidade da prestação dos serviços públicos. Possibilita uma contribuição efetiva à atividade da regulação, com benéficos resultados sociais. Somente um usuário bem informado é capaz de reconhecer seus direitos.

A sociedade civil deve ser convidada a participar de todos os processos decisórios atinentes à regulação desses serviços. A organização dos usuários/consumidores deve ser amplamente estimulada, de forma a garantir a transparência e o comprometimento com o interesse público.

Existem consumidores que já se encontram organizados e para os quais cumpre desenvolver instrumentos eficientes de participação; outros, ainda ignoram a possibilidade de manifestar-se diante das agências e ter opiniões e pontos de vista em processos decisórios.

É preciso, pois, fomentar, estimular a sua organização no conjunto do Poder Público, não só por desejo das agências, mas, também, por determinação do Código de Defesa do Consumidor assim como nos termos da Lei de Concessão Federal.

Envolver os cidadãos e as organizações da sociedade civil na formulação, execução, controle e avaliação da gestão pública deve ser o objetivo de todos reguladores.

Afinal, este é o primeiro e, talvez, o maior instrumento a ser utili-

zado e é, com certeza, a forma mais eficaz de consolidar, junto à sociedade, a importância do papel das agências.

A **legitimação** das agências reguladoras se dará quando seu papel for reconhecido pela população, sendo de vital importância que as agências reguladoras estimulem esse processo. Para tanto, precisam:

- Ser mais transparentes;
- publicizar seus atos;
- ampliar os canais de comunicação e de interação com a sociedade;
- apresentar-se como condutoras de tarefas estratégicas, não apenas para o funcionamento dos serviços públicos delegados;
- construir um projeto de divulgação de suas competências e de sua importância para a sociedade.

Com esses objetivos, a AGERGS vem investindo na divulgação de suas atividades e competências, através de boletins eletrônicos, jornais e informativos, além de audiovisual institucional.

Um dos pontos de apoio para alcançar o reconhecimento pretendido sustenta-se, sem dúvida, na relação das agências com os órgãos de consumidores, com os segmentos organizados, com os quais precisam estar em interação permanente, enquanto responsáveis pelo controle da qualidade e pela fixação de tarifas.

As agências deverão ser parceiras, na busca de instrumentos de atuação capazes de garantir a efetiva participação do cidadão, através de suas associações, de seus conselhos, de fóruns que possam defender seus interesses e pontos de vista, devem, também, exigir destes novos parceiros que atuem com responsabilidade, conhecimento e compromisso com a sociedade e com a defesa do bem comum.

A AGERGS já vem atuando no sentido de criar e aperfeiçoar instrumentos de integração, tais como:

1. Usuários Voluntários – intensificar o processo de integração e qualificação.
2. Consultas públicas – ampliar estes espaços, que possibilitam a manifestação dos interessados acerca de normas e regulamentos deve ser uma constante.
3. Audiências públicas – investir neste instrumento de

integração e controle, o que permite exercitar o que chamamos de regulação cidadã.

4. Conselhos de consumidores –a organização de conselhos de consumidores deve ser incisivamente estimulada.

Este encontro com a sociedade civil é um imperativo. Possibilita que os integrantes representem os objetivos pluralistas da sociedade; que as decisões políticas não sejam, necessariamente, fruto da concorrência entre grupos de interesse e que o princípio e ações da sociedade civil organizada sejam obedecidos.

Estamos investindo nestas ações com a certeza de que é preciso, ainda, realizar mais, para isso propomos:

A - Identificar as associações de consumidores e outras organizações sociais, como sindicatos, universidades, que estejam capacitados a participar e sejam independentes do poder político e econômico;

B - Criar uma instância dentro da estrutura do ente regulador, que se relacione de forma direta e assídua com as organizações;

C - Aliar-se com a sociedade civil para impulsionar projetos de lei que possam estabelecer mecanismos que favoreçam o trabalho que realizam e, assim, suprir a lacuna legal nos marcos regulatórios atuais;

D - Proporcionar cursos de capacitação destinados a sociedade civil, de maneira a assegurar que as organizações que participem estejam realmente em condições de fazê-los;

E - Incorporar metodologias que possam agilizar as propostas aos reclames sociais;

F - Oferecer informações claras à sociedade civil, através de campanhas educativas de difusão massiva.

Nossas sugestões não são para cumprir um simples ritual participativo, mas sim para oferecer instrumentos que, de forma organizada, assegurem uma participação responsável, através de regulamentos, normas, garantindo a informação e discussão técnica, o conhecimento das reivindicações e sugestões da população.

Exemplificamos, como ação concreta, a aprovação da Resolução 170, pelo Conselho Superior da AGERGS, que, ao assegurar a transparência de todos os procedimentos regulatórios, permite que

todos os agentes regulados participem, assim como toda a sociedade, de forma a possibilitar, aos interessados, o contraditório.

Não é uma tarefa fácil, exige estar preparado para o debate, para a crítica, para a reflexão e reformulação de posições. Esse encontro com a sociedade civil é um imperativo, mas exige conhecimento técnico das questões regulatórias e diálogo acessível a todos. Exige ter capacidade de articulação para, mantendo o equilíbrio necessário a todo regulador, garantir o interesse público.

Quando se amplia o processo de participação, quando se estimula a criação de espaços coletivos, com objetivos de aproximação entre a comunidade e os agentes reguladores, as discussões referentes às políticas tarifárias precisam e devem ser debatidas, também, com os consumidores, cujas posições devem ser previamente conhecidas, como já acontece com o poder concedente e os concessionários.

A realização de audiências públicas e consultas públicas como garantia da transparência de todos os atos regulatórios, é um imperativo.

As manifestações da população, seus reclames, reivindicações e sugestões integram o processo de regulação. Através das consultas e audiências públicas, organização dos usuários e dos conselhos de consumidores:

- A publicidade é assegurada;
- a participação é efetivada;
- a motivação exigida é respeitada.

É, também, legitimada a ação regulatória, pois, quanto mais transparentes, quanto mais públicos forem seus atos, mais legítimos se tornam.

A relação das agências reguladoras com a sociedade civil deverá ser o grande investimento dos reguladores, não só por exigência da sociedade, mas pela própria visão moderna de regulação, que é interativa, negociada, mediada.

