

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA RDPE



ISSN 1678-7102

R. de Dir. Público da Economia - RDPE	Belo Horizonte	ano 7	n. 25	p. 1-244	jan./mar. 2009
---------------------------------------	----------------	-------	-------	----------	----------------

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA - RDPE

Diretores

Vital Moreira
Marçal Justen Filho
Egon Bockmann Moreira

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (São Paulo)
Almiro do Couto e Silva (Porto Alegre)
Calixto Salomão Filho (São Paulo)
Carlos Ari Sundfeld (São Paulo)
Celso Antônio Bandeira de Mello
(São Paulo)
Diogo de Figueiredo Moreira Neto
(Rio de Janeiro)
Eduardo Paz Ferreira (Lisboa)
Eros Roberto Grau (São Paulo)
Fábio Nusdeo (São Paulo)
Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto
(São Paulo)
Leila Cuéllar (Curitiba)
Lúcia Valle Figueiredo (São Paulo)

Luís Domingos Silva Morais (Lisboa)
Luís Roberto Barroso (Rio de Janeiro)
Manuel Afonso Vaz (Porto)
Manuel Porto (Coimbra)
Marcos Juruena Villela Souto (Rio de Janeiro)
Maria Manuel Leitão Marques (Coimbra)
Maria Sylvia Zanella Di Pietro (São Paulo)
Miguel Poiares Maduro (Lisboa)
Monica Spezia Justen (Curitiba)
Paula A. Forgioni (São Paulo)
Paulo Otero (Lisboa)
Pedro Gonçalves (Coimbra)
Ronaldo Porto Macedo Jr. (São Paulo)
Sérgio Ferraz (Rio de Janeiro)
Tercio Sampaio Ferraz Jr. (São Paulo)

Antigos Conselheiros

Antônio Sousa Franco (Lisboa)
Caio Tácito (Rio de Janeiro)

R454 Revista de Direito Público da Economia - RDPE. ano 1, n. 1,
jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

Trimestral
ISSN: 1678-7102

1. Direito Público. 2. Direito Econômico. I. Fórum.

CDD: 336.2

CDU: 34(33)

© 2009 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Projeto gráfico e diagramação: Luis Alberto Pimenta
Revisora: Lourdes Nascimento
Bibliotecária: Fernanda de Paula Moreira - CRB 2629 - 6ª Região

Esta publicação está indexada no Ulrich's Periodicals Directory.

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil

Distribuída em todo o Território Nacional e em Portugal

Agências administrativas, contratos de serviços públicos e mutabilidade regulatória*

Egon Bockmann Moreira

Professor da Faculdade de Direito da UFPR. Doutor em Direito. Advogado.

Resumo: A compreensão do exercício da competência normativa das agências reguladoras brasileiras exige uma análise integrada sob três perspectivas: a constante mutabilidade do Direito Administrativo, o processo administrativo como instrumento de participação popular e a dinâmica do processo regulatório. A mutabilidade é um atributo que confere estabilidade e segurança à regulação pública da economia.

Palavras-chave: Agências reguladoras independentes. Serviço público (processo administrativo). Consultas públicas. Audiências públicas. Direitos fundamentais. Mutabilidade regulatória. Mutabilidade contratual. Segurança jurídica.

Sumário: 1 Introdução - 2 As competências regulatórias e os processos normativos - 3 As mutações do Direito Administrativo e o processo administrativo - 4 A incessante mutação das normas regulatórias como garantia de segurança do sistema - 5 Consultas e audiências públicas: algumas questões - 6 Considerações finais - Referências

A realidade, como você sabe, é sempre mais forte do que a imaginação humana. Além disso, a realidade pode se dar ao luxo de ser inacreditável, inexplicável, desproporcional. A obra criada, infelizmente, não tem esse direito.
(A. Appelfeld)

1 Introdução

Desde a sua instituição há mais de dez anos, as agências reguladoras brasileiras são questionadas quanto à sua legitimidade — tanto no que respeita à nomeação e estabilidade de seus dirigentes como ao exercício de suas funções, limites de suas competências e autonomia. Nada obstante

* Com a devida mutabilidade e adaptação, este texto é oriundo de uma aula (“Processo administrativo”) lecionada no curso de *Direito Administrativo dos Negócios* promovido pelos professores Carlos Ari Sundfeld e Vera Monteiro na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (abr. 2008); de uma palestra (“Agências reguladoras: segurança jurídica e mutabilidade contratual”) proferida na *IV Conferência Estadual dos Advogados* promovida pela OAB/PR (jun. 2008), cujo convite me foi feito pelo professor Alfredo de Assis Gonçalves Neto; e de outra palestra (“Parceria público-privada e mutabilidade contratual”) dada no *III Congresso Internacional de Direito Administrativo da cidade do Rio de Janeiro* (nov. 2008), organizado pela professora Arícia Fernandes Correia. Agradeço em muito a honra dos convites feitos pelos ilustres professores, o que permitiu a reflexão a respeito dos temas aqui tratados.

tais controvérsias, as agências persistem a regular os respectivos setores e a emanar uma quantidade significativa de normas regulatórias.¹ Nesse amplo debate, um dos temas mais complexos é o da efetiva legitimidade da regulação promovida pelas agências (em intensidade e extensão). Isto é, quais seriam as razões para a existência e a validade dessa sucessão infundável de normas — e se o Direito Administrativo brasileiro prestigia esse exercício de competência normativa por parte de autoridades administrativas. Tais assuntos já receberam várias contribuições das mais elevadas, as quais permitem um novo tratamento, que tenha pertinência com a dinâmica da elaboração e legitimação de tais atos regulamentares.

