

Alexandre Nester: MP 727/2016 — O retorno do Estado regulador?

A noção de Estado Regulador^[1]

A noção de *Estado Regulador* está relacionada com o Estado que reduz a prestação direta de atividades de interesse coletivo (inclusive serviços públicos) e, em contrapartida, faz uso dos instrumentos de regulação econômica, em especial por meio de agências reguladoras independentes, para dirimir as diferenças entre os agentes do mercado e para promover a concorrência nos setores onde ela se mostrar adequada e desejável. Trata-se do Estado que atua menos diretamente, mas planeja, regulamenta e fiscaliza a atuação dos agentes privados, para atingir os objetivos de interesse coletivo de matriz constitucional.^[2]

A doutrina é extensa sobre o tema. Particularmente, nos alinhamos aos que defendem a regulação como um instrumento para a promoção dos objetivos de interesse coletivo protegidos pelo Direito — relacionados com as garantias fundamentais, em especial a dignidade da pessoa humana — e buscados pelo Estado.

Nesse sentido caminha Marçal Justen Filho, ao definir a regulação como a “*opção preferencial do Estado pela intervenção indireta, puramente normativa. Revela a concepção de que a solução política mais adequada para obter os fins buscados consiste não no exercício direto e imediato pelo Estado de todas as atividades de interesse público. O Estado regulador reserva para si o desempenho material e direto de algumas atividades essenciais e concentra seus esforços em produzir um conjunto de normas e decisões que influenciem o funcionamento das instituições estatais e não estatais, orientando-as em direção de objetivos eleitos*”.^[3]

O Estado Regulador no Brasil

Durante a década de 1990, foram promovidas diversas mudanças legislativas com o objetivo de implantar um modelo de *Estado Regulador* no Brasil. Ao menos era essa a intenção do governo federal à época.

Observou-se, ao menos no plano normativo, um fenômeno de alteração do paradigma na relação entre Estado e Sociedade. Passou-se a conferir ao Estado um novo papel em relação ao cenário econômico. Em diversos setores da economia foram estabelecidos marcos regulatórios transformadores, que contaram inclusive com a criação de autoridades dotadas de competência regulatória e fiscalizadora, organizadas de forma a garantir autonomia em relação ao Poder Executivo Central: as Agências Reguladoras Independentes.^[4]

Esse fenômeno seguiu a onda que se desenvolveu nas últimas décadas em diversos países de economia capitalista, em especial na União Europeia, que culminou com a idealização do modelo de *Estado Regulador*.^[5]

Posteriormente, houve no Brasil um período de retrocesso do modelo regulador, como resultado da orientação político-ideológica (de viés centralizador) dos governos que vigoraram desde 2002. Observou-se sensível redução na atuação das agências reguladoras, como seu consequente enfraquecimento — apesar de permanecerem expressos no plano normativo a sua competência própria e os mecanismos



garantidores da sua autonomia político-administrativa.^[6] Paralelamente, e guardadas algumas exceções (por exemplo, o setor aeroportuário), houve uma significativa redução de investimentos privados em diversos setores essenciais da economia brasileira, em especial em infraestrutura (por exemplo, os setores de rodovias, ferrovias, portos e energia).^[7]

Agora, após a aprovação do processo de *impeachment* pelo Senado Federal e a assunção do governo interino no início do mês maio de 2016 — o qual, diante da conjuntura política, tende a permanecer até 2018 — o modelo de Estado Regulador parece estar novamente ganhando importância.

Ao menos é isso o que ficou sinalizado com a edição da Medida Provisória 727/2016, para criação do Programa de Parcerias de Investimentos.

O conteúdo da MP 727 — criação do PPI

A MP 727 não contém inovações no que diz respeito aos mecanismos de intervenção estatal ou da participação da iniciativa privada nos setores de infraestrutura. Não teve por objetivo criar nenhuma nova modalidade de contratação pública ou de processo de seleção.

A tônica da MP 727 está na criação de um novo paradigma (ou a retomada de um paradigma anteriormente adotado) para a relação do Estado com a iniciativa privada.