À medida que caminhamos no sentido da democratização das ações regulatórias, resgatando e consolidando nossas relações com o poder público e estabelecendo uma interação adequada com as delegatárias e o poder concedente, estamos consolidando nossa autonomia e assegurando nossa independência.

PORTAL DE REGULAÇÃO: A CIBERNÉTICA APLICADA À REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

*Eduardo D'Avila Leal**

O presente artigo trata da aplicação da cibernética ao processo de regulação dos serviços públicos. Considerando que os serviços públicos são sistemas complexos, podem ser analisados através da cibernética como ciência da comunicação e controle ou teoria do sistema de regulação e controle. Existem entradas, saídas, retroalimentação, ruído, homeostasia e entropia, portanto são sistemas cibernéticos.

A Tecnologia da Informação (TI) é a aplicação da cibernética no campo das comunicações e da informação, e é por esse meio que se dará a retroalimentação necessária para a reversão da entropia, controle e garantia da estabilidade dos sistemas sociais nos quais se enquadram os serviços públicos.

A visão sistêmica da administração observa a Agência de Regulação como um sistema unificado, voltado para a regulação de outros sistemas (serviços públicos) e que, por sua vez, faz parte e está inter-relacionado com estes. Assim qualquer atividade ou falta desta, em qualquer parte do ente regulador, afeta as atividades de todas as outras partes e conseqüentemente suas inter-relações. Como se pode perceber, trata-se de uma abordagem integradora.

As atividades de regulação são ou deveriam ser baseadas num fluxo constante de grandes quantidades de dados e informações, que são analisados e processados por diversos atores organizacionais em diversas etapas que geram a base de conhecimento, que suporta o processo decisório. Nota-se que os dados e informações são as matérias-primas da regulação.

Assim, torna-se necessária a aplicação e o desenvolvimento de

* Administrador, especialista em sistemas de informação e telemática e técnico superior da AGERGS. eduardo.leal@agergs.rs.gov.br

uma cultura de uso da Tecnologia da Informação (TI) como ferramenta indispensável à integração e cooperação dessas atividades, atores e etapas. Hoje já existe essa possibilidade por intermédio de um ambiente informatizado e padronizado, baseado em tecnologia *WEB*, que integra todos os sistemas da organização, tanto internos (*Intranet*) e externos (*Extranet e Internet*), chamado Portal Corporativo. Este, juntamente com mecanismos que garantem a autenticidade, sigilo, integridade, não repúdio e irretroatividade dos documentos, mensagens e atos transacionados pela rede, salvaguardando a validade jurídica dos mesmos, viabilizará a virtualização dos processos, que, se não for necessário apensar material tangível, realizar-se-ão totalmente no formato digital, em substituição à logística de geração, troca, tramitação e guarda dos documentos físicos.

Um Portal Corporativo é uma nova geração de *sites internet* cuja implementação é integrada com sistemas gerenciadores de bancos de dados. Diferentemente dos *sites* tradicionais, nos quais a atualização das páginas é feita por um *Webmaster*, utilizando editores *HTML* como o *Macromedia Dreamweaver*, *Microsoft Front Page* e outros, o que centraliza e limita o processo de atualizações das informações e conteúdos acarretando atraso na disponibilização além do risco de descontinuidade. Este problema é agravado com o crescimento organizacional ao longo do tempo.

O Portal Corporativo reúne informações e serviços de origens distintas em um único lugar, promovendo a sinergia organizacional através de um ambiente de colaboração avançado e de funcionalidade amigável, no qual cada área poderá ter autonomia para publicação de seu próprio conteúdo. Possibilita níveis hierarquizados de usuários, publicação e gerenciamento de conteúdo descentralizado. Desse modo, somente os usuários com permissão podem acessar determinadas *features* e conteúdos. Cria-se um fluxo de informações efetivo e produtivo; além de organizar a informação de forma lógica e estruturada. Outra característica fundamental é que o Portal funciona como um integrador de aplicações, componentes e conteúdos, permitindo a busca avançada e rápida de informações.

Os componentes são os *softwares* aplicativos, ou subsistemas, com os quais os usuários interagem. Podem ser de uso interno como, por exemplo, *workflow* de aprovação, gerenciador de relacionamento (*CRM* para ouvidoria), bibliotecas de documentos, sistemas para as funções meio, (patrimônio, compras, materiais, recursos humanos e

etc), ou externo como publicador de enquetes e sistema de controle contábil das concessionárias.

Do ponto de vista do usuário ocorre uma “destecnificação” do *website* que, cada vez mais é visto como atividade de comunicação, e não de informática. Qualquer usuário, independente de conhecimentos em HTML, poderá ter autonomia para publicar conteúdo e, se necessário, a publicação só será efetivada mediante autorização de outro usuário. Para a equipe interna o acesso seguro às informações, antes restrito ao local de trabalho, poderá ser feito de qualquer lugar, acessando a *Intranet* pela *internet*.

Resumindo, os principais benefícios do uso de portais corporativos são:

- Busca de informações;
- Redução de custos de processos;
- Gerenciamento do conhecimento;
- Diminuição do volume de papéis;
- Maior disciplina nos processos;
- Colaboração;
- Segurança;
- Descentralização;
- Personalização;
- Integração de sistemas WEB.

Nos dias de hoje, cada vez mais a *Internet* desempenha um papel preponderante nas organizações. Existe uma tendência mundial de as organizações comerciais utilizarem portais corporativos para melhorar sua competitividade e logística através de um relacionamento efetivo com suas subsidiárias, parceiros, fornecedores e clientes, desenvolvendo uma série de serviços e conceitos de comércio eletrônico, tais como: *BI (Business Intelligence)*, *BW (Business Information Warehouse)*, *B2B (Business to Business)*, *B2C (Business to Customer)*, *C2C (Customer to Customer)*, *C2B (Customer to Business)*, *CRM (Customer Relationship Management)* entre outros, sempre focalizando o lado comercial do negócio. Recentemente surgiu o *B2G (Business to Government)*, que trata das ações dos governos e empresas estatais para licitações, compras, vendas e leilões.

O que está sendo proposto é o surgimento de novas variantes, cujos termos em simples analogia ao jargão utilizado, poderiam ser *B2R (Business to Regulator)*, *R2B (Regulator to Business)*, *R2R (Regulator to Regulator)*, *R2C (Regulator to Customer)*, *C2R (Customer*

to Regulator), R2G (Regulator to Government) e G2R (Government to Regulator), ou seja, a adaptação e aplicação dos conceitos de *e-business* para que as Agências de Regulação transcendam os seus limites institucionais e desenvolvam mecanismos ou sistemas que possibilitem uma regulação efetiva baseada num fluxo constante de informações íntegras, fidedignas e simétricas.