O presente ensaio pretende um breve exame a propósito de tais temas, correlacionando-os. A intenção é a de instalar um ângulo de análise pouco explorado: a relação entre as audiências públicas, o processo participativo e a mutabilidade das normas emanadas pelas agências: o que isso pressupõe e implica para o Direito Administrativo brasileiro contemporâneo e algumas de suas instituições (orgânicas e normativas).

Além desta introdução e das considerações finais, o texto contará com um item a respeito do processo normativo como instrumento para o exercício da função regulatória e outro a propósito das mutações do Direito Administrativo — isso com o objetivo de propor o entrecruzamento dos temas do processo administrativo com o da incessante mutação das normas regulatórias e contratos por elas disciplinados (sobretudo aqueles vinculados a concessões, permissões e autorizações).

2 As competências regulatórias e os processos normativos

Nas agências reguladoras, o principal modo pelo qual se dá a regulação é a emanção de normas regulamentares, a chamada heteroregulação (Vital Moreira). As agências estatuem normas de conduta a ser observadas pelos agentes submetidos à sua competência, para depois supervisionarem e controlarem as atividades assim reguladas. Quanto à intensidade e extensão regulatória, a constatação empírica é a de que há um número significativo de regulamentos lançados pelas agências (máxime em termos relativos, se comparado ao que antes se dava). Afinal, as agências reguladoras independentes prestam-se justamente a isso:

¹ Desde a sua criação até o primeiro momento de elaboração deste texto (abr. 2008), a ANATEL havia realizado 699 consultas públicas e 7 estavam em curso. Na ANEEL já haviam sido realizadas 25 audiências e 7 consultas; em 2007, foram realizadas 53 audiências e 12 consultas. A ANVISA não é diferente: em 2007, foram 114 consultas e em 2008 já se contabilizavam 14 consultas até o mês de abril.

estabelecer regras para o setor regulado. A intervenção aqui é por meio de normas, não via ação direta no domínio econômico.

Pois eu tenho para mim que o exercício dessa competência é algo *sui generis* e contribui para o conceito contemporâneo de segurança jurídica. Esta ressalva não se deve ao conteúdo e efeitos das normas regulamentares, mas ao efetivo modo de exercício da competência normativa. Digo *sui generis* porque a produção normativa das agências não é apenas uma elaboração *interna corporis* de normas administrativas — como já se deu no passado, quando agências não havia (e os regulamentos irrompiam da Presidência da República e Ministérios) — e muito menos é uma intervenção direta, de gestão, nos moldes da conveniência e da oportunidade políticas.

Nos dias de hoje, há promulgação de normas regulamentares *depois de um processo*: processo administrativo este que se presta a gerar normas disciplinadoras de condutas individuais e de contratos administrativos (muitas vezes modificadoras do regime estatutário destes). Nem sempre assim se dá em todas as normas regulamentares de todas as agências, mas o ideal seria que fosse. Mesmo por que tais normas regulam o funcionamento de alguns dos principais setores da economia nacional, cuja estabilidade e segurança são essenciais para a Nação (energia, saúde, petróleo, medicamentos, telecomunicações, água, portos, aeroportos, rodovias, etc.).

Por outro lado, é usual o discurso de que *é por meio do processo administrativo que as agências reguladoras legitimam a sua função*. A idéia expressada nessa frase-síntese pode ser encontrada em diversos estudos acerca das agências reguladoras e serve de fundamento tanto para aqueles assuntos relacionados aos limites de atuação das agências (“o que elas podem ou não fazer”), quanto para o controle das atividades por elas exercidas (“como as agências devem prestar conta do que fazem”). A legitimação pelo processo é uma constante no discurso regulatório. Mas, no presente ensaio, a frase-síntese serve de mote a outro propósito: examinar a produção normativa levada a efeito no âmbito das agências reguladoras e a sua relação com o processo administrativo. Indo avante, pretende demonstrar a tese de que há mais processos administrativos, com dimensões diversas, do que aqueles que nossa vã consciência outrora nos fazia crer.

Ora, o exercício da regulação implica a edição de normas e a aplicação delas com o objetivo de disciplinar e supervisionar áreas-chave

da economia. Essa edição normativa não se dá de forma absolutamente abstrata, mas ocorre *depois de um processo administrativo* que tem por objeto *a norma a ser emanada*, suas premissas e conseqüências. Nesse processo administrativo, são fixados instrumentos que viabilizam a *participação popular: consulta e audiência* públicas. Aqui as pessoas privadas — naturais ou coletivas, vinculadas ou não ao setor e à incidência da norma — participarão e darão a sua contribuição à futura norma regulamentar.

