

AUDIÊNCIA PÚBLICA E REGULAÇÃO

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

Regulação Normativa – Ponderação entre interesses em tensão – a decisão regulatória deve observar o devido processo legal e os princípios democrático, da eficiência, da realidade e da proporcionalidade, que concilie livre iniciativa com o interesse do consumidor. Nos atos regulatórios são indispensáveis a audiência pública e a coleta de opiniões, para uma decisão legítima e tecnicamente motivada, na qual se apresente os argumentos de rejeição de propostas menos onerosas ao atendimento das finalidades da regulação. Viola direito líquido e certo do regulado a imposição de obrigações que não atendam a tais requisitos de validade da atividade regulatória.

Sumário: 1. Introdução; 2. A noção de eficiência; 2.1. A eficiência administrativa; 2.2. A eficiência econômica; 2.3. O dever de conciliação da eficiência administrativa com a eficiência econômica pela ponderação; 2.4. O papel da regulação; 3. Da audiência pública; 4. Da necessidade de motivação técnica; 5. Da razoabilidade; 6. Do princípio da eficiência; 7. Do princípio da realidade; 8. O impacto da regulação na concorrência; 9. Do dano irreparável.

1. Introdução

Agências reguladoras têm editados atos normatizando sem que as empresas reguladas tenham oportunidade prévia de oferecer argumentos em defesa de seus negócios, violando direito líquido e certo à participação e à liberdade de iniciativa nos termos da lei, como se passará a abordar. Não raro, a finalidade da norma pode ser alcançada de maneira menos onerosa. O que se pretende demonstrar é que sem o direito de participação, restarão violados diversos princípios constitucionais, sendo inválida a atividade regulatória.

2. A noção de eficiência

A eficiência pode ser entendida, de maneira simples, como a obtenção dos objetivos almejados por uma ação. Aqui interessa o cotejo entre a eficiência dos

órgãos e entidades da Administração com a eficiência dos agentes econômicos privados.

2.1. A eficiência administrativa

A eficiência administrativa, elevada à categoria de princípio constitucional, como será demonstrado, representa o dever de bem administrar, atendendo o interesse público que justificaria a atribuição de competências da sociedade ao Estado. Voltar-se-á ao tema.

2.2. A eficiência econômica

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO¹ expõe que o princípio da eficiência, no âmbito da Economia, possui estreitos parâmetros entre os produtos e insumos:

“De um lado, o conceito de eficiência foi elaborado fora da Ciência do Direito, a partir da Revolução Industrial, ocasião em que começou a ser definido como a relação entre um produto útil e aquele teoricamente possível com os meios empregados, *daí passando à Economia, onde se aproximou e até certo ponto se confundiu com o conceito de produtividade, ou seja, de uma relação mensurável ou estimável entre produtos e insumos, daí chegando à administração privada e à pública.*” (n/grifo)

Nesta linha, ensinam TROSTER e MORCILHO²:

“O conceito de eficiência em economia associa-se ao emprego da menor quantidade possível de recursos para obter uma determinada quantidade de produto. De qualquer modo, convém diferenciar eficiência técnica de eficiência econômica.

Apesar de o estado da tecnologia ser um dado para o empresário, este procurará atuar racionalmente na hora de escolher a combinação de fatores que lhe permita obter a quantidade de produtos desejada. O conhecimento da tecnologia é o primeiro passo para a escolha, pois a empresa buscará a eficiência técnica e desejará a combinação de fatores que efetivará uma quantidade de produto determinada, exigindo o emprego de maior quantidade dos referidos fatores.

¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 103.

² TROSTER, Roberto Luis e MORCILLO, Francisco Mochón. *Introdução à economia*. São Paulo: Makron Books, 2002, p. 90/91.

Porém, o critério de eficiência técnica não nos permite escolher entre uma ou outra técnica ou tecnologia. Para fazer essa opção, necessitamos da informação relativa aos preços de todos os fatores.” (n/grifo).