Desse modo, uma estratégia de desenvolvimento e implantação gradual e modular do Portal de Regulação (Portal Corporativo da AGERGS), conforme apresentado ao BIRD em janeiro e ao Conselho Superior e BID em junho de 2003, proporcionará um canal de relacionamento efetivo, em que todos agentes possam interagir de forma segura, principalmente em relação ao compartilhamento e fluxo de informações que integre, entre outros: sistemas de controle de contas das concessionárias, sistemas de controle de demanda dos serviços baseado em sensoriamento remoto (ex: controle eletrônico do fluxo de passageiros no transporte intermunicipal), e, dessa forma conhecer mais profundamente a qualidade do serviço, o mercado regulado, a percepção do usuário e possibilitar uma regulação pró-ativa.

Trata-se de uma estratégia de alavancagem da instituição e maximização do *empowerment* organizacional, cujos principais objetivos são: possibilitar o desenvolvimento de mecanismos de verificação permanente do equilíbrio econômico-financeiro de cada concessionária, acompanhar o nível de satisfação dos usuários de serviços públicos, estabelecer padrões de indicadores de qualidade dos serviços, otimizar os processos internos, diminuir custos operacionais e ampliar a transparência das ações de regulação.

Sem dúvida, é uma proposta de inovação que, só será uma realidade, se houver os investimentos necessários. No caso específico da AGERGS, é perfeitamente possível agregar uma nova cultura devido ao reduzido e qualificado quadro de pessoal.

A AGERGS está ainda na primeira infância, com seis anos de vida, já passou por diversas etapas e transformações, cada vez mais se apropriando de suas competências e se capacitando a atender a crescente demanda da sociedade gaúcha. Por ser uma organização jovem, em fase de estruturação, existe pouca resistência às mudanças e naturalmente pouco investimento foi realizado em tecnologia, entretanto ocorre uma efervescente criação intelectual e de novas idéias que serão potencializadas e qualificadas com a disponibilização do ferramental tecnológico adequado.

QUALIDADE DO PAVIMENTO AO TÉRMINO DA CONCESSÃO

*Luiz Henrique Mangeon**

Introdução

O presente artigo tem por objetivo apresentar uma análise de um dos assuntos mais relevantes para o Programa Estadual de Concessão Rodoviária: A Qualidade do Pavimento ao Término da Concessão.

Após esta análise, procuraremos dirimir algumas dúvidas que, porventura, ainda existam quanto à necessidade de ser exigida, ao término da concessão, rodovias com uma vida de, pelo menos, sete ou oito anos.

Quando da montagem do Programa Estadual de Concessão Rodoviária foram elaborados projetos, um para cada pólo de concessão rodoviária. Estes projetos, que continham as diretrizes que as Concessionárias deveriam seguir ao longo de todo o período de concessão, foram denominados de Projeto Básico de Exploração (PBE).

Quando do procedimento licitatório, as futuras Concessionárias apresentaram em suas Propostas Técnicas e Comerciais, entre outros, os serviços que seriam executados e a qualidade com que os mesmos seriam prestados.

Posteriormente, quando firmado entre o Poder Concedente e as Concessionárias de rodovias o Primeiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, foi elaborado o Projeto de Exploração Rodoviária (PER), que definiu as novas diretrizes que deveriam ser seguidas pelas Concessionárias durante os quatro anos de validade deste termo aditivo.

* Engenheiro Civil, Bacharel em Direito - Técnico Superior da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul - AGERGS. mangeon@agergs.rs.gov.br

Projeto Básico de Exploração, Propostas Técnicas e Comerciais

Apresentamos a seguir algumas indicações referentes a qualidade do pavimento ao término da concessão constantes nos Projetos Básicos de Exploração e nas Propostas Técnicas e Comerciais das Concessionárias:

1. Pólo de Lajeado

- *“Os resultados obtidos para a estratégia de reabilitação, manutenção e conservação são mostrados nos Quadros 6.4.1.2-I e 6.4.1.2-II. Estes resultados se referem aos seguintes condicionantes: (...)*
- *Vida de serviço mínima na devolução = 8 anos*
- *Degrau máximo admissível entre a pista e os acostamentos = 1 cm*” (PBE – Vol. 1 – item 6.4.2.1 – Resultados Obtidos)
- *“Em todos os Sistemas e Serviços que compõem a operação das rodovias se procederá à monitoração atendendo a exigência de chegar ao final do ano 15, com uma vida útil remanescente de 7 a 8 anos.”* (Proposta Técnica – Vol. 2 – Monitoração dos Sistemas e Serviços Operacionais – p. 81).

2. Pólo de Santa Cruz do Sul

- *“Ao longo desta etapa, as rodovias deverão ser avaliadas de modo a estabelecer as intervenções necessárias a garantir-lhes uma sobrevida estrutural e funcional de 8 anos, após o término da concessão.”* (PBE – vol. 1 – item 3.3.1 Atividades – Etapas – d) Período da Avaliação da Vida Restante – Ano 13 a Ano 15).
- *“Estão previstas duas Restaurações Totais de Pavimento para o trecho, uma na fase de Recuperação Estrutural e a segunda no final da concessão, para assegurar os 8 (oito) anos de vida restante... A condição do pavimento, ao final da concessão, deverá satisfazer as seguintes exigências mínimas:*
- *quociente de irregularidade – $QI \leq 45$ contagens/Km;*
- *índice de gravidade global – $IGG \leq 50$;*
- *valor de serventia atual – $VSA \geq 3,0$;*

- flecha nas trilhas de roda ≤ 7 mm;
- ausência de painelas, afundamentos plásticos, ondulações e exsudações;
- deflexão característica – $dc (= dm + \acute{o}) \leq 50 \times 10^{-2}$ mm;
- trincamento – $TR (= FC-2 + FC-3) \leq 10\%$;
- condições de aderência – coeficiente de atrito > 35 (skid number)
- Os acostamentos deverão estar livres de painelas, afundamento, deformações, ondulações, erosões, vegetações e outros defeitos que possam atentar contra a segurança do usuário ou da estrutura. O degrau pista/acostamentos deverá ser igual ou menor que 5 cm.” (Proposta Técnica – vol. 2 – C) Programa de Manutenção e Reabilitação p. 67).

