

Agências Reguladoras

Gilberto Clóvis Farias Matos

*Juiz de Direito da 8ª Vara de Órfãos e Sucessões -
Capital*

Em paralelo à evolução da sociedade, o direito passou a ser visto no Estado social como um meio de desenvolvimento e correção de injustiças, assumindo papel ativo no sentido do fomento de políticas públicas e de garantidor dos direitos fundamentais sociais no contexto da cidadania.

Existem duas formas de intervenção do Estado na economia: a alternativa regulamentar e a institucional. Na primeira, o Estado dirige suas ações para atingir objetivos previstos constitucionalmente no âmbito do Estado Democrático de Direito. Essa intervenção no contexto institucional apresenta lacunas no nosso país e é o caminho da regulação, em que se criaram diversos órgãos com atribuição concorrente para exercer essa atribuição regulatória. O pressuposto é de que a regulação melhora a qualidade da ação do Estado. Faz-se necessária a garantia de que seja assegurada a aplicação dos princípios constitucionais da transparência, da legalidade e da publicidade.

No que tange à relação entre as agências e o governo, relacionada a essa agenda de impacto regulatório, pode-se enumerar a vantagem de melhor equalização entre implementação, planejamento, regulação e monitoramento de determinada política pública, com regras bem estabelecidas. Tudo isso legitima o regulador na sua ação e o qualifica na sua intervenção.

A defesa da concorrência e do consumidor são dois grandes temas no sistema da regulação, porque alguns serviços públicos passaram a se relacionar com direito do consumidor e são essenciais para o próprio direito da cidadania, pois lhe garantem o bem estar e proteção na relação com o fornecedor de bens e serviços. No caso em exame, a atividade regulatória visa a garantir acesso e preço justo ao consumidor e a competição vai gerar benefícios e bem-estar.

Por mais que as agências reguladoras tenham que mediar os interesses do consumidor, das políticas públicas e das empresas do setor, o objetivo

final é o de garantir o bem-estar do consumidor e da sociedade, embora, algumas vezes, esse benefício possa vir a médio ou longo prazo.

Atualmente, existe um foco no Direito Administrativo Empresarial e no Direito Administrativo Regulatório em decorrência de mudanças no contexto econômico e ampliação do relacionamento entre pessoas, instituições e países, o que provocou significativas influências no mundo jurídico no espaço de uma geração.

Anteriormente, o foco restringia-se a atos administrativos, servidores públicos e licitações. A partir de 1980, a ênfase se deslocou para a transformação da Administração Pública, que abarcou outros temas centrais, tais como as empresas estatais, os contratos públicos e a regulação.

Juntamente com o foco temático, mudou a concepção, segundo a qual governar também é fazer negócios.

Segundo Seabra Fagundes (1941), administrar é aplicar a lei, e afasta totalmente os atos negociais. À época, adotava-se a tese da supremacia do poder público sobre o privado, o que dava respaldo à arbitrariedade na Administração Pública, embora até hoje ainda persista esse entendimento em alguns setores.

As agências reguladoras possuem estruturas institucionais compatíveis com a Constituição da República, encontram-se sujeitas a um regime especial, orientado para a garantia de sua autonomia e independência em relação ao poder público.

Esse foi um dos temas primordiais dos debates que se desenvolveram na década de 90 e foi o entendimento consolidado.

Atualmente, assegurada a primeira etapa de sedimentação, o eixo do debate voltou-se para estabelecer propostas a partir das falhas iniciais de implementação, eis que qualquer mudança institucional não ocorre de forma instantânea, mas se trata de um processo.

As normas legais funcionam como cláusulas de bloqueio para a adoção das providências, porque o direito é prática social dirigida ao ideal de segurança e de estabilidade, como, por exemplo, o princípio da segurança jurídica ou a coisa soberanamente julgada. Entretanto, o mundo não é estável e tende a refutar teses superadas pela dinâmica social.

Diante da superação das primeiras dificuldades, verificou-se que muitas das inovações que foram propostas pelo setor regulatório estão se reproduzindo em outros campos do direito, sem se restringirem ao campo da economia.

Nesse passo, a delegação constitui estratégia que se insere com veemência no direito administrativo, sob influência do direito constitucional.