Um método de produção é tecnicamente eficiente se a produção obtida é a máxima possível com as quantidades de fatores especificadas, ou seja, é aquele que permite, nos termos da lei, maximizar o lucro e o proveito, dado um conjunto de fatores. Portanto a escolha do método tecnicamente eficiente se dá em função dos preços dos fatores, isto é, dos custos. A impossibilidade da escolha já inviabiliza a eficiência econômica e a liberdade de iniciativa.

Na ciência econômica, a eficiência é tida como a escolha dos recursos escassos entre fins rivais, buscando a maximização da riqueza. Para o fornecedor, a eficiência busca a maximização dos lucros, enquanto que para o consumidor, a eficiência é a maximização dos benefícios – o maior proveito ao menor custo.

2.3. O dever de conciliação da eficiência administrativa com a eficiência econômica pela ponderação

A eficiência da Administração não pode ser alcançada mediante sacrifícios desproporcionais da eficiência econômica, quer dos fornecedores, quer dos consumidores de bens e serviços. Do contrário, nenhum interesse geral será atendido, ante o descontentamento de todos.

Como o mercado não se regula por si próprio, impõe-se a atuação estatal na correção das falhas, entre as quais as “falhas de informação”, em que a intervenção estatal justifica-se em razão do mercado por si só não fornecer dados suficientes para que os consumidores tomem suas decisões racionalmente.

Vê-se que o dever de informar é acessório da produção e da comercialização e caminha ao lado do exercício do direito de publicidade. Numa lógica do razoável, o acessório não pode inviabilizar o principal.

2.4. O papel da regulação

A regulação será o instrumento de intervenção no mercado e na liberdade privada com vistas à correção das falhas pela ponderação entre os interesses; se estes não se manifestam, não há regulação – e viola-se o “princípio da legitimidade” – ou a pretensa regulação não será eficiente – e viola-se o “princípio da eficiência, por não ter alcançado o “ponto ótimo”, de equilíbrio entre custos e benefícios da regulação (o que a afasta da “discrecionabilidade”).

Apesar das diferentes definições de regulação, observam-se premissas básicas, como o estabelecimento de regras de condutas, o controle das atividades privadas pelo Estado e, o que mais importa, a finalidade pública.

Outra função da regulação na busca de mecanismos capazes de superar as falhas do mercado é a composição de conflitos existentes, almejando o equilíbrio

mercadológico. Mais uma vez, aqui, verifica-se a necessidade da participação dos interessados para que ocorra a ponderação de interesses.

A audiência pública e a coleta pública de opiniões representam o cenário adequado para a identificação e valoração desses interesses em conflito.

O direito de participação é, assim, instrumento de atendimento dos princípios republicano, democrático, do devido processo legal, da eficiência, da legitimidade e da publicidade.

Do princípio republicano, porque, na *res publica*, quem administra bem alheio tem o dever de dar contas de suas ações, num processo que assegure a visibilidade das ações e decisões governamentais, em homenagem ao princípio da publicidade. Trata-se de viabilizar o “controle social” da Administração Pública.

Partindo-se da premissa que o Administrador deva se subordinar aos princípios basilares da Administração Pública para a legitimidade de sua atuação, e que seus poderes e deveres estão expressos em lei, este não poderá ser arbitrário nem tampouco eximir-se de se condicionar ao comando legal, sendo imprescindível que os seus atos atendam à lei e à realidade para serem eficazes. Isso se reforça nas decisões regulatórias, sendo obrigatória a prestação de contas por parte das Agências, não apenas em relação aos dinheiros públicos, mas, também, dos atos e decisões emanados do Poder Público. Nesse sentido, a lição de HELY LOPES MEIRELLES³:

“Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para a administração pública significa ‘deve fazer assim’.

(...)

*Se o administrar corresponde ao desempenho de um mandato de zelo e conservação de bens e interesses de outrem, manifesto é que quem exerce, deverá prestar contas ao proprietário. No caso do Administrador Público, esse dever ainda mais se alteia, porque a gestão se refere aos bens e interesses da coletividade e assume caráter de um *múnus público*, isto é, de um encargo para com a comunidade. Daí o dever indeclinável de todo administrador público- agente político ou simples funcionário – de prestar contas de sua gestão administrativa.”*

3 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 82 e 94.