3. Pólo de Carazinho

- “Busca-se, também, ao final da concessão, devolver as rodovias ao órgão concedente, com uma vida residual mínima de 8 (oito) anos em seu componente pavimento.” (PBE – vol. 1 item 5.1 –Definições).
- “A Reabilitação Final situa-se entre o início do 13º ano e o final do 15º, e será a etapa onde a CONCESSIONÁRIA irá executar ações sobre o pavimento, sinalização e serviços complementares, de forma a conferir aos trechos concessionados condições que permitam ao órgão concedente receber, ao final da CONCESSÃO, as rodovias com uma vida de, pelo menos, mais oito anos.” (Proposta Técnica – Vol. 2 – item 4.2.3 – Execução da Reabilitação Inicial, Consolidação e Reabilitação Final).

4. Pólo de Gramado

- “As condições dos pavimentos, ao final da concessão, serão medidas aos 13 (treze) anos do prazo, devendo apresentar os seguintes parâmetros mínimos:
- $QI \leq 45$ contagens/Km;
- $IRI \leq 3,5$
- $IGG \leq 50$;
- $VSA \geq 3,0$;
- $FLECHAS \leq 7$ mm;

- AFUNDAMENTOS PLÁSTICOS = AUSÊNCIA
- ONDULAÇÕES = AUSÊNCIA
- PANEAS = AUSÊNCIA
- QI < 45 (contagens/Km)” (PBE – vol. 2 – item 4.3.3.1 – Sistema Pavimento)
- “A Reabilitação Final situa-se entre o início do 13º ano e o final do 15º, e será a fase onde a CONCESSIONÁRIA irá executar ações sobre o pavimento, sinalização e serviços complementares, de forma a conferir aos trechos concessionados condições que permitam ao órgão concedente receber, ao final da CONCESSÃO, as rodovias com uma vida de, pelo menos, mais oito anos.” (Proposta Técnica – Vol. 2 – item 4.2 – Reabilitação Inicial, Consolidação e Reabilitação Final – p.9).

5. Pólo de Vacaria

- “Na última etapa (Reabilitação Final), prevista para os três últimos anos da concessão, além de outras obras e serviços, serão executadas ações sobre os pavimentos, de forma que as suas estruturas permitam ao órgão concedente receber, ao final da concessão, trechos rodoviários com vidas úteis restantes de, pelo menos, sete anos.” (PBE – vol. 1 – item 3.5 Previsão de Obras e Serviços).
- “ Nas etapas da Fase de Manutenção, nas quais os objetivos principais de recuperação da capacidade estrutural do pavimento, de manutenção da estrada em boas condições, de execução dos melhoramentos e de obtenção da sobrevida estrutural mínima de 7 anos, após o término da concessão.” (PBE – vol. 1 – item 3.5.2 Pavimento).
- “ Na última etapa (Reabilitação Final), prevista para os três últimos anos da concessão, devem ser destacadas as ações, previstas sobre o pavimento, de forma que o mesmo venha a possuir vida útil, que extrapole em alguns anos o término da concessão.” (Proposta Comercial – vol. 2 – p. 4).

6. Pólo de Caxias do Sul

- “Na última etapa (Reabilitação Final), prevista para os três últimos anos da concessão, além de outras obras e serviços, serão executadas ações sobre os pavimentos, de for-

ma que as suas estruturas permitam ao órgão concedente receber, ao final da concessão, trechos rodoviários com vidas úteis restantes de, pelo menos, 7(sete) anos.” (PBE – vol. 1 – item 3.5 Previsão de Obras e Serviços).

- “Nas etapas da Fase de Manutenção, nas quais os objetivos principais de recuperação da capacidade estrutural do pavimento, de manutenção da estrada em boas condições, de execução dos melhoramentos e de obtenção da sobrevida estrutural mínima de 7 anos, após o término da concessão, devem ser alcançadas.” (PBE – vol. 1 – item 3.5.2 Pavimento).

- “Por fim, o pavimento ao final da concessão, deverá apresentar as condições já apresentadas acrescidas de:

- Deflexão (deflexão média + desvio padrão) $\leq 70 \times 10^{-2}$ mm;

- Número Estrutural SNC $\geq 4,0$ ” (PBE – vol. 2 – item 4.4.1.2 Monitoração da Reabilitação/Manutenção)

- “Atendendo as solicitações contidas no PER (sic) e no projeto de monitoração, o trecho concessionado deverá ostentar ao final da concessão uma vida residual, compatível com a vida útil de um novo revestimento. Desta forma, serão executadas atividades alusivas à reabilitação final das rodovias durante o 13º, 14º e 15º anos da concessão. Ao final destes serviços, estará assegurada às vias uma vida útil na ordem de 7 (sete) a 8 (oito) anos.” (Proposta Técnica – vol. 2 – item D.2.2.4 – Reabilitação Final – p. 62 e 63).

7. Pólo Metropolitano

- “Por fim, o pavimento ao final da concessão, deverá apresentar as condições já apresentadas acrescidas de:

- Deflexão (deflexão média + desvio padrão) $\leq 70 \times 10^{-2}$ mm;

- Número Estrutural SNC $\geq 4,0$ ” (PBE – vol. 2 – item 4.4.1.2 Monitoração da Reabilitação/Manutenção - p. 84)

- “Atendendo as solicitações contidas no PBE e no projeto de monitoração, o trecho concessionado deverá ostentar, ao final da concessão, uma vida residual, compatível com a vida útil de um novo revestimento. Desta forma, serão executadas atividades alusivas à reabilitação final das ro-

PÓLO	PBE INVESTIMENTOS		PROPOSTA COMERCIAL INVESTIMENTOS		PER INVESTIMENTOS	
	TRABALHOS INICIAIS	MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO	TRABALHOS INICIAIS	MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO	TRABALHOS INICIAIS	MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO
Metropolitano	(1)	(1)	19.497,97	141.960,11	18.585,16	143.983,58
Caxias do Sul	16.561	68.601	29.059,00	119.748,00	11.347,48	135.250,69
Gramado	5.947	17.373	22.196,22	69.150,57	242,15	26.441,86
Sta. Cruz do Sul	13.476	62.272	18.233,94	68.361,51	8.086,64	71.812,12
Carazinho	18.270	51.272	22.196,22	69.150,57	13.498,78	77.264,33
Vacaria	11.396	37.412	16.320,33	39.578,77	8.888,43	39.688,92
Lajeado	14.027	68.162	32.914,71	104.657,53	23.062,45	119.727,04

(1) Não constam informações no Projeto Básico de Exploração

(2) Valores em R\$ x1.000 - base fev/1996

(3) Resumo de trabalho desenvolvido pelo Economista Roberto Tadeu de Souza Júnior (informação n.º 13/02-DT – processo n.º 595-39.00/02-0)

dovias durante o 13º, 14º e 15º anos da concessão. Ao final destes serviços estará assegurada às vias uma vida útil na ordem de 7 (sete) a 8 (oito) anos.” (Proposta Técnica – vol. 2 – item D.2.2.3 – Reabilitação Final – p. 63).