Ocorre que essa configuração da produção normativa das agências reguladoras traz consigo algumas instigações. De que processo administrativo se está a falar? Por que as normas regulatórias dependem das consultas e audiências públicas se as agências contam com quadros de técnicos dotados de *expertise* no setor que regulam? Para que debater se a premissa é a de que as agências detêm o mais apurado conhecimento do tema? Em que a participação popular pode contribuir para a edição de normas de alta complexidade técnica? Por que há tantas audiências e consultas públicas e, conseqüentemente, normas regulatórias? O que justifica essa profusão de consultas e audiências? Trata-se da primazia da democracia participativa ou da profusão (e confusão) de normas? Onde ficam a segurança e a estabilidade jurídicas? O que se fez dos contratos? As reformas da década de 1980 e de 1990 do século passado não tinham por objetivo a redução do papel do Estado, chegando a haver quem cogitasse de um “Estado Mínimo” derivado de uma política de “desregulação”?

Conforme já consignado, o presente ensaio pretende discutir algumas dessas questões. Como se verá a seguir, e embora à primeira vista pareça um contra-senso, a complexidade da realidade contemporânea impõe a constante modificação normativa, de molde que, ao final, *é a mutabilidade que garante a estabilidade e a segurança jurídicas*. A realidade, como já foi consignado na epígrafe (que trata de depoimento a respeito de um tema muito mais profundo do que o aqui tratado), pode se dar ao luxo de ser inacreditável, inexplicável e desproporcional. Embora a regulação não tenha esse direito, não pode, por outro lado, ignorar a realidade.

3 As mutações do Direito Administrativo e o processo administrativo

O Direito Administrativo contemporâneo não se confunde com o modelo clássico dos séculos XIX e XX. Em verdade, tem origem em

mutações que incidiram sobre esse mesmo modelo, gerando novas concepções e outros institutos (ou as releituras deles). Como se dá em quase todas as disciplinas jurídicas, alguns dos institutos tradicionais de Direito Administrativo foram objeto de transformação ao longo do tempo, não mais refletindo a sua natureza originária. E, nos dias de hoje, isso se dá com uma maior rapidez e intensidade.

Para demonstrar essa circunstância, cogite-se somente de três exemplos brasileiros. O modelo tradicional de Direito Administrativo cuidava tão só das autarquias como pessoas jurídicas de direito público integrantes da Administração indireta e submetidas a controle tutelar; hoje há agências reguladoras independentes (uma nova realidade que se agrega às autarquias comuns). O mesmo se dá com o contrato administrativo, pois, ao lado da figura tradicional, surgem outras espécies contratuais (contratos de gestão, atos administrativos negociais, etc.), que não se enquadram com perfeição nas concepções anteriores. Pense-se também nos serviços públicos, nos respectivos contratos de concessão e nas parcerias público-privadas: caso se pretenda compreender estas apenas com as premissas cognitivas das concessões início do século XX, o esforço estará destinado ao fracasso. O que o Direito Administrativo está a exigir são novos aportes, consistentes e pertinentes ao Direito brasileiro atual.

No que diz respeito ao presente estudo, agora se examinará com cuidado a mutação que acompanha o processo administrativo — e o que isso pode implicar para a sua transformação.

O ponto de partida está em que, originalmente, o processo administrativo surgiu como algo secundário, num tempo e lugar em que o sujeito era um objeto. Afinal de contas, quando e onde nasceu o Direito Administrativo? No Estado dos séculos XVIII e XIX, pós-Revolução Francesa. Então prevalecia a concepção liberal de Estado, em que as esferas pública e privada eram segmentadas e auto-excludentes. De um lado, estava a sociedade civil e o domínio econômico (liberdade de contratar, autonomia decisória, responsabilização); de outro, o Estado e o interesse público (princípio da legalidade). O Estado era o monopolista do interesse público — um *public interest maker*, não um *public interest taker*. Quando muito, a Administração intervinha (portanto, atuava em lugar que não lhe era próprio) no domínio privado para reprimir abusos e consolidar o respeito à ordem pública e à soberania estatal. Nesse contexto, o Estado (denominado Guarda-Noturno) manifestava-se precipuamente nos atos

administrativos. Isto é, por meio de atos imperativos, com presunção de legitimidade, exigíveis e auto-executáveis que não contavam com a participação popular. Prevalcia uma relação de hierarquia destinada a impor a “vontade administrativa” exteriorizada em “decisões executórias” da lei.

Com o passar do tempo, o ato administrativo se consolidou como a figura central do Direito Administrativo. Este girava em torno do ato concreto (praticado para levar a efeito a execução pontual da lei) e do ato regulamentar (praticado para viabilizar a execução geral da lei). Nas duas hipóteses, prevalecia a Administração unilateral. Caso da intervenção resultassem danos, aos indivíduos dava-se a oportunidade de se defenderem do ato praticado. Porém, não lhes era dado participar da concepção do ato, que era *interna corporis*. Os particulares só dele tomavam conhecimento depois de o ato já ter sido editado, no exato momento de sua incidência. Prevalcia, portanto, a concepção unilateral e impositiva da atuação da Administração.