Do *princípio democrático*, porque a formação da vontade do Estado⁴ decorre da vontade da sociedade, livremente manifestada, não podendo ser desconsiderada ou inviabilizada tal manifestação. Como dito, a complexidade de vida em sociedade exige que a lei seja implementada por comandos *técnicos*, emanados de agentes *especializados*, capazes de valorar o peso dos interesses em tensão (que, para tanto – frise-se – devem ter a oportunidade de ser apresentados). Só assim a Administração atenderá o *princípio da legitimidade* (CF, art. 70). Ressalte-se ser tal participação relevante instrumento de viabilização da Constituição e do ordenamento jurídico como sistemas abertos, que permitem seu constante aperfeiçoamento e atualização em consonância com os valores reconhecidos e aplicados pela sociedade.

Do *princípio do devido processo legal*, porque a decisão regulatória, ainda que de caráter normativo, implica em escolhas que restringem direitos, devendo ser assegurada a sua ampla defesa no procedimento de ponderação.

Como leciona CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO⁵:

“A cláusula do devido processo legal erigê-se em escudo contra as normas jurídicas e as decisões administrativas irrazoáveis ou irracionais. Afasta-se, assim, o totalitarismo na tomada de decisões capazes de interferir com a esfera de liberdade ou com os bens individuais dotados de utilidade social. Por exigência insuprimível de limitação de mérito ou de conteúdo nas decisões de caráter normativo, a nenhuma autoridade constituída, nem mesmo ao legislador legitimamente investido da representação política, é dado deliberar de forma arbitrária e incondicionada.”

Do *princípio da eficiência*, porque o dever de bem administrar, no exercício da função regulatória, jamais será atendido, eis que tal função, como dito e repetido, impõe a ponderação entre interesses que devem, antes, ser conhecidos para serem pesados.

A tradução do conceito de eficiência, como dito, variará conforme o tipo de atividade administrativa exercida - polícia, serviços públicos, ordenamento econômico e ordenamento social.

4 Sobre os princípios básicos de o Estado Democrático de Direito, a Eg. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal observa: “(...) dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito: o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre pressupõem a consideração de normas estritamente legais. Precedentes: Recursos Extraordinários n^{os} 158.215-4/RS e 154.159-8/PR, (...). (n/grifo)” Em Acórdão do Recurso Extraordinário n^o 223.230 – SP. RELATOR: Sr. Ministro MARCO AURÉLIO. Revista Trimestral de Jurisprudência. Vol. 172 STF – Brasília, COJU, Imprensa Nacional: maio de 2000, p. 642.

5 Ob.cit. p. 157/158.

3. Da Audiência Pública

Doutrinariamente costuma-se observar que as audiências públicas servem para assegurar o cumprimento do *princípio democrático* que informa o Direito contemporâneo. Utiliza-se desse instrumento para que os administrados tomem conhecimento prévio do conteúdo e opinem na formulação de uma norma que afetará suas rotinas e direitos.

Para a Administração, a audiência pública tem a função de ser um evento no qual poderá ser feita a aferição das repercussões sobre a sociedade, e sobre os diversos setores regulados. É a oportunidade destas pessoas fazerem suas sugestões e críticas, possibilitando, com isso, que a Administração, ao ampliar seu conceito sobre a realidade, tome a melhor decisão acerca da intervenção no setor regulado. Assim, deve ser realizada de forma a permitir participação efetiva, até porque representa uma forma de controle, como ensina PEDRO HENRIQUE POLI DE FIGUEIREDO⁶:

“Os participantes de reuniões públicas e os que procuram o “ombudsman”, atuam como “olheiros” ou fiscais do órgão regulador, trazendo, através de um testemunho vivo, informações valiosíssimas ao responsável pelo controle da atividade”.

Já DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO⁷, quando trata dos dois planos da legitimação, expõe:

“b) o plano da legitimação administrativa, que se atinge pela *participação democrática* e pela eficiência técnica no equacionamento administrativo e na aplicação da solução reguladora específica ao setor
(...)

Existe, portanto, um plano legitimatório que não é o político, mas social, que se instrumentaliza pela processualidade administrativa, na linha clássica do *due process* anglo-saxônico, ao garantir a participação de todos os interessados através da publicidade, pela intervenção, pelo contraditório e pela ampla defesa”.