Análise dos investimentos

Apresentamos a seguir uma planilha resumo em que constam os valores para trabalhos iniciais e demais serviços de manutenção e conservação, apresentados nos PBE, Proposta Comercial e PER.

Analisando-se a planilha de investimentos, constatamos que não houve redução dos investimentos previstos no PER em relação aos previstos nas Propostas Comerciais, exceção feita ao Pólo de Gramado que, entretanto, teve acréscimo dos valores previstos no PER em relação aos do PBE.

Ao fazermos a análise do fluxo de caixa dos investimentos previstos ao longo da concessão, constatamos que no PER, realmente, ocorreu uma redistribuição dos valores que estavam inicialmente previstos na Proposta Comercial.

Essa redistribuição, contudo, ocorreu da forma muito variada, dependendo de cada concessionária, existindo, inclusive, concessionárias que aumentaram a previsão de investimentos para os últimos anos da concessão.

Verificamos, ainda, que para todos os pólos, foi apresentada a seguinte referência quanto à redução dos investimentos:”No referido quadro não estão previstos investimentos para garantir, ao final da concessão, a sobrevida conforme prevista no Relatório de Projeto do PEE.” (PER - Vol. 5 - item 3.3 Investimentos Totais).

Conclusão

Para todos os pólos rodoviários está previsto, tanto no PBE como na proposta das concessionárias, a execução de serviços em qualidade tal que permitam ao poder concedente receber, ao final da concessão, as rodovias com uma vida de, pelo menos, mais sete ou oito anos.

Consideramos que o PER não tratou de forma adequada a supressão dos serviços que elevariam a qualidade do pavimento ao término da concessão. Sem uma análise minuciosa em cada conces-

são, não se poderá dizer que, em função dessa redistribuição de recursos, não haveria mais a previsão do poder concedente em receber ao final da concessão as rodovias com uma vida de, pelo menos mais sete ou oito anos. Além do mais, a inclusão de uma frase informando que aqueles investimentos não estariam previstos, e a interpretação de uma planilha de fluxo de caixa não seriam suficientes para modificar-se o que está claramente expresso tanto no PBE como nas Propostas Técnicas e Comerciais apresentadas pelas concessionárias.

Entendemos que este assunto deva ser extensamente debatido e profundamente estudado, e se no entanto houver o entendimento de que não há mais a necessidade destes investimentos, ou que não há a possibilidade deles virem a ser realizados, que isto seja perfeitamente explicitado nas cláusulas do contrato, e que não se restrinja a uma mera indicação, que poderia vir inclusive a ter sua interpretação questionada em juízo.

REAJUSTE X REVISÃO: CONCEITOS E APLICABILIDADES

*Roberto Tadeu de Souza Júnior**

O artigo tem por objetivo definir as diferenças conceituais e práticas dos dois mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro legalmente constituídos. Apesar de distintos em suas características e condições de utilização, ambos objetivam a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, contratualmente estipulado no início da concessão.

Enquanto o reajuste consiste exclusivamente na reposição de perdas inflacionárias, possuindo periodicidade anual, a revisão caracteriza-se em uma análise ampla e completa de todos os componentes formadores da equação de equilíbrio econômico-financeiro. As revisões tarifárias, quando previstas contratualmente, são denominadas **revisões ordinárias**, sendo previstas em intervalos que variam em média entre 4 a 5 anos, dependendo do tipo de concessão e das condições previamente acordadas. A finalidade precípua da revisão ordinária é verificar os impactos proporcionados pelos processos de reajuste tarifário sobre o equilíbrio-econômico financeiro da concessão, corrigindo eventuais distorções, tanto no que se refere a possíveis perdas da concessionária como à captação de lucros extraordinários contratualmente não previstos. Por outro lado, o surgimento de fatores exógenos à concessão, não previstos na fase pré-contratual, cujos efeitos impactam diretamente na equação de equilíbrio, passam a ser abrangidos pela figura da **revisão tarifária extraordinária**. Para melhor exemplificarmos, entende-se a revisão extraordinária como um mecanismo de reajuste comumente posterior à ocorrência de *fato do príncipe*, como a criação/extinção de tributos ou a majoração/supressão de alíquotas referentes a impostos já existentes. Em suma, os

* Economista - técnico superior da AGERGS. robertoj@agergs.rs.gov.br

reajustes tarifários partem da pressuposição que as variações inflacionárias consistem na única condição de desequilíbrio ocorrida ao longo do tempo (*ceteris paribus*), tendo suas eventuais distorções realinhadas pelos processos revisionais, descaracterizando a precariedade do equilíbrio proposto pelo primeiro.

Metodologia

Faz-se mister a consulta prévia de toda legislação específica disponível sobre o tema, no intuito de caracterizar e conceituar adequadamente os diferentes tópicos em discussão. A definição de reajuste é consubstanciada juridicamente pelas Leis Federal e Estadual (RS) de Concessões de Serviços Públicos, respectivamente n.º 8.987 e n.º 10.086. Da mesma forma, a Lei Federal n.º 9.069 traz uma contribuição imprescindível na formatação de tal conceito, definindo a periodicidade de sua aplicação. Todavia, para uma correta definição do conceito de revisão tarifária, e, principalmente, distinguir-se as duas modalidades possíveis (ordinária x extraordinária), soma-se às anteriores a Lei Federal de Licitações e Contratos n.º 8.666. Enquanto a Lei Federal n.º 9.069 caracteriza o conceito de revisão ordinária, as demais definem claramente o momento e as razões que implicam o surgimento das revisões tarifárias extraordinárias. Ainda sob o aspecto legal, cabe salientar que se por um lado a legislação define objetivamente os **fatos** que caracterizam a necessidade de uma revisão extraordinária, por outro, deixa claro que estes por si só não podem responder pela deliberação de um processo revisional. Isto nada mais é do que a compreensão do legislador de que uma vez existindo o **fato** em nada se exime a apuração do suposto desequilíbrio pelo agente regulador. Passada a abordagem legal, são compiladas as definições de reajuste, revisão ordinária e revisão extraordinária, inclusive sendo utilizadas para tanto notas técnicas emitidas pela ANEEL, subsidiadoras dos processos de realinhamento tarifário por esta realizados. Uma vez definidos os conceitos, passam a ser analisadas algumas experiências práticas de suas respectivas aplicabilidades. Em tais exemplos evidencia-se de maneira incisiva a falta de padronização no entendimento e no conseqüente uso de tais mecanismos, sobretudo expondo a fragilidade em que os agentes reguladores estão submetidos no acompanhamento do equilíbrio econômico-financeiro das concessões.