Nesse cenário, o processo era algo absolutamente secundário. Não é à toa, aliás, que se o denominava de procedimento ou de “direito adjetivo”. O processo administrativo seguia como acessório ao ato, limitando-se a garantir a restauração de direitos violados pela Administração. Nos primeiros tempos, sobretudo em França, nem sequer se reconhecia ao indivíduo a condição de sujeito com legitimidade a questionar os atos da Administração Pública: o Conselho de Estado realizava um controle puramente objetivo do ato, não com lastro (ou atenção) a direitos subjetivos do cidadão, mas com vistas a controlar os desvios de poder administrativo do Estado. Ou melhor: o indivíduo não era detentor de direito subjetivo em face da Administração. A pessoa privada fazia uma mera notícia, que era processada pelo Conselho em atenção ao princípio da legalidade (e não aos direitos daquele que pedia).

O mesmo se deu no Brasil. Aqui o processo administrativo era um procedimento acompanhado pelo adjetivo que qualificava a conduta do órgão público que praticou o ato questionado: fiscal, disciplinar, expropriatório... e assim por diante. A Administração agia e o particular defendia-se através do processo (instrumento de restauração do direito violado pela Administração). O processo era eminentemente reativo.

Porém, isso persiste? O Direito Administrativo atual alberga apenas tais características? O processo administrativo tem só e somente essa

configuração? Felizmente, na atualidade isso não mais ocorre. Nem o ato administrativo parece gozar da mesma *centralidade* de outrora, nem o processo administrativo permanece no papel de *coadjuvante* da atuação administrativa. O Direito Administrativo mudou. A questão que se coloca, portanto, é a de se saber como houve essa alteração de papéis e em que medida ela se deu. A explicação de tal mutação é mais fácil de ser observada por meio da investigação acerca da natureza jurídica do processo administrativo contemporâneo. Ou melhor, quando se leva em conta que de fato há *três espécies* de processos administrativos encontradas na atualidade, bem como a que natureza de direitos a que se referem e o que possuem em comum.

A *primeira espécie* de processo administrativo envolve aqueles nos quais o particular defende os seus direitos. É o tipo tradicional, em que a Administração o instala a pedido da parte interessada ou *ex officio* (e notifica a pessoa que será afetada para que apresente defesa ou arque com as conseqüências do ato). Aqui são relevantes as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, a fim de que a pessoa privada conte com os meios necessários para impedir ou limitar a ação estatal. O ato administrativo sofre um controle negativo, pois o indivíduo pretende impedir ou limitar a ação do Estado. O *processo visa a evitar um dano subjetivo, suprimindo agressão a um direito fundamental de primeira dimensão* (propriedade e liberdades). O sujeito opõe o seu direito ao Estado, impedindo que a sua liberdade seja indevidamente restringida. Por isso, a legitimidade para atuar no processo é somente da pessoa que em tese sofrerá o prejuízo. Exemplos desses processos administrativos são os fiscais, os disciplinares e os expropriatórios.

A *segunda espécie* de processo administrativo é relativa às situações em que o indivíduo pretende obter o reconhecimento de seus direitos ou interesses pela Administração Pública, numa perspectiva ampliativa. O particular pleiteia a instalação do processo e pede que a Administração profira uma decisão que o beneficie individualmente (ou a toda a coletividade). Não há litígio nem acusação, nem tampouco preexistem investidas públicas contra a liberdade e/ou propriedade. O processo visa a criar uma vantagem pública ou privada, de modo que não se cogita de conflitos propriamente ditos. Por meio do *processo administrativo o particular busca o cumprimento de direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões* (o cumprimento a um direito prestacional que prestigie os valores

constitucionais — seja individual, seja coletivo). A legitimidade é daquele que detém ou um direito subjetivo ou um interesse legítimo. Exemplos desses processos são os que visam à tutela de benefícios previdenciários ou de temas urbanísticos e ambientais.

A *terceira espécie* de processo administrativo relaciona-se àqueles nos quais a Administração e o particular colaboram na elaboração normativa. A Administração é responsável pela instalação do processo — *sponte propria* ou a pedido dos interessados. Mas quando o faz pede a colaboração das pessoas privadas (muitas vezes *deve* instalar essa colaboração). Os indivíduos interagem não só na busca de benefícios privados, mas também com vistas a vantagens coletivas e/ou difusas (*como se administradores públicos fossem*). Por meio do *processo administrativo o particular busca o cumprimento de um direito fundamental de quarta dimensão* (informação, democracia e pluralismo democrático na formação das decisões públicas). Diante disso, a legitimidade é de todos os cidadãos, de todas as pessoas — pouco importa se futuramente afetados ou não pela norma regulamentar a ser editada. O exemplo típico é o processo normativo no âmbito das agências reguladoras — as audiências e consultas públicas. As agências emanam normas administrativas gerais e abstratas para regular alguns setores essenciais da economia. Ao fazê-lo, a atividade por si desenvolvida conta com a participação (e também com o controle) social.

Logo, o que pretendo demonstrar é que a essência jurídica do atual processo administrativo — a sua natureza jurídica — não está em ser compreendido como meio de impedir ataques a direitos individuais; nem como forma de obter benefícios ou instrumento de produção normativa. O que há de essencial no processo administrativo — comum às três espécies de processo antes expostas — é a efetiva participação das pessoas privadas na formação dos atos estatais. Pouco importa quem seja essa pessoa, o que se põe é o dever de público de informar e respeitar a participação popular direta na formação da vontade estatal. Boa parte dos atos administrativos deixa de ser unilateral e impositivo e passa a ser consensual, obtido mediante a cooperação público-privada. Assim, o processo não é mais o mesmo que se conhecia nos idos do século passado, nem mesmo aquele que se estudava há 20 ou 50 anos. Não é apenas uma garantia — um meio de assegurar os direitos fundamentais declarados —, mas é também um direito ou, mais propriamente, um *direito-garantia*.