Partindo-se da necessidade de levar à sociedade a matéria objeto de regulação, o que se busca é a valoração dos diversos interesses atingidos, sendo a participação

6 FIGUEIREDO, Pedro Henrique. *A regulação do serviço público concedido*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 53.

7 MOREIRA NETO, *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 155 e 156.

pressuposto de legitimidade do ato emanado dos agentes reguladores, como vislumbra VASCO MANUEL PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA⁸:

“A Participação é não apenas consubstanciada no instituto do contraditório, mas destinada à ‘ponderação de interesses’, sendo o seu escopo principal a composição material dos interesses.”

Comenta, nesse raciocínio, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO⁹:

“A participação administrativa é uma realidade em plena afirmação e deve ser melhor conhecida, até mesmo para que sua adoção não seja desencaminhada ou prejudicada, mormente por aqueles que pensam favorecer o interesse geral e incentivar o instituto ao propor sua aplicação indiscriminada.

(...)

Nessas condições, não se deve estranhar que, cada vez mais, a sociedade civil, por seus membros ou por suas entidades organizadas, até especialmente para defender esses interesses públicos, mas não mais necessariamente estatais, se proponha a colaborar no processo decisório administrativo.”

No caso específico de agência reguladora, vale ressaltar mais uma vez a lição proferida por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO¹⁰:

“Além da especialização, flexibilidade, independência e celeridade, estas entidades se caracterizam, sobretudo, pela proximidade e abertura social de sua ação em relação aos administrados interessados, e a possibilidade de promover negociações em procedimentos participativos e, não menos importante, de atuar, em certos casos, com poderes ‘parajurisdicionais’ para evitar intermináveis conflitos entre administrado e Estado. Em teoria, o princípio da participação tem plena aplicação em vários aspectos em que o instituto pode ser analisado, mas a sua importância sobressai principalmente pela criação de uma conexão administrativa imediata e despolitizada, às vezes bastante interativa, entre a agência e o administrado interessado.”

8 SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Ato Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996.

9 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 217-218.

10 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Conferência realizada na Universidad Complutense de Madrid. Ob cit, apud, p.437.

Nas leis que instituíram as agências reguladoras é ressaltada a relevância na realização de audiência ou consulta pública, mecanismos basuares na legitimação das decisões emanadas dos agentes reguladores, sendo, pois, imperioso o atendimento do princípio da participação democrática para caracterização da função regulatória.

É certo que a audiência pública não possui caráter decisório. É uma atividade de natureza consultiva. Entretanto, não é menos exato que se trata de um ato oficial e que, nesta condição, deve ter os seus resultados levados em consideração, como observam OLANO e BLANCO¹¹:

“Queda claro que no se trata de um mero acto procedimental o procesal sino de la posibilidad de una participación útil y efectiva de prestadores, usuarios y terceros em todo lo atinente al servicio público involucrado. *De hecho viene a constituirse en el principal acto preparatório de la voluntad estatal*, um acto de consulta que implica objetivos de racionalidad e imparcialidad”. (n/grifo)

Do princípio democrático decorre o princípio da participação que, invocando a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA¹², envolve a presença direta e pessoal da cidadania nos atos da Administração, citando o exemplo da participação popular direta e semidireta na elaboração legislativa.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO¹³ esclarece que a participação administrativa apresenta três institutos afins: a *coleta de opinião*, o *debate público* e a *audiência pública*, como se pode observar:

“A *coleta de opinião* é um processo de participação administrativa aberto a grupos sociais determinados, identificados por certos interesses coletivos ou difusos, visando à legitimidade da ação administrativa pertinente a esses interesses, formalmente disciplinado, pelo qual o administrado exerce o direito de manifestar sua opção, orientadora ou vinculativa, com vistas à melhor decisão do Poder Público. O *debate público*, por sua vez, é um processo de participação administrativa, aberto a indivíduos e grupos sociais determinados, visando à legitimidade da ação administrativa, formalmente disciplinado, pelo qual o administrado tem o direito de confrontar seus pontos de vista, tendên-

11 Apud FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. *A regulação do serviço público concedido*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 54.