A redefinição de competências pela via da delegação, tema atualíssimo, tem sua importância radicada no fato de que os instrumentos de delegação contribuem para a aproximação do agente com seus destinatários.

Outro tema na área da regulação, e que agora se põe em outros ramos do direito, é a mudança da estrutura da norma jurídica. Quando do predomínio do positivismo, a norma jurídica se alicerçava nas noções de preceito e sanção, de modo que inexistiam ideias a respeito de normas jurídicas direcionadas para a formação do consenso e indução de atividades, hoje admitidas em várias áreas das relações sociais.

A esse respeito, não se pode ignorar que a reflexão sobre a evolução da prestação jurisdicional é tema amplo, que mantém relação biunívoca com os direitos fundamentais.

Outro elemento do campo da regulação é a indispensabilidade da abertura do direito a outros campos de conhecimento, pois os fenômenos humanos e sociais são complexos e não se exaurem no contexto do direito, em seu sentido estrito.

Seguindo essa tendência, o Supremo Tribunal Federal tem realizado audiências públicas para ouvir *experts* na área de saúde, biomédica, entre outras, pois reconhece que precisa do conhecimento técnico de outros especialistas para abordar a complexidade dos problemas levados a juízo.

Como ressaltado, a superação das primeiras dificuldades ocorre em alguma medida porque a regulação se apresentou como um campo de testes, como vanguarda de um novo olhar do direito em amparo ao consenso e à indução. Eis porque, entre as alternativas de conduta diante de um problema no campo da regulação, a última deve ser a aplicação de uma penalidade. Antes, deve-se tentar outros meios de correção de rotas, mediante consenso e diálogo entre as partes.

Este reconhecimento parece da maior importância, porque a sobrealorização da solução judicial vai acabar simplesmente pois não há capacidade

física, de processamento, de equacionamento de problemas tão complexos, de combinação de variáveis de naturezas tão diversa. Como é cediço, não há capacidade de o Poder Judiciário dar resposta a tantos problemas que a sociedade vem propondo, o que exige a busca de outras soluções.

Exemplo concreto dessa constatação é a matéria publicada no jornal O Globo de domingo, dia 15.05.2011, cujo título foi “Ações contra concessionárias lotam a Justiça”. Nessa matéria, constou que

“Aquele dor de cabeça que o mau funcionamento dos serviços concedidos costuma provocar no contribuinte virou enxaqueca – e das boas para o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Criados há 15 anos para agilizar a solução de pequenas causas e desafogar o judiciário, os 62 juizados especiais cíveis do estado acumulam hoje 53% dos três milhões de processos que tramitam na Justiça do Rio, sendo que metade deles tem como réus as concessionárias de serviços públicos. A demanda de 30 mil novas ações por mês contra essas prestadoras afeta diretamente as metas de celeridade estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça e gera uma despesa de R\$ 100 milhões por ano à Justiça do estado.”

A reflexão sobre esses dados também demonstra falha sistemática na conduta das agências reguladoras, na medida em que as empresas concessionárias de serviços públicos, em geral, adotam postura imperialista com relação aos usuários desses serviços, tendendo a relegar o direito do consumidor a um plano inferior. Além disso, procuram protelar ao máximo o cumprimento da decisão judicial.

Tal conclusão aflora de um período de trabalho de 14 anos em Varas Cíveis, posto que, em diversas ações judiciais, restou comprovado que o direito do consumidor foi absolutamente ignorado e que, não raro, empresas comportam-se como se fosse mais lucrativo pagar indenizações de valores reduzidos do que investir efetivamente na prevenção de demandas, pois uma gama ainda maior de violações do direito dos consumidores não é motivo de pedidos indenizatórios ou de obrigação de fazer.

A transposição do aprendizado no campo específico do direito da regulação para outras áreas do direito, orientado ao consenso e à indução,

pode constituir valioso instrumento para as soluções dos conflitos. O mesmo se aplica ao tema da governança, cada vez mais presente nas discussões sobre o exercício do poder público e pode aperfeiçoar o papel decisório.