Definição de Conceitos

Partindo-se da pesquisa realizada junto à legislação aplicável, conforme metodologia anteriormente detalhada, podemos definir os seguintes conceitos para cada uma das metodologias de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro abordadas por este artigo:

- **Reajuste Tarifário:** Oferece ao concessionário a perspectiva de que no período compreendido entre cada revisão tarifária ordinária¹, o equilíbrio econômico-financeiro da concessão não sofrerá a corrosão do processo *inflacionário*. O processo de reajuste permite ao concessionário a manutenção de um *equilíbrio econômico-financeiro precário*, o qual será verificado e ajustado mediante revisão ordinária, corrigindo-se as eventuais distorções ocasionadas pelo primeiro (prejuízos ou remunerações não previstos) durante o período compreendido entre os eventos. O reajuste é um mecanismo de atualização tarifária cuja periodicidade (12 meses) e o respectivo índice utilizado devem ser obrigatoriamente previstos em contrato.
- **Revisão Tarifária Ordinária:** Mecanismo de atualização tarifária cuja periodicidade deve ser obrigatoriamente prevista em contrato, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. São analisados todos os itens de despesa e receita da concessão (equação de equilíbrio) projetados ao longo de sua vigência, não atendo-se exclusivamente as variações inflacionárias, diferenciando-se assim significativamente do conceito de reajuste tarifário (*equilíbrio precário*).
- **Revisão Tarifária Extraordinária:** Demandada a qualquer tempo pela concessionária ou pelo próprio ente regulador, seja em defesa do usuário ou da própria con-

¹ O prazo para a primeira revisão ordinária começa a contar a partir da assinatura do contrato de concessão.

cessionária², sempre que algum evento não previsto contratualmente provoque significativo e comprovado desequilíbrio econômico-financeiro da concessão, como, por exemplo, o surgimento ou alteração de impostos.

Aplicações Práticas

Listamos abaixo três casos práticos de majoração tarifária, oriundos da aplicabilidade dos conceitos acima descritos. Os casos elencados estão distribuídos em tópicos, os quais visam caracterizar didática e detalhadamente as diferentes situações ocorridas, bem como as distintas decisões tomadas.

1. Revisão Tarifária Extraordinária: Repasse da Majoração das Alíquotas de ISS para a Tarifa dos Pedágios - Processo TCU 015.789/1999-3 (Concessionária Concepa)

- Por exclusiva deliberação do **Poder Concedente (DNER)** o custo representado pela nova alíquota de ISSQN (5%) é repassado integralmente para as tarifas de pedágio;
- Não elaboração pelo **DNER** do cálculo relativo à alíquota média ponderada³;
- Não observância do princípio da anterioridade pelo **Poder Concedente**;
- Não aferição pelo **Poder Concedente** do **real** impacto proporcionado pela majoração do imposto (**fato**), e por consequência, não existe comprovação técnica do **potencial** desequilíbrio econômico-financeiro;
- Realização de revisão tarifária "*precária*";
- Na visão do **Poder Concedente** eventuais desequilíbrios

² Em virtude da assimetria de informações existentes torna-se praticamente impossível que um usuário consiga visualizar um potencial desequilíbrio econômico financeiro "pró-concessionária", cabendo a agência reguladora o papel de demandante do processo revisional. Todavia, tal fato não isenta em hipótese alguma a intervenção do regulador quando da observância de desequilíbrio econômico-financeiro prejudicial à empresa concessionária.

³ Quando o trecho pedagiado engloba mais de um município em sua respectiva extensão, admite-se a ponderação das alíquotas vigentes em cada localidade pela sua respectiva participação na extensão (Km) total concedida.

pró-concessionária poderiam ser repostos posteriormente em novo processo revisional⁴;

- Tribunal de Contas da União (**TCU**) atuando como “*Agente Regulador*” ;
- No momento em que o Poder Concedente acena com a possibilidade de excesso na revisão tarifária precária, configura-se proteção dos direitos da concessionária em detrimento aos direitos dos usuários (**TCU**);
- Os prejuízos trazidos aos usuários, na ocorrência de cobrança a maior, são irrecuperáveis, completamente diferente da situação das concessionárias, as quais, no momento das revisões ordinárias, podem ajustar sua TIR para os períodos subseqüentes (**TCU**);

Dos divergentes pontos de vista acima elencados, o TCU, através da Decisão nº 567/2002, determina que:

- Somente serão procedidas revisões tarifárias nos contratos de concessões rodoviárias quando comprovada e quantificada a necessidade da majoração ou supressão, com base exclusivamente em estudos técnicos visando o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro original;
- Realização de nova revisão tarifária pela ANTT – Agência Nacional de Transporte Terrestre - conjuntamente com o próximo reajuste anual, contemplando obrigatoriamente:
 - Inclusão no fluxo de caixa das empresas dos valores indevidamente arrecadados a título de ISS;
 - Reversão destes valores em reduções tarifárias por um período não superior a um ano, inclusive considerando a receita financeira auferida pelos mesmos.

⁴ Pressupõe-se que o respectivo contrato de concessão possui cláusula contemplando o instrumento da revisão tarifária ordinária.

2. Revisão Tarifária Extraordinária – Experiência da AGERGS no Repasse da Majoração das Alíquotas de ISS para as Tarifas de Pedágio.