Daí a razão da criação do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), a ser regulamentado por meio de decretos, com o objetivo de ampliar e fortalecer a interação entre o Estado e a iniciativa privada, por meio de *contratos de parceria* para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e outras medidas de desestatização (artigo 1º).

Para tanto, a MP determina que o PPI será integrado por (artigo 1º, § 1º): **(i)** empreendimentos públicos de infraestrutura executados por meio de contratos de parceria celebrados pela administração pública direta e indireta da União; **(ii)** empreendimentos públicos de infraestrutura que, por delegação ou com o fomento da União, sejam executados por meio de contratos de parceria celebrados pela administração pública direta ou indireta dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios; e **(iii)** as demais medidas do Programa Nacional de Desestatização a que se refere a Lei 9.491/97.

Ou seja, além de se valer das figuras contratuais já existentes do ordenamento jurídico em vigor (concessão comum, concessão patrocinada, concessão administrativa, concessões previstas na legislação setorial, permissão de serviço público, arrendamento de bem público, concessão de direito real e “os outros negócios público-privados” — artigo 1º, § 2º), a MP 727 estabelece que as parcerias do Poder Público com a iniciativa privada serão orientadas pela mesma lógica estabelecida pelo “antigo” Programa Nacional de Desestatização de 1997.

Os objetivos do PPI — fortalecimento do papel regulador do Estado

A intenção de fortalecer o papel regulador do Estado, inclusive com a *reativação* da autonomia das Agências Reguladoras Independentes consta expressamente dos *objetivos* fixados pelo artigo 2º da MP 727.

São eles: **(i)** ampliar as oportunidades de investimento e emprego e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em harmonia com as metas de desenvolvimento social e econômico do País; **(ii)**

garantir a expansão com qualidade da infraestrutura pública, com tarifas e preços adequados; **(iii)** promover ampla e justa competição na celebração das parcerias e na prestação dos serviços; **(iv)** assegurar a estabilidade e a segurança jurídica, com a garantia da mínima intervenção nos negócios e investimentos; e **(v)** *fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidades estatais de regulação*.

É interessante constatar a convergência (e a sobreposição) desses objetivos com aqueles que haviam sido estipulados pelo artigo 1º da Lei 9.491/97 para o Programa Nacional de Desestatização.

Os princípios do PPI — sinalização para o mercado

Paralelamente, a MP 727 estabelece determinados *princípios* a serem observados pelo PPI: **(i)** estabilidade das políticas públicas de infraestrutura; **(ii)** legalidade, qualidade, eficiência e transparência da atuação estatal; e **(iii)** máxima segurança jurídica aos agentes públicos, às entidades estatais e aos particulares envolvidos.

Em rigor, nada de novo aqui. Os *princípios* expressos no artigo 3º da MP 727 apenas sinalizam ao mercado que o Direito será respeitado. Os empreendimentos a serem promovidos dentro do PPI devem ser estáveis (devem ser pautados em políticas públicas de longo prazo), devem observar os princípios republicanos que pautam a atuação da Administração Pública (previstos no artigo 37 da Constituição) e devem ser permeados das garantias necessárias a proporcionar segurança jurídica a todos os envolvidos.

Conclusão

O produto obtido com o somatório (ponderado) dos objetivos fixados pelo PPI e pelo PND com os princípios a serem observados pelo PPI, traduz todas as boas intenções sobre a nova orientação que se pretende conferir, de agora em diante, para as políticas públicas no setor de infraestrutura.

É significativo que a MP 727 estabeleça expressamente que “Os empreendimentos do PPI serão tratados como prioridade nacional por todos os agentes públicos de execução ou de controle, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (artigo 5º).

As orientações contidas no artigo 6º da MP 727 para os órgãos, entidades e autoridades da Administração Pública, também são altamente positivas, pois permitem que a regulação seja promovida de forma transparente e eficiente.