A esse respeito, cumpre recordar que, em 1992, o Banco Mundial definiu governança, como “*a maneira pela qual o poder é exercido na administração dos recursos sociais e econômicos de um país, visando ao desenvolvimento, e traduzia isso na capacidade dos governos de formular e enfrentar as políticas públicas.*” Já em 2007, pronunciou-se o Banco Mundial no sentido de que “*é a maneira pela qual os agentes e as instituições adquirem e exercem a autoridade para o provimento de bens e serviços públicos*”.

Incluir a oferta de serviços essenciais na estrutura favorável ao investimento nada mais é do que a preocupação com os resultados. O resultado pode ser um elemento legitimador da atividade estatal.

Sobre a governança, entre outras fontes, merece relevo a matéria assinada pela jornalista Miriam Leitão, publicada no jornal **O Globo** de 12.05.2011, cuja análise indica que

“A Petrobrás e a Vale tiveram problemas de governança. Era para a Petrobrás estar lucrando muito com a alta do petróleo, mas a economia não pode elevar o preço da gasolina por razões políticas. A empresa teve que importar a um preço muito maior do que vende ao distribuidor no Brasil. O resultado disso é que a ação da Petrobrás acumula queda de 10% no ano. A Vale, que também enfrentou interferência política, está com queda de 11,8%, mesmo com lucro recorde.”

Uma enunciação das Nações Unidas alude a um processo de tomada de decisões das escolhas públicas e recomenda que o modelo adequado de poder seja participativo, orientado ao consenso, *accountable*, transparente, responsivo, efetivo, eficiente, equitativo, inclusivo.

Dessa evolução, infere-se que uma regulação aberta à governança exige mecanismos participativos de formulação de escolhas públicas, orientados à formação do consenso, responsivos e inclusivos, o que, como ressaltado, não é um fenômeno isolado, pois o incremento da dimensão da participação já deflui dos princípios democráticos e da dignidade da pessoa, o que está ligado à inclusão.

Um processo de formulação de escolhas públicas, que tenha os traços da governança (mais aberto, inclusivo, responsivo), tende a prevenir os excessos, pelo menos, diante da pluralidade de participantes, o que afasta o risco de uma decisão unilateral, que induz ao confronto de ideias, afastando o risco de um dos méritos do estado regulador, que é a *expertise* técnica.

A governança também pode contribuir para a incorporação do pluralismo, não somente no sentido da diversidade de interesses, mas no da diversidade de visões. Ex.: X tem uma visão mais próxima da etapa inicial do processo econômico no setor regular, ao passo que o consumidor está focado na etapa final daquele setor regular. Logo, a incorporação do pluralismo é importante, para que se tenha uma visão integral do processo e para que as decisões regulatórias não fiquem segmentadas e não percam a visão dos efeitos futuros daquela escolha.

Disso tudo, deflui a ideia de que governança não traduz a noção de dimensão estrutural, eis que privilegia a dimensão procedimental. Deve-se deixar os organogramas de lado. Como se realizam as escolhas? Quem integra esse debate? Quem contribui e em que momento? Essa é a equação principal, pois inclui as virtudes de um processo plural e democrático.

Outro conceito que se põe na ordem do dia é a descentralização. As concessões remontam ao período romano e, até a implantação do Estado Democrático de Direito, eram vistas como privilégios para o desenvolvimento de algumas atividades econômicas em sentido estrito.

Essa lógica ruiu, a partir da emergência dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, quando as concessões passaram a representar o meio pelo qual o Estado transferia a pessoas privadas a execução de atividades públicas, notadamente serviços públicos.

Ainda assim, não é o instituto que se conhece hoje, na forma contratualizada. Era possível verificar que as concessões de serviços públicos constituíam objeto de delegação legal e não delegação contratual, como se pode observar na lei geral de concessões do setor ferroviário, nos termos do Decreto 641, de 26.06.1852. A concepção inicial de serviço público estava ligada à ideia de transposição de um privilégio a determinada pessoa para explorar determinada atividade.

O fator econômico, a precariedade de recursos dos concessionários e uma onda nacionalista retomaram para o Estado aquelas concessões deferidas sem critério de isonomia, de acordo com o modelo de Estado que se queria à época, não só na produção, mas também na distribuição de riquezas.