- Não existe a análise das demais variáveis que compõem a equação de equilíbrio econômico-financeiro, ou seja, realiza-se um processo revisional *precário*, considerando-se exclusivamente a oscilação de uma única variável;
- Realização do cálculo da alíquota média ponderada de ISS por Pólo Rodoviário;
- Respeito e observância ao princípio da anterioridade;
- Revisão sustentada apenas no **potencial** desequilíbrio do contrato, não existindo aferição do real impacto proporcionado pelo **fato** demandador da revisão;
- Postergação do reequilíbrio definitivo para 12/2004 ⁵;
- Fase de estruturação técnica e institucional da Agência resulta na maximização da assimetria de informações na relação Principal-Agente, favorecendo estrategicamente a postergação do reequilíbrio definitivo do Contrato.

3. “Repasse Tarifário Emergencial” – Experiência da AGERGS no Repasse das Variações de Preço dos Combustíveis para as Tarifas do Transporte Metropolitano e de Longo Curso de Passageiros.

- Reajuste tarifário anual já concedido, implicando limitação legal a uma nova reposição de custos inflacionários ⁶;
- O **potencial** desequilíbrio ocorreria exclusivamente em virtude de oscilações inflacionárias;
- Caracterização do “**Repasse Tarifário Emergencial**” como revisão tarifária extraordinária, ou seja, uma imprevisível elevação dos custos variáveis muito acima das variações percebidas por qualquer índice de preço utilizado;
- Abertura do debate acerca dos limites existentes entre os reajustes tarifários e as revisões extraordinárias. Em suma, em que nível variações de custos tipicamente de origem inflacionária podem caracterizar-se em *fato do príncipe*?

⁵ Data do término do 1º Termo Aditivo realizado em 11/2000.

⁶ Lei Federal nº 9.069 define em seu Artigo 70 a anuidade dos reajustes tarifários.

Conclusões e Recomendações

Da análise dos fatos acima elencados, pode-se identificar claramente a imperiosa necessidade de padronização dos conceitos e aplicabilidades dos mecanismos de reajuste e revisão tarifária existentes. Assim, deduz-se paralelamente a atual fragilidade legal que envolve a definição de equilíbrio econômico-financeiro e, por conseqüência, as respectivas situações de desequilíbrio. Tais problemas deveriam ser minimizados quando da constituição dos respectivos contratos de concessão, adequando tais cláusulas às especificidades do serviço concedido. Obviamente, é ponto pacífico que o longo prazo característico dos contratos de concessão torna-se uma dificuldade adicional ao ótimo da atividade regulatória. A imprevisibilidade que norteia a vigência dos contratos aflora o risco de captura da agência e os típicos problemas regulatórios inerentes à seleção adversa e ao *moral hazard* (respectivamente problemas pré e pós contratuais). Comumente, os custos de informação (custos transacionais) podem ser extremamente elevados, dificultando a correta formatação dos contratos e forçando indubitavelmente a consolidação de Termos Aditivos, visando adequar as condições acordadas às novas realidades de mercado. Tendo em vista o necessário amadurecimento da atividade regulatória no Brasil, seria extremamente válida e oportuna uma iniciativa da ABAR⁷ no sentido de estimular esta discussão entre os técnicos das agências reguladoras. A definição do limite entre um simples processo de reajuste tarifário e uma revisão extraordinária seria um dos pontos a serem debatidos e posteriormente padronizados dentre as rotinas das agências. O grau de comprometimento da remuneração da empresa, a impossibilidade de cobertura dos custos fixos, ou ainda, a variação de preços de determinado insumo significativamente superior aos índices inflacionários existentes, poderiam constituir-se em indicadores de revisões extraordinárias. A constituição pela ABAR de um Comitê Técnico, específico sobre equilíbrio econômico-financeiro, permitiria não somente a avaliação dos conceitos e aplicabilidades dos mecanismos de reajustes e revisões tarifárias, mas também, e, principalmente, a própria análise dos modelos tarifários usualmente praticados, levando-se em consideração a conjuntura econômica brasileira e os diferentes tipos de concessão existentes.

⁷ Associação Brasileira de Agências de Regulação

UMA VISÃO TÉCNICA DA AUTONOMIA DO REGULADOR

*Denise Zaioms**

A atual discussão sobre o papel e o perfil das Agências Reguladoras vem ensejar reflexões profundas sobre a natureza técnica de tais entes, livre de quaisquer interferências políticas.

A AGERGS foi criada com o objetivo de zelar pela adequada prestação dos serviços públicos e pelo equilíbrio econômico-financeiro desse tipo de negócio, bem como de buscar a harmonia entre os três agentes envolvidos na delegação: usuários, empresas e poder concedente. No nosso entendimento, este último objetivo é o que alicerça e fundamenta a eficiência e a eficácia das ações regulatórias.

Sem uma boa interação com os delegatários, em que o desejo de oferecer serviços adequados à comunidade torna-se interesse comum tanto do Regulador quanto da empresa, fica obstaculizada maiores evoluções de qualidade com modicidade tarifária. É claro, o Regulador pode impor exigências nesse âmbito, mas entendemos que cabe a ele convencer os agentes econômicos da importância da qualidade com modicidade, agindo menos pela penalização e mais pelo conhecimento e conscientização das partes de que é o interesse público o que está em jogo. Os serviços públicos, estejam eles delegados ou não à iniciativa privada, têm natureza diversa da exploração de atividade econômica (em sentido estrito) e tem, nas forças de mercado, suas regras basilares¹ – os serviços públicos têm natureza social, constituindo-se direitos ao mínimo de bem-estar que os cidadãos têm por viver em sociedade independentemente de critérios de solvência.

* Economista e Conselheira Superior da AGERGS. zaioms@agergs.rs.gov.br

¹ A Constituição federal distingue, claramente, atividade econômica (art.173) de serviço público (art.175), desenhando as diferenças entre eles, tais como o fato do primeiro operar sob um regime de direito privado em que a participação estatal é excepcional e condicionada, enquanto o segundo operar sob regime de direito público em que a atuação estatal é essencial na prestação ou na regulação.

