

As Agências Reguladoras e uma Nova Ótica do Direito

Mauro Pereira Martins

Juiz de Direito da 4ª Vara Empresarial - Capital

INTRODUÇÃO

Cumprido, de início, destacar que o presente trabalho possui como escopo ventilar determinados aspectos abordados no VII Fórum Brasileiro sobre as Agências Reguladoras, realizado nos dias 28 e 29 de abril do corrente ano, esmiuçando-se, preliminarmente, a ideia central pontuada pelos expositores e, em seguida, examinando-se caso concreto relacionado com o tema aludido.

Quanto ao tema central, cabe observar que as Agências Reguladoras desempenham hodiernamente papel de extrema relevância no setor econômico-privado, traduzindo-se em novo modelo de intervenção do Estado na economia, na medida em que deixa o referido ente público de atuar como empresário, passando a se ocupar de orientar e regular impositivamente como o mercado deve se comportar em atividades de considerável interesse coletivo.

Impende ressaltar, outrossim, que o exame da ideia extraída das exposições permite concluir que o novo modelo de intervenção do Estado na economia inaugurado com as Agências Reguladoras enseja o surgimento de um novo direito administrativo, divorciado daquele tradicional e mais preocupado em garantir o bem estar do consumidor e da sociedade.

Com efeito, as Agências Reguladoras possuem como objetivo primordial a defesa da concorrência e do consumidor, sendo certo que, ao fomentar a competição no setor privado, automaticamente, propiciam vantagens para os consumidores e para a sociedade, garantindo preços justos e razoáveis para os serviços regulados.

O direito passa, então, a ser visto como instrumento de desenvolvimento e de políticas públicas, sendo certo que as relações de consumo passam a ser essenciais para o exercício da cidadania.

Assim, denota-se que o objetivo proposto pela nova forma de intervenção do Estado na economia consiste no acompanhamento de determinados segmentos desta, considerados relevantes e nos quais se detecta algum tipo de falha de mercado, bastando, para sua atuação, que haja uma assimetria de informações entre os agentes envolvidos na relação jurídico-econômica, o que gera desequilíbrio na aludida relação e macula a liberdade de formação da vontade.

Insta acentuar que em tal aspecto reside o ponto nodal das Agências Reguladoras, ou seja, garantir o equilíbrio entre os agentes, preservando-se a liberdade de contratar e propiciando-se o maior número possível de informações para a imaculada formação da vontade.

AS AGÊNCIAS REGULADORAS E UMA NOVA ÓTICA DO DIREITO

Faz-se imperioso mencionar que o surgimento de uma nova ótica a partir da compreensão do novel modelo de intervenção do Estado na econômica, traz consigo novas perspectivas do direito.

Com efeito, o direito tradicionalmente se traduz em efetiva e real cláusula de bloqueio às propostas de mudança, tendo em vista sua identidade como ciência da segurança e a noção da estabilidade jurídica, como necessidade decorrente do sistema.

Entretanto, com o aparecimento das Agências Reguladoras, inaugura-se novo modelo que, em momento posterior se incorporou à estrutura da nova norma jurídica.

A norma jurídica que, tradicionalmente, era composta de preceito e sanção, numa expressão do puro positivismo, no qual se esperava que a norma tivesse o condão de prever todas as hipóteses, passa a ter nova estrutura a partir do modelo de regulação das agências.

As normas jurídicas passam a conter cláusulas abertas, com intenso campo para a interpretação do seu alcance e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade passam a ser paradigmáticos.

Observa-se, outrossim, uma abertura a outras áreas do conhecimento humano, apresentando-se a regulação como efetivo “campo de teste”, conforme enfatizado pela Dra. Vanice Regina Lírio do Valle, em sua palestra.

A ilustrar aludida assertiva, tem-se a questão atinente ao julgamento pelo E. Supremo Tribunal Federal da fecundação *in vitro* na qual foram abordadas, além de questões jurídicas, questões filosóficas, religiosas e científicas.

Denota-se, pois, que, com o surgimento das Agências Reguladoras, fecundaram-se ideias que, em momento posterior, foram incorporadas ao sistema jurídico brasileiro, propiciando nova ótica e novas perspectivas para o direito.

A ESTRUTURA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras surgem para corrigir um eventual desequilíbrio que apareça nas relações (normalmente econômicas), que podem ser sociais também, como, por exemplo, o amplo debate a que assistimos em torno da criação de uma agência de mídia, de cinema, que frequentemente volta às páginas dos jornais. O fato é que a ideia central do jogo é a correção de uma falha de mercado, seja ela qual for, por decisão de caráter político do chefe do Poder Executivo.