Essas atividades, mitigadas da livre iniciativa e da livre concorrência, passaram a ser executadas pelo Estado, muitas vezes, em regime de monopólio ou de competição, emergindo algumas concessões para exploração pela iniciativa privada.

Esse instituto ficou adormecido no direito brasileiro até a década de 1980, salvo a concessão de serviço público rodoviário de transporte de pessoas que, de longa data, vem sendo explorada por empresas privadas, através de atos administrativos precários. Todavia, a Constituição de 1988 inaugurou novo período para o instituto.

Vieram à tona ideias que conduziram à reformulação do papel do Estado na ordem econômica e da Administração Pública para a prestação de alguns serviços públicos, que não se admitia entregar à iniciativa privada, como energia elétrica ou telecomunicações.

O fato é que o Programa Nacional de Desestatização, instituído pela Lei n.º 8.987/95 e pela Lei n.º 9.491/97, trouxe novo viés para as concessões do serviço público. O professor Marcos Juruena Vilela Souto, no livro “Os Direitos das Concessões”, lecionou que a modernização do papel do Estado a partir da década de 1990 deveu-se, em grande parte, ao ressurgimento das concessões e à entrada em vigor da modelagem de um Estado regulador, que se preocupa com eficiência, com universalização, com prestação de serviços adequados à sociedade, sem que o Estado seja o prestador, o executor dessas atividades.

A partir de então, incrementaram-se contratos de concessões realizados no Brasil, com fulcro no artigo 40 da Lei de Concessões. Iniciaram-se as parcerias público/privadas, por meio das quais se tentou implementar a ideia da transferência total de riscos do negócio ao parceiro privado, de modo que o Brasil caminhou para a descentralização de atividades administrativas, privilegiando particulares.

Essa foi uma maneira encontrada pelo Estado para fugir das resistências doutrinárias e legais para o modelo de negócios celebrados por

entidades da administração direta, para fazer negócios envolvendo temas que repercutem diretamente na sociedade.

Problemas dos mais diversos níveis aconteceram ao longo desses vinte anos de constitucionalismo democrático e durante os mais de quinze anos da Lei das Concessões, que foram enfrentados e levados à consideração do Poder Judiciário, notadamente a Suprema Corte...

A competência para regular e legislar sobre serviços públicos concedidos tem suscitado muita discrepância. É tranquila a noção doutrinária da competência e titulatidade do ente público para regular serviço público, conforme a vigente Constituição da República. A competência da União e dos municípios foi bem detalhada na Constituição com numeroso elenco de competências legislativas e de titularidade de serviços públicos. No que diz respeito aos Estados, a Constituição não discorreu sobre sua competência, com exceção do serviço público de fornecimento de gás e transporte.

Como é cediço, a competência para titularizar serviços públicos traz consigo a competência para regular o modo como tal serviço será posto à disposição da sociedade. Sob esse enfoque, compete ao Estado titular do serviço público optar se o serviço vai ser prestado diretamente, ou de forma descentralizada. Como sublinhou Marcos Juruena, modernamente, pessoas privadas colaboram na prestação do serviço público.

O ente competente para regular serviços públicos é aquele que, em tese, detém igualmente a prerrogativa de conceder benefícios sociais, envolvendo os serviços públicos. O deferimento de gratuidade ao setor de transporte concedido pelo Estado, além de concessão de gratuidade para idosos por lei federal no setor de transporte, sob concessão do Estado, são exemplos de controvérsia instalada sobre o tema, eis que os mesmos ensejam a emergência de casos práticos a serem apreciados pelo Poder Judiciário, inclusive com demandas postas à apreciação do Egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

A Constituição da República tem uma regra no artigo 230, parágrafo 2º, que estabelece que é garantida a gratuidade aos maiores de 65 anos no transporte coletivo urbano. Todavia, não esclarece se esse transporte é local, regional ou interestadual, mas tal benefício social é suportado pelas concessionárias.

O Estatuto do Idoso - Lei n.º 10.741/2003 - também prevê no artigo 39, parágrafo 2º, essa gratuidade, sem indicar o tipo de transporte coletivo urbano a que se destina, mediante a simples apresentação da carteira de identidade pelos idosos.