Trata-se de mecanismos eficazes para a criação de novas oportunidades para a iniciativa privada (novas parcerias, novas desestatizações, novas delegações) e para estabelecer relações jurídicas mais estáveis como forma de atrair o investimento privado.

Não se nega que sejam necessárias políticas públicas mais estáveis e planejamento de longo prazo. É preciso que as agências reguladoras independentes retomem o seu papel original. É necessário que os projetos de parceria sejam melhor estruturados. E parece que a MP 727 confere soluções bastante interessantes para essas carências.^[8] Porém, acima de tudo, é fundamental que haja uma verdadeira mudança da *racionalidade* com base na qual os programas de parcerias são implementados.

Afora a patologia da corrupção (que vem sendo tratada com doses cavalares de medicação — e oxalá continue assim), talvez a maior dificuldade para a implementação dos grandes empreendimentos de



infraestrutura no Brasil seja (continue sendo) a falta de convergência entre o que o Poder Público pretende que seja feito (para atingir as finalidades de interesse coletivo) e o que a iniciativa privada pretende fazer (com base na sua lógica própria que visa ao lucro). Isso infelizmente se reflete tanto nos projetos impossíveis de serem colocados em prática, quanto nas licitações desertas e no fracasso de empreendimentos que são colocados em prática (que passam por inúmeras revisões, por investigações dos órgãos de controle e terminam em condenações por improbidade administrativa).

É indispensável, portanto, que haja um diálogo franco e transparente entre o Poder Público e a iniciativa privada, a fim de que os grandes projetos de infraestrutura sejam formatados de maneira viável (factível) e sejam implementados de maneira segura e eficiente. É imprescindível que esses projetos sejam precedidos de uma análise racional, de estudos completos e tecnicamente bem formatados, com a participação de todos os agentes que ficarão responsáveis pela sua execução.

Em suma, a resposta para a pergunta do título é positiva. Espera-se (com otimismo) que o Estado Regulador brasileiro possa ter a chance de cumprir o seu papel e consiga gerar efeitos positivos para o desenvolvimento do país. Contudo, isso não se faz apenas com boas intenções e com a edição de normas. É preciso tirar as boas ideias do papel.

[1] O presente texto foi publicado no *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 111, maio de 2016, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>

[2] Ver o nosso: “A Inserção do Regime Concorrencial nos Serviços Públicos”. In: Alexandre Santos de Aragão? Floriano Azevedo Marques Neto. (Org.). *Direito Administrativo: e seus novos paradigmas*. Fórum, 2008.

[3] *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. RT, 2015, p. 533.

[4] Por agência reguladora independente compreende-se a “*autarquia especial, sujeita a regime jurídico que assegura a autonomia em face da Administração direta e que é investida de competência para a regulação setorial*” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. RT, 2015, p. 538).

[5] A maioria dos autores concorda sobre as razões e efeitos dessa evolução. Vale conferir: ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. 3. ed. Comares, 2004; PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. Editora 34, 1998; JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. Dialética, 2002; e FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e Direito Concorrencial: As Telecomunicações*. Livraria Paulista, 2003.

[6] Chamamos a atenção para esse risco ao comentar a edição do Decreto 6.062, de 16 de março de



2007, pela Presidência da República, que instituiu o Programa de Fortalecimento Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG): NESTER, Alexandre Wagner. “Regulação e Planejamento: a criação do PROREG”. In: Egon Bockmann Moreira? Paulo Todescan Lessa Mattos. (Org.). *Direito Concorrencial e Regulação Econômica*. Fórum, 2010, p. 467-479

[7] Sem olvidar para o cenário de crise global, reputa-se que essa retração se deve em especial à falta de habilidade do governo federal para atrair investimentos privados, bem como à ausência de políticas públicas orientadas a esse fim.

[8] Vale conferir a opinião de Carlos Ari Sundfeld a respeito do tema: “Desafios do Governo Temer para Recuperar a Regulação e as Parcerias: as respostas da MP 727” (publicado em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas>; acesso em 24/05/2016).

Date Created

03/06/2016