Aludida decisão, que é submetida ao Poder Legislativo, resulta na emissão de lei que vai reconhecer competência administrativa, para que o regulador confira uma interpretação à norma que cria aquela determinada estrutura administrativa, denominada de agência reguladora.

Por conseguinte, a lei cria a entidade, dota-a de competências e estabelece os objetivos dentro dos quais aquela entidade deve agir para o atendimento do interesse específico criado para aquele corpo administrativo. A aludida linha definidora é denominada de marco regulatório da agência reguladora.

A agência reguladora não produz um regramento, no sentido primário, ou seja, a mesma não constitui um ordenamento jurídico independente, originário e desvinculado da lei, sendo, ao revés, uma função executiva, ainda que revestida de poderes normativos.

Sua atuação envolve a execução da vontade da sociedade materializada na lei. Na lei são traçados os direitos e as obrigações, cabendo ao regulador a técnica de sua interpretação com vistas a orientar o adequado cumprimento dos seus comandos.

Depreende-se que, em verdade, se constata a existência de um conjunto de atribuições de execução da vontade da lei, ainda que tal execução possa ser submetida, conforme o caso, a uma orientação normativa mais genérica. Isso é o que os doutrinadores intitulam discricionariedade, adotada para se decidir como se vai tratar de uma determinada situação, normalmente de conflito de interesses em tensão, normalmente entre produtores fornecedores de bens e serviços e consumidores usuários de bens e serviços.

Releva anotar, por importante, que a decisão adotada pela agência reguladora possui natureza eminentemente técnica, de como atender adequadamente um determinado conjunto de interesses que precisam ser disciplinados.

Há que se mencionar, no entanto, que a natureza técnica da decisão adotada pela agência reguladora não exclui, de todo, a subjetividade, na medida em que, não raras vezes, a opção por determinada solução demanda análises e avaliações com carga discricionária, verificando-se, em tais hipóteses, a subjetividade na decisão.

Incumbe à agência reguladora, em última análise, buscar o ponto de equilíbrio entre o valor pago pelo consumidor e o bem ou serviço fornecido pelo respectivo prestador.

A GOVERNANÇA E A FUNÇÃO REGULATÓRIA

A governança se relaciona com a legitimidade, consubstanciada na origem da autoridade do poder, sendo certo que a existência do Estado Democrático de Direito propicia a vinda para arena de escolhas de outros fatores e atores.

A governança para as Nações Unidas configura o processo de tomada de decisões de políticas públicas.

Assim, a regulação se abre à governança, visando à prevenção à tecnocracia, à incorporação do pluralismo e à valorização da interação social e do dissenso.

A governança não traduz uma ideia que se relacione à dimensão estrutural da agência, mas sim à dimensão procedimental.

Com efeito, a busca pela legitimidade na emanção de ato regulamentar por agência reguladora impõe que ocorra efetiva participação social

no processo administrativo, devendo ser real e efetiva tal participação, não sendo mais os atos administrativos unilaterais, como outrora.

A participação social se realiza através de audiências e consultas públicas, com absoluta clareza nas regras a serem adotadas.

Destarte, a regulação das atividades devem ser objeto de audiências e consultas, em que democraticamente se irá apontar o legítimo caminho para a formação da norma.

O Estado, ao abdicar de determinados serviços, não retorna ao modelo liberal, tendo responsabilidade na regulação do mercado, normatizando atividades. Afigura-se impossível a aplicação do conceito do Estado mínimo nos dias atuais.

O EXAME DE CASO CONCRETO

(a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre concessões públicas)

O Professor Flávio de Araújo Willeman, eminente Procurador do Estado, em sua exposição, abordou o aspecto aludido, referente à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre as concessões públicas.

Assim, neste momento, insta promover o exame da questão referida.

Questão assaz importante e de inequívoca relevância jurídica e social, que foi debatida no Pretório Excelso, diz respeito à possibilidade de prorrogação de concessões sem o prévio procedimento licitatório.

A matéria foi objeto de apreciação no Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3521, tendo sido apreciada lei do Estado do Paraná que, a pretexto de garantir a continuidade do serviço, determinava a prorrogação da concessão pública, sem o procedimento licitatório.