Isto posto, posso passar ao segundo momento da exposição. Afinal, a mutação no Direito Administrativo deu-se só no que diz respeito à natureza

das relações processuais travadas pela Administração (e respectivo direito à participação das pessoas privadas), ou há algo por detrás das cortinas? Parece-me que existe algo muito mais complexo e revelador. Eu tomo isso antes como uma provocação do que uma constatação. A provocação que pretendo fazer é algo que demonstra o quanto eu gosto de nadar contra a corrente, pois visa a correlacionar a mutabilidade à segurança.

4 A incessante mutação das normas regulatórias como garantia de segurança do sistema

Eu costumo dizer que, em tempos pós-modernos, nada mais adequado do que afirmar que *a segurança advém da certeza de mudança*. Esse aparente contra-senso é essencial na regulação econômica contemporânea, sobretudo no setor dos serviços públicos.

A regulação econômica incide sobre setores estratégicos (serviços públicos tais como telefonia, água e saneamento, transportes públicos, energia elétrica, gás, etc.; atividades econômicas com relevância pública, como os planos de saúde, medicamentos, petróleo, etc.). Neles, mercados velozes convivem com políticas públicas, inovações tecnológicas e demandas populares. Tudo isso em tempos caracterizados por sua “pressa histórica”: os segundos de hoje equivalem às horas de anos atrás, num mundo que não distingue a alvorada do entardecer.

Em setores tão sensíveis a demandas populares e inovações tecnológicas, a garantia da mutação regulatória reforça a segurança jurídica. Seria equivocado pensar em estabilidade como sinônimo de imutabilidade, nos mesmos moldes em que se dava nos séculos XVIII, XIX e XX, tempo em que prevalecia o direito monolítico e a idéia de perenidade de legislação. Os “monumentos legislativos” — tal qual o Código Napoleônico de 1824 e, mesmo, o Código Civil Brasileiro de 1916 — eram criados para durar da *mesma forma, para todo o sempre*. Os contratos — públicos e privados — eram celebrados para manter absolutamente estática no tempo a vontade das partes, responsabilizando-se aquela que porventura os descumprisse. O mundo alterava-se lentamente e aos poucos, em tempos controláveis pelo Homem. As previsões limitavam-se às áleas *ordinárias* e *extraordinárias*. Os riscos eram conhecidos e previstos com lastro em construções de uma lógica indutiva oriunda dos séculos XVI-XVII, estampadas nas “tabelas de descoberta” de F. Bacon. De fato, isso não mais existe. A realidade tornou-se muito mais forte do que a imaginação humana, para repetir aqui a frase da epígrafe.

Na atualidade, para ser estável e perene, é necessário ser mutável. A regulação normativa não tem o atributo de prever o futuro, nem tampouco de o submeter ao Direito. Por isso que a certeza da mudança é uma premissa da segurança. O que se torna ainda mais evidente no campo da regulação dos contratos públicos (sobretudo os de longo prazo, como as concessões e as parcerias público-privadas). No campo dos serviços públicos, a mutabilidade é a mais decisiva das Leis de Rolland, pois é ela que se presta a assegurar a igualdade e a continuidade.

Ora, a regulação econômica pretende tornar “regular” — isto é, estável, certo, constante e quiçá previsível — o comportamento dos agentes naquele setor (sejam concessionários de serviço público, sejam agentes econômicos privados) e assim fazer projeções a propósito desses comportamentos disciplinados. Esse modo de atuar não tem em vista assegurar os interesses lucrativos dos agentes privados ou os projetos políticos dos governantes. Se o tiver, ultrapassará as fronteiras do lícito. Diversamente, o objetivo regulatório é o de assegurar a ótima prestação da atividade privada regulada ou do serviço público concedido, numa perspectiva dos direitos de segunda e terceira dimensão. Mas atingir tal finalidade é tarefa complexa. As atividades sob regulação tendem a ser empreendimentos econômicos de alta capilaridade social (bancos, seguros, ações, telefonia, medicamentos, planos de saúde, etc.), dentre os quais estão os serviços públicos (cuja atração de colaboradores sérios depende da elaboração de um projeto que ofereça remuneração adequada ao investidor). Envolvem projetos de longo prazo (consubstanciados em contratos de 10, 20 ou 30 anos), com investimentos de longa maturação (aportes iniciais significativos, a ser recuperados ao longo de muitos anos).

Para melhor ilustrar a questão, cogite-se das diferenças entre o contrato administrativo de empreitada e o contrato de concessão. A empreitada tem pouco tempo, com preço e equação econômico-financeira fechados — quem contrata, fiscaliza e paga é a Administração. O contrato de concessão é significativamente mais complexo. Exige a injeção de vultosa quantia de recursos iniciais por parte do concessionário, pautada em projeções estatísticas para mais de uma década, considerando a realidade do mercado atual (se o particular atua em monopólio ou em concorrência; se a concorrência se dá em nível local, nacional, comunitário, global; o custo do dinheiro e a receita aferível, etc.). A concessão exige a convivência com a realidade atual e com a futura. Se fosse

possível a comparação, eu ousaria dizer que neste contrato o futuro é mais importante do que o presente.