12 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 141.

13 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Audiências Públicas*. Tese apresentada ao XXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado. Item 4 do Temário: O Estado e a Integração Comunitária, p. 15-16. Confira-se, sobre o tema, sua obra *Direito da participação política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 128 e 129.

cias, opiniões, razões e opções com os de outros administrados e com os do próprio Poder Público, com o objetivo de contribuir para a melhor decisão administrativa. A *audiência pública*, já conceituada, acresce às características dos dois institutos anteriores um *maior rigor formal* de seu procedimento, tendo em vista a produção de uma *específica eficácia vinculatória*, seja ela absoluta, obrigando a Administração a atuar de acordo com o resultado do processo, seja relativa, obrigando a Administração a motivar suficientemente uma decisão que contrarie aquele resultado.”

É por meio dessa participação que se legitima a regulação (exercida por agentes não eleitos), bem como o controle de eficiência (pela manifestação dos destinatários da regulação).

CABRAL DE MONCADA¹⁴, ao tratar do direito de participação, tece considerações sobre o *princípio do hard look*¹⁵, como sendo a obrigação de decidir de acordo com o *input* fornecido, constante do *Record*, diminuindo a autonomia da Administração.

14 MONCADA, Luís S. Cabral de. *Estudos de direito público*. Coimbra: Editora Coimbra, 2001, p. 127-134.

15 Idem. Acerca do princípio do “hard look” Moncada disserta: Este princípio, de criação jurisprudencial, aplica-se ao procedimento regulamentar informal e o seu alcance prático tem sido o de potenciar a sua transformação num procedimento formal ou quase-formal, pois que o controlo judicial só é viável se os dados, cuja relevância na decisão normativa final se pretende assegurar, constarem do “dossier” administrativo, “on the record” portanto. Seu pressuposto é o prévio dever administrativo de elaboração de um “record” tendencialmente exaustivo e completo, para além dos casos em que a lei expressamente o prevê, assim se convertendo o procedimento informal ou seja, o “notice-and-comment rulemaking” num procedimento formal “on the record”, possibilitando este um amplo controlo judicial. A aplicação do princípio do “hard look” alterou substancialmente os termos reais do procedimento informal e demonstra o empenho dos juizes no reforço dos mecanismos da democracia directa, em prol da melhoria da qualidade das normas, do acréscimo da sua legitimação e da criação das condições óptimas para a respectiva aplicabilidade e aceitação, de algum modo reconciliando a burocracia com os cidadãos. O princípio em causa tem-se revelado um poderoso meio de limitação da liberdade discricionária e interpretativa de que a lei dota as “agencies”. A obrigação de decidir de acordo com o “input” fornecido, o constante “record”, diminui a legitimidade dos pontos de vista autónomos da Administração. A noção de interesse público aproxima-se assim de um somatório de interesses privados, que a Administração deve harmonizar, em vez de ser vista como um critério unilateral da Administração. Foi o desejo dos Tribunais de controlar as normas administrativas que levou a este resultado, tão de acordo aliás com as tradições jurídicas estadunidenses. A conformidade com o direito, ou seja, a rule of law resulta aqui da obrigatoriedade do peso dos interesses privados, devidamente registrados e organizados, na decisão administrativa final, reduzindo ao mínimo a sua autonomia. Poderá pois dizer-se que a participação do público, tendo claras implicações processuais, tem-nas também substanciais, pois que o resultado material respectivo (o record) ao ser obrigatoriamente levado em conta, limita a margem de liberdade administrativa. Assim se sedimenta a rule of law. O hard look distingue claramente o procedimento das modalidades de participação dos interessados na elaboração da decisão administrativa final e até de concertação, tão vulgares no direito europeu. De facto, o atendimento devido aos resultados do procedimento na decisão final, que é como quem diz, a consideração obrigatória dos interesses privados, coloca o procedimento num lugar à parte perante os referidos institutos, que apenas funcionam como meio de canalizar informação para a decisão administrativa, mas sempre sem carácter vinculativo, no caso da participação, sem modificar, portanto, o carácter unilateral da decisão final, a cargo da Administração.