Afigura-se, pois, oportuna a transcrição da ementa do julgamento, que acolheu o pedido deduzido na aludida ADIN.:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 42 E 43 DA LEI COMPLEMENTAR N. 94/02, DO ESTADO DO PARANÁ. DELEGAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. REGULAÇÃO E FISCALIZAÇÃO POR AGÊNCIA DE “SERVIÇOS PÚBLICOS DE-

LEGADOS DE INFRA-ESTRUTURA”. MANUTENÇÃO DE “OUTORGAS VENCIDAS E/OU COM CARÁTER PRECÁRIO” OU QUE ESTIVEREM EM VIGOR POR PRAZO INDETERMINADO. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 37, INCISO XXI; E 175, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, INCISOS I E IV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O artigo 42 da lei complementar estadual afirma a continuidade das delegações de prestação de serviços públicos praticadas ao tempo da instituição da agência, bem assim sua competência para regulá-las e fiscalizá-las. Preservação da continuidade da prestação dos serviços públicos. Hipótese de não violação de preceitos constitucionais. 2. O artigo 43, acrescentado à LC 94 pela LC 95, autoriza a manutenção, até 2.008, de “outorgas vencidas, com caráter precário” ou que estiverem em vigor com prazo indeterminado. Permite, ainda que essa prestação se dê em condições irregulares, a manutenção do vínculo estabelecido entre as empresas que atualmente a ela prestam serviços públicos e a Administração estadual. Aponta como fundamento das prorrogações o § 2º do artigo 42 da Lei federal n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1.995. Sucede que a reprodução do texto da lei federal, mesmo que fiel, não afasta a afronta à Constituição do Brasil. 3. O texto do artigo 43 da LC 94 colide com o preceito veiculado pelo artigo 175, caput, da CB/88 --- “[i]ncumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. 4. Não há respaldo constitucional que justifique a prorrogação desses atos administrativos além do prazo razoável para a realização dos devidos procedimentos licitatórios. Segurança jurídica não pode ser confundida com conservação do ilícito. 5. Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar inconstitucional o artigo 43 da LC 94/02 do Estado do Paraná. (ADI 3521, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 28/09/2006, DJ 16-03-2007 PP-00020 EMENT VOL-02268-02 PP-00340 RT v. 96, n. 861, 2007, p. 95-106)

De fato, conquanto sejam corriqueiros e não raros argumentos tendentes a ensejar a prorrogação de concessões sem procedimento licitatório, notadamente no setor de transportes públicos, o texto constitucional é taxativo e não permite o entendimento em sentido contrário.

Com efeito, ou o Poder Público presta por si o serviço público ou o delega a terceiro, através de concessão, autorização ou permissão, sempre, contudo, através de prévio procedimento licitatório.

O E. Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao analisar a questão, não discrepou do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

A propósito:

0019956-32.2002.8.19.0000 (2002.007.00138) AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

DES. ANTONIO EDUARDO F. DUARTE - Julgamento: 01/07/2004 - ORGAO ESPECIAL

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 1.639/1998 DO MUNICÍPIO DE NITERÓI (PARTE FINAL DO ART. 6º E CAPUT DO ART. 27). PERMISSÕES E AUTORIZAÇÕES EM VIGOR. PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA E COMPULSÓRIA. TRANSFERÊNCIA DE CONCESSÕES. AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTS. 70 E 77 (CAPUT E INC. XXV) DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA REPRESENTAÇÃO. PRELIMINAR SUSCITADA DE OFÍCIO. ACOLHIMENTO. VOTO VENCIDO NESSA PARTE. Se a pretexto de regular as delegações de execução de determinados serviços públicos, a Lei nº 1.639, de 09/02/1998, do Município de Niterói, na parte final de seu artigo 6º e no caput de seu artigo 27, dispõe sobre prorrogação automática e compulsória, por quinze anos, prorrogáveis por igual período, de todas as permissões e autorizações então em vigor, sem necessidade de qualquer procedimento licitatório, bem como estabelece a possibilidade de transferência de concessão, desde que previamente autorizada pelo poder concedente, significa que a mesma contraria fron-

talmente ao determinado nos artigos 70 e 77, caput e inciso XXV, da Constituição do Estado. Em tal hipótese, portanto, há manifesta inconstitucionalidade nesses dispositivos da referida lei municipal, uma vez que violam a obrigatoriedade de licitação, transgredindo os princípios básicos da moralidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e da igualdade entre licitantes.

Destarte, verifica-se que o entendimento jurisprudencial se mostra pacificado quanto à inconstitucionalidade da previsão por lei estadual da prorrogação de concessões públicas, sem que haja o prévio e necessário procedimento licitatório.

Finalmente, cumpre acentuar que o tema envolve uma gama enorme de aspectos e nuances que, pela limitação inerente ao trabalho, deixam de ser mencionadas, limitando-se o subscritor a invocar o tema concreto aludido e que foi abordado no evento. ♦