Diante de tais diferenças, torna-se claro que as variantes do contrato de concessão (endógenas ou exógenas) e respectivo mercado podem impor a necessidade de alteração da regulação e implicar a mudança na conduta dos agentes ou do próprio contrato de concessão de serviço público. Pode-se tornar necessário alterar o momento ou a forma de execução das obrigações; prorrogar ou diminuir o tempo do contrato ou do objeto da contratação; incorporar ou excluir serviços, especialmente diante da evolução tecnológica, etc. Essas exigências somente serão reveladas na execução da atividade, somente no exato momento real em que o agente privado e/ou o regulador se depararem com o obstáculo ou vicissitude que não teve como ser previsto no momento da celebração da avença (obstáculo endógeno ou exógeno ao projeto, frise-se). Tal como as sinfonias, o projeto da concessão somente é revelado quando implementado de fato, como na frase atribuída a H. von Karajan: “ninguém pode dizer que conhece uma partitura, por mais que a tenha na cabeça, antes de tê-la experimentado na orquestra”. É exatamente isso o que se dá em concessões de serviço público: a execução do projeto exige conhecimento técnico, harmonia, ritmo e equilíbrio durante décadas.

Pense-se agora em algumas das principais características das parcerias público-privadas, explícitas na Lei nº 11.079/2004: (i) são projetos de longo prazo (mínimo de 5 e máximo de 35 anos de duração); (ii) cada um dos signatários do contrato será responsável por um (ou alguns) dos riscos detectáveis nos estudos preliminares (afora os riscos então ilegíveis); (iii) são investimentos de longa maturação, pois só alguns anos depois o investidor experimentará os primeiros resultados lucrativos e a amortização dos empréstimos originários (os projetos devem ter valor mínimo de R\$20 milhões de reais); (iv) envolvem a prestação de um serviço público — normalmente antecedido de obra pública.

Porém, fato é que nem mesmo a mais apurada perfeição técnica tem o condão de tornar os setores regulados imunes ao tempo e ao avanço científico. A realidade sócio-econômica é caprichosa e não admite desprezo. Mais ainda: seria um contra-senso, atentatório à eficiência administrativa, pretender estancar tais contratos, atrelando-os ao passado. Claro que não se está a defender uma insensatez regulatória ou a alteração do objeto e conteúdo dos contratos de concessão (comum e ppp). A juridicidade há

de ser preservada, tal como estampada na Constituição do Brasil e nas leis. Mas o que não se pode pretender é vergar a realidade férrea das mudanças sócio-econômicas.

Daí a regulação exigir a convivência aberta com o novo, a sensibilidade técnica quanto à necessidade de mutação jurídica, a rapidez nas soluções e a certeza de sua precariedade. A certeza da precariedade vista não como um dado negativo, mas sim na condição de premissa positiva — a de acolher com segurança o futuro que não pára de chegar.

Nesse cenário de constantes mutações, torna-se plausível o grande número de audiências e consultas públicas. Existe uma explicação para elas, pois os setores econômicos mais relevantes e mais sensíveis são justamente alguns dos regulados pelas agências independentes. Assim, torna-se mais fácil compreender a grande intensidade de audiências e consultas públicas, o elevado número de processos normativos e o significativo volume de resoluções administrativas setoriais.

Porém, e nesse ponto, instala-se um novo dilema, que trago à consideração para apimentar um pouco o debate: as reformas da década de 1980 e 1990 do século passado não empreenderam um processo de “desregulamentação”? Elas não tinham a proposta de reduzir o papel do Estado, de forma a se criar a equação “menos Estado, mais mercado”? Não houve quem falasse em “Estado Mínimo” e suas variações à esquerda e à direita? Na verdade, essas são expressões vazias que retratam um falso dilema (talvez como forma de repudiar o novo, encarcerando-o no passado que se pretende preservar).

Engana-se quem reputa que, depois da despublicização, as tarefas do Estado tornaram-se mais simples ou pouco trabalhosas. Ou que isso implicaria a atenuação da regulamentação das atividades. Ou que diminuiria os custos públicos. Tal como fica claro já no título da obra de S. K. Vogel (*Freer markets, more rules*) e nos estudos empíricos nela contidos, a liberalização implica a expansão da regulação (em termos quantitativos e qualitativos), acompanhada da alta especialização técnica dos reguladores e dos instrumentos de que dispõem para exercer a função regulatória. Isto é, custos mais elevados. Afinal, mercados livres demandam mais regras e maiores responsabilidades públicas. Mercados mais fortes exigem Estados ainda mais fortes.

Apenas como exemplo, compare-se a prestação direta de determinado serviço público e o exercício de regulação sobre a atividade concedida.