Quanto ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, que cabe ao regulador zelar, também se faz necessário harmonizar interesses, avaliando a situação dos usuários. Os ganhos das empresas delegatárias são o reflexo da capacidade de pagamento dos indivíduos, sem o que qualquer negócio privado não sobrevive. Portanto, dentro do equilíbrio dos ganhos privados estão embutidas avaliações que dimensionam a capacidade aquisitiva dos usuários – neste ponto, a harmonia na ação regulatória será oportunizada pela legitimidade de suas posições técnicas. Só se constrói o entendimento a partir de posicionamentos neutros, que não se inclinam a nenhuma das partes, assim conquistando a confiança dos agentes. É a base técnica do Regulador que lhe dará este tão importante equilíbrio nas decisões, abrindo as portas da harmonia através das quais entrarão as condições propícias para o cumprimento de sua missão social.

Portanto, para cumprir a missão regulatória original, eliminando a incerteza dos agentes econômicos, torna-se imprescindível insular as instâncias de decisão de todos os tipos de pressões políticas e econômicas. O Regulador não pode ser capturado nem pelo interesse privado, nem pelos interesses políticos do governo. Quanto a este último aspecto, há que se evitar confusões entre políticas partidárias envolvendo interesses individuais e/ou de grupos, políticas públicas do governo democraticamente eleito e política institucional e regulatória.

O Regulador deve ser um ente técnico, evitando interferências de política partidária em todos os seus âmbitos de atuação. Caso contrário, enviesará as suas ações, privilegiando um dos agentes, consequentemente rompendo a neutralidade e perdendo a capacidade de criar a fundamental harmonia tão necessária para a eficiência e eficácia das ações regulatórias.

Quanto às políticas públicas do governo, o regulador pode e, até poderíamos dizer, deve participar, mas, exclusivamente, à guisa de contribuições cuja oportunidade e conveniência serão avaliadas pelo Executivo diretamente ou através de seus Secretários de Estado. É o cidadão que, através do governo democraticamente por ele eleito, define as políticas públicas, e não o Regulador. Quando este também atua como poder concedente, muitas vezes definindo políticas públicas, cria-se, no nosso entendimento, viéses na ação regulatória. Por isso, a proposta do Governo Federal quanto ao novo marco regulatório inclui a necessidade de resgatar aos Ministérios tanto as decisões de políticas e de planejamento quanto a capacidade de outorga das concessões.

Diferente é a questão da política institucional do Ente Regulador através da qual ele deve fazer valer a autonomia e a independência de suas decisões. Estas devem estar tecnicamente fundamentadas, até porque qualquer agente é livre para questionar, no Judiciário, as decisões tomadas pelo órgão. Nesse caso, a exatidão técnica e a imparcialidade nas decisões serão, dentre outros elementos, alvo certo de avaliações. Vemos que, mais uma vez, sobressai-se o aspecto técnico do Regulador, agora como elemento de estabilidade decisória.

Quanto à política regulatória, esta sim deve ser desenvolvida e divulgada, deixando clara as diretrizes das ações através de um planejamento estratégico.

As atividades regulatórias não podem vir a reboque das demandas externas, o que, por óbvio, não significa não atendê-las. Com isso queremos dizer que o Regulador deve ser pró-ativo, estabelecendo programas e objetivos de longo prazo. A complexidade das ações regulatórias exige o desenvolvimento de instrumentos específicos de controle, tanto no âmbito da qualidade quanto no de tarifas², ainda mais quando o Órgão Regulador é multissetorial.

Por exemplo, o desenvolvimento de Indicadores de Qualidade, nos termos da Lei Estadual 11.075/98, devem ser específicos para cada setor, elegendo-se as informações passíveis de serem captadas e auditadas sistematicamente. Isto porque não basta criar os indicadores, eles devem ser mensurados periodicamente até que o Regulador construa uma série com os dados trimestrais desta estatística. Aí sim, começará efetivamente o controle de qualidade através da análise da evolução destes indicadores em cada um dos setores sob regulação, inclusive com a participação dos usuários na definição das metas setoriais como institui o Código Estadual de Qualidade dos Serviços Públicos. Outro exemplo, agora na área de tarifas, é a necessidade de elaborar modelos tarifários que visem a medir os ganhos de produtividade dos negócios, possibilitando reparti-los com os usuários.

A modicidade tarifária é um dos quesitos incluídos, legalmente, na definição de serviço público adequado pelo qual o regulador deve zelar. Portanto, para bem cumprir as suas responsabilidades, também aqui, o Órgão deve ser pró-ativo, antecipando-se às solicitações de

² Nas ações de mediação e de ouvidoria, a complexidade não é inferior, sendo fundamental criar métodos e normas que aprimorem o fluxo de comunicação e o entendimento entre as partes.

aumentos tarifários. Através de audiências públicas, cabe ao regulador divulgar as suas propostas de modelos tarifários, que repartam produtividade e/ou exijam ganhos de eficiência através da redução relativa de custos, discutindo com os agentes, os usuários, os delegatários e o poder concedente³, um meio de incorporá-los nas metodologias já existentes de reajuste e de revisão.

Esses dois exemplos por si só já demonstram a necessidade de se definir políticas regulatórias que incluam diretrizes de médio e de longo prazo, uma vez que não é no curto prazo que se faz a consolidação desses instrumentos. Portanto, tais questões devem fazer parte de uma política regulatória transparente para todos os agentes. No âmbito dos investimentos privados, tal clareza e transparência serão os elementos fundamentais que eliminarão dúvidas sobre o comportamento futuro do regulador, reduzindo o risco regulatório, elemento de grande peso na taxa de risco dos projetos. No âmbito dos usuários, estes terão a segurança de que o regulador vem para cumprir a missão de não os deixar reféns das livres forças de mercado quando se tratam daqueles serviços essenciais a uma digna sobrevivência em sociedade.

Finalizando, sumarizando tudo do aqui exposto, entendemos que a política que cabe ao Órgão Regulador desenvolver por direito e por dever pertence ao âmbito técnico como soe ser a sua própria natureza.

³ A aquiescência destes dois últimos agentes é fundamental devido a mecânica das alterações tarifárias já estar pactuada entre eles, muitas vezes através de contratos.

EXPEDIENTE

Marco Regulatória n° 7
II Edição

Jornalista Responsável
Andréia Regina Grams

Revisão
Vera Härter

Arte Capa e Diagramação
Nelson Lovizetto Rech

Tiragem
3.000 exemplares

**Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos
Delegados do Rio Grande do Sul - AGERGS**

Av. Borges de Medeiros, 659 -14º andar
Porto Alegre - RS - CEP 90.020-023
Telefone: (51) 3288.8800 - Fax 3288.8815
E-mail: agergs@agergs.rs.gov.br
www.agergs.rs.gov.br