Não fosse a regra constitucional, não seria possível à União legislar, a pretexto de tutelar um interesse social, para conceder benefício social de competência de outro ente federativo, sem prever fonte de custeio, nem atentar para o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O Supremo Tribunal Federal analisou essa questão na ADI n.º 3768/DF, sob a relatoria da Ministra Carmem Lúcia e decidiu que a gratuidade concedida pela Constituição da República e repetida pelo Estatuto do Idoso a serviços públicos municipais e estaduais não era inconstitucional, pelo simples fato de não existir fonte de custeio.

Alguns interpretam essa decisão, no sentido de que não poderiam as empresas concessionárias exigir fonte de custeio a um benefício social estabelecido na Constituição da República, na medida em que esse direito já está previsto e deve fazer parte da proposta do concessionário, quando se transfere a concessão.

Quanto às concessões anteriores à Constituição da República, prevalece a tese de que não há direito adquirido frente às novas regras constitucionais. Logo, a discussão que se sucede seria de benefícios sociais concedidos em legislação federal a serviços municipais e estaduais não previstos na Constituição da República.

Entretanto, deverá recair sobre esses entes municipais e estaduais o dever de assumir o ônus de sustentar o equilíbrio econômico-financeiro desses negócios jurídicos que celebraram com as empresas concessionárias.

Não há que se falar em impossibilidade de conceder o benefício social, porque o serviço não seria federal, mas também não se pode transferir para o setor privado o ônus de suportar benefícios sociais indeterminados trazidos pela União, sem atentar para o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

No Estado do Espírito Santo, há uma lei estadual que garantiu o benefício social de gratuidade em serviços públicos do Estado para pessoas que doem sangue com regularidade. O Supremo Tribunal Federal

enfrentou o tema na ADI n.º 3512/ES, Relator Min. Eros Grau, e decidiu ser constitucional essa intervenção legislativa para garantir o direito à locomoção para incentivar a doação de sangue.

O fato é que as concessões de serviços públicos estão submetidas a legislações locais, setoriais, que tentam proteger direitos sociais de minorias, mas, muitas vezes, não possuem qualquer fonte de custeio para manter a equação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Outra discussão diz respeito ao setor elétrico em uma lei estadual do Estado do Rio de Janeiro, que tinha por escopo proteger o consumidor. Essa lei alterou toda a sistemática de medição do consumo no serviço de prestação de energia elétrica com a alteração dos relógios medidores, no prazo de seis meses, sob pena de multa, impondo ônus financeiro excessivo aos concessionários para adaptar todos os medidores de energia no Estado do Rio de Janeiro.

A Procuradoria do Estado ajuizou Representação por Inconstitucionalidade no Tribunal de Justiça e obteve a concessão de liminar, embora o fato já houvesse sido submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal. A Assembleia Legislativa obteve outra decisão liminar para determinar que se aguardasse a decisão da Suprema Corte, para saber se havia invasão da competência legislativa da União para legislar sobre energia elétrica, ou se a Lei poderia ser aplicada sem fonte de custeio.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI n.º 3334/RJ, entendeu haver manifesta inconstitucionalidade dessa legislação estadual por vício formal. Disse o Pretório Excelso que a legislação, quando trata do direito do consumidor sem fonte de custeio agregada à lei para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, mostra-se inconstitucional, na medida em que vulnera a competência legislativa e regulatória do ente titular do serviço para alterar as bases da concessão, no caso do Poder Executivo.

Há necessidade ou não de fonte de custeio para a inserção de benefícios sociais nas relações jurídicas? Na Constituição do Estado do Rio de Janeiro, identifica-se uma regra no artigo 112, que prevê que todo benefício social a ser concedido em serviços públicos deve necessariamente prever fonte de custeio.

O Supremo Tribunal Federal apreciou essa regra da Constituição do Estado e a declarou constitucional, porque não violou o pacto federativo.

Pela interpretação dessa decisão, não seria possível a qualquer ente federado conceder benefícios sociais em serviços públicos, sem previsão de fonte de custeio, sob pena de violar equilíbrio econômico-financeiro com esses parceiros particulares que colaboram com o poder público na execução de políticas públicas, na forma do artigo 175 da Constituição da República. ♦