Na prestação direta, exercita-se o serviço na medida do conhecimento tecnológico interno, da disponibilidade financeira e das políticas públicas. Já na regulação que deve ser exercida sobre o concessionário, é necessário supervisionar o serviço prestado por um terceiro que detém mais conhecimentos técnicos (e que, muitas vezes, prestará atividades até então inéditas, que não foram exercidas por outros em momento anterior), em um contexto de monopólio ou de competição (inclusive em nível global). A assimetria de informações e o perigo da captura são brutais. Aqui existem metas e parâmetros evolutivos prefixados, com exigências impostas aos concessionários que nada mais significam do que maiores exigências ao concedente.

Mas se é bem verdade que o Estado abdicou de algumas das atividades prestacionais que o caracterizaram durante quase meio século, isso não pode ter como conseqüência a volta a um passado marcado pela passividade estatal. Como acentua Pedro Gonçalves, a despublicização não implica “a ‘batida em retirada’ do Estado, nem, ao jeito de um renovado ‘laissez-faireism’, a entrega da economia às ‘leis de mercado’ ou a ‘leis jurídicas’ de mera definição”. O Estado tem a responsabilidade reforçada de *garantir a prestação dos serviços* e assegurar o equânime funcionamento dos mercados. Isso se dá por meio da edição de normas regulamentares e através da fiscalização dos atos e contratos, que pretendem *garantir* o correto funcionamento dos serviços regulados e a realização dos direitos dos cidadãos. O Estado é um garantidor ativo, normativamente imbuído de deveres mais fortes e significativos.

Assim, é fantasioso cogitar de um “Estado Mínimo” nos dias atuais. O Estado permanece com responsabilidades (mais sérias e maiores). Constatação que acentua a importância das audiências e consultas públicas, bem como permite a investigação acerca de alguns aspectos pontuais de seu funcionamento.

5 Consultas e audiências públicas: algumas questões

Colocadas tais premissas, é possível avançar no tema das consultas e audiências públicas. O escopo é o de investigar *grosso modo* o porquê de tantos processos normativos no âmbito das agências reguladoras: seria a produção desenfreada de normas incompreensíveis ou a manutenção da estabilidade em setores essenciais à economia nacional? A exposição acima permite antever a adesão à segunda tese. Mas antes

disso preciso esclarecer o que se pode entender por cada um desses processos de formação das normas regulatórias.

Em termos abstratos, as consultas são formais e objetivas. Divulga-se o tema e a minuta da futura resolução (*rectius*: regulamento administrativo), facultando-se a participação dos interessados (normalmente, pela Internet). Esses apresentam sugestões, perguntas e impugnações. A participação se dá de forma objetiva: os interessados não aparecem, apenas formalizam a sua participação em vista a informação previamente disponibilizada. Já as audiências são também formais, mas subjetivas. Divulga-se o tema e a minuta da futura resolução, marcando-se dia e hora, em local de acesso público, para que a discussão se instale. Na audiência, os interessados se inscrevem e participam pessoalmente, expondo suas sugestões. De usual, dá-se a necessária limitação de inscritos e do tempo disponível. O debate ele mesmo não é desenvolvido no local da audiência (a não ser pequenos esclarecimentos e divergências), que depois deve ser reduzida a termo e analisada fundamentadamente.

A diferença semântica entre consultas e audiências deveria ser reveladora da diferença normativa do uso das expressões. Não é, todavia, o que se passa. Na prática, cada agência regula a audiência ou a consulta de acordo com a sua própria *criatividade*. Os regulamentos atribuem este ou aquele nome e definem a maneira de elas serem desenvolvidas, bem como a obrigatoriedade (ou não) delas. O que há de comum entre elas (e esse dado não pode ser negado pela criatividade da agência) é o fato de que ambas são mecanismos para a participação popular no processo de elaboração da norma. Aqui é o ponto de maior importância: são as audiências e consultas que permitem a instalação e desenvolvimento do processo popular de participação direta na produção normativa.

Fixado o objetivo geral das consultas e audiências públicas, é possível examinar com mais atenção algumas questões. A primeira cogitação envolve a de se saber se a consulta e as audiências são atos indispensáveis à edição da norma. Excetuando a LGT (que obriga a realização de consulta pela ANATEL) e a previsão contemplada no Projeto de Lei nº 3.337/2004 (projeto de Lei Geral para todas as agências reguladoras), a realização da consulta ou da audiência depende da averiguação da importância da norma a ser emanada pela agência. Ocorre que essa avaliação é feita pela própria agência. Ou seja, é ela que, por si, decide se é o caso de realizar (ou não) a audiência ou a consulta pública.

A competência é discricionária e, como tal, alberga situações-limite (zonas de certeza positiva e negativa), algumas em que é clara a necessidade da audiência (p. ex., alteração do cálculo do preço da tarifa de energia elétrica: nesse caso, é nítida a repercussão geral da norma que será edita) ou em que é evidente a desnecessidade de tal procedimento (p. ex., decisão quanto ao modo de compra de produtos de uso comum na estrutura burocrática da agência). Excetuando as situações-limite, a realização da audiência pode se revelar (ou não) necessária, conforme o caso concreto.

A questão que daí decorre é a de se saber se é válido o ato normativo expedido sem a prévia realização de audiência ou consulta pública. Se a legislação não formular qualquer exigência, o ato será válido. Se não há o dever legal de realizar a audiência ou a consulta, a escolha é discricionária e a não-realização nem sequer precisa ser motivada (a não ser em casos-limite). Se a legislação exigir a consulta e/ou audiência e elas não forem realizadas, surgem duas alternativas. A primeira é a circunstância de a norma ser urgente e necessária a ponto de não poder esperar o prazo da consulta. Essa situação envolveria casos excepcionais, pois a agência deve estar informada e planejar o funcionamento da regulação no setor. Essa é uma de suas razões de existir. Mas caso seja provada a urgência e a necessidade, a norma é válida mesmo sem consulta. Na hipótese de restar demonstrado que a agência simplesmente se omitiu, a norma é inválida. Falta-lhe requisito de validade por ter deixado de obedecer a um requisito de edição da norma que a lei tomou como indispensável.

As circunstâncias acima examinadas são de natureza simples. Ou a lei de criação da agência reguladora nada diz ou, de modo imperativo, exige a realização da audiência/consulta. Porém, e como salientado, as leis de criação das agências normalmente contemplam previsões gerais, mediante uso de cláusulas abertas e conceitos indeterminados (*a audiência/consulta deverá ser realizada quando o tema tiver repercussão sobre o interesse público*). Em tais casos, como a situação seria resolvida? Novamente, afiguram-se duas possibilidades. Ou a norma nitidamente não se encaixa nas premissas gerais enunciadas na legislação e, então, a audiência pública não precisa ser realizada. Nesse caso, deve haver a dispensa fundamentada da audiência e a sua não-realização implicará edição de norma válida. Ou a norma se encaixa nas premissas contempladas na lei geral e a realização da audiência é necessária.

Se a consulta ou a audiência pública for instalada, é dever administrativo da agência analisar toda e cada uma das sugestões. Pouco importa se se revelem muito complexas ou impertinentes e irrelevantes. Em uma analogia ao direito de petição, aquele que formula pedido perante a Administração não tem somente o direito de o apresentar. Esse direito traz consigo o dever de a Administração examinar e dar prosseguimento aos pedidos. De mesma forma, o direito de fazer sugestões não é uma via de mão única que isenta a agência de analisar e responder fundamentadamente cada uma das manifestações.

Note-se que as manifestações da Administração a respeito das sugestões feitas em consulta ou audiência pública geram uma *temporária estabilidade regulatória*. A ela se aplicam a teoria dos motivos determinantes e a preclusão processual. Porém, isso só se dá na hipótese de não haver alteração da realidade dos fatos. Se essa modificação fática ocorrer, haverá necessidade de se alterar a norma regulatória e, por conseqüência, ter-se-á de realizar uma nova consulta ou audiência.

Este rápido passar de olhos sobre algumas das questões menores das audiências e consultas públicas já demonstra a sua complexidade. Imagine-se uma consulta a propósito do sistema de telefonia móvel, que traz consigo a potencial participação de milhares de empresários, usuários e interessados — que trarão uma ampla gama de informações e impugnações. Ou audiências-fiasco, como a que se deu em fevereiro de 1998, promovida pela ANEEL a propósito das falhas da empresa concessionária no Rio de Janeiro, em que a platéia de mais de 500 pessoas, em meio a um intenso debate, ficou às escuras: o blecaute atingiu o recinto, e a audiência provou a que veio.

O tema das audiências e consultas reflete um avanço, mas não um ponto final — é um conceito em constante evolução, que merece ser investigado e observado com atenção pelos operadores.

6 Considerações finais

Nem sempre é tarefa fácil para o pesquisador discorrer no presente sobre as mudanças no mundo circundante. O passado sempre insiste em se fazer atual, tornando mais difícil a compreensão do que efetivamente se passa ao nosso redor. A rapidez nas alterações normativas torna a tarefa ainda mais complexa, sob dois ângulos: tantas são as mudanças, que, por um lado, tudo parece ser o mesmo e, por outro, não se consegue

acompanhá-las *pari passu*. A construção, desconstrução e reconstrução do Direito a ser aplicado é uma tarefa contínua, incessante e, por isso mesmo, árdua. Porém, o transcurso de mais de dez anos da promulgação das emendas constitucionais e leis que alteraram o papel do Estado brasileiro na economia permite ao menos um palpite, que espero certo: está-se diante de um ponto de partida normativo diverso daquele que antes existia. Atualmente nós convivemos com novas categorias de normas, de instituições, de direitos e deveres — conjunto esse que, de antemão, pode-se arriscar o prognóstico de que não durará para sempre. Hoje a norma a ser interpretada e aplicada é outra, compreendida como parte de um sistema que, para ser perene, precisa ser mutável.

Curitiba, janeiro de 2009

Referências

APPELFELD, Aharon. Entrevista. In: ROTH, Philip. *Entre nós: um escritor e seus colegas falam de trabalho*. Trad. Paulo Henriques Britto. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

GONÇALVES, Pedro. Direito administrativo da regulação. In: _____. *Regulação, electricidade e telecomunicações: estudos de direito administrativo da regulação*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

VOGEL, Stephen K. *Freer markets, more rules: regulatory reform in advanced industrial countries*. Ithaca: Londres: Cornell University Press, 1996.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, contratos de serviços públicos e mutabilidade regulatória. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, p. 101-117, jan./mar. 2009.