Afinal, de nada adiantaria o mero ato formal de audiência pública e coleta de opinião se as contribuições oferecidas não fossem consideradas.

Assim, conforme já se teve a oportunidade de sustentar¹⁶, a noção de interesse público aproxima-se de um somatório de interesses privados, que a Administração deve harmonizar, em vez de ser vista como um critério unilateral da Administração.

Registrou-se, ainda¹⁷, que as cortes americanas passaram a controlar a razoabilidade das decisões regulatórias exigindo demonstração não só do critério adotado como a escolha entre diversas opções (o que envolveria a oitiva de muitos grupos, num processo de controle social). Isto decorreu de um processo de desconfiança da capacidade de se produzir regulações bem balanceadas, assegurando a justa representatividade.

Dá PEDRO HENRIQUE POLI DE FIGUEIREDO¹⁸ afirmar que:

“Por todas estas características, é recomendável que o ente regulador promova sistematicamente audiência pública com divulgação prévia de pauta, bem como um órgão de ouvidoria...”(n/grifo)

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO discorre acerca da realização de audiência pública da seguinte forma¹⁹:

“Entendemos que mesmo nos casos em que a realização de audiências ou consultas públicas não tiver sido cogentemente estabelecida, sendo, portanto, discricionárias, se algum agente econômico ou entidade interessada requerer a sua realização, a recusa da Administração deverá ser satisfatoriamente motivada face aos princípios e valores constitucionais que privilegiam a participação dos interessados nas decisões administrativas (art. 1º, caput e inciso I; art. 5º, XXXIII e XXXIV; 37, caput e § 3º; e 175, III, Constituição Federal).”(n/grifo)

E, acentua a necessidade de realização de audiência pública:

“Note-se que estas exigências procedimentais, longe de serem meras formalidades, constituem requisito de validade dos atos e normas a serem editadas. Ainda que o poder regulamentar contenha inevitavelmente aspectos discricionários, com um

16 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 55 e 56.

17 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório* cit. pp. 364 e 365.

18 FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli. *A regulação do serviço público concedido*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 54.

19 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.440.

núcleo de oportunidade em que são passíveis várias soluções igualmente justas, não cabendo substituição da decisão administrativa pela judicial, a participação cidadã é essencial nesta 'zona de pura oportunidade', de modo que a omissão na realização deste trâmite deve ser considerada como causa invalidadora do ato normativo expedido."(n/grifo)

Data maxima venia, a questão não é nem de "poder regulamentar", nem tão simplória, a ponto de se tratar a audiência ou a convocação pública como "recomendáveis", "discricionárias", ou de "rejeição motivada".

Não se cuida, aqui, de um poético "direito de participação", nem está em jogo, "apenas", o "princípio democrático" (não fosse ele, como Fundamento da República, CF art.1º, já suficiente).

O caso é que regulação, insista-se, é um processo de "ponderação de interesses"; se estes não se manifestam, não há regulação²⁰.

Ora, é certo que na atividade regulatória, é imperioso que o regulador dê ao administrado - no caso, o fumante - uma proteção jurídica especial, uma vez ser a parte hipossuficiente. Porém, sempre com razoabilidade, sem impedir o consumo ou inviabilizá-lo economicamente.

4. Da Necessidade de Motivação Técnica

PAULO CÉSAR MELO DA CUNHA²¹ traz os ensinamentos de ROBERT J BUCHANAN e JAMES D. MINOR²², que "*destacam que a complexidade da legislação de saúde e assistência médica impedem que o Congresso forneça adequado provisionamento para todos os assuntos, daí resultando que as agências administrativas sob o Departamento de Saúde e Serviços Humanos podem promulgar regulações a respeito do tema*", para concluir que "*no Brasil, não seria diferente. A atividade regulatória se desenvolve por meio de agências fundamentalmente pela necessidade de especialização dessa técnica de intervenção estatal, embora aqui, como na*

20 Cabe ressaltar que o plano diretor da reforma do Estado, editado pela Câmara da Reforma do Estado, alinha como princípio básico a participação de todas as partes interessadas no processo de elaboração de normas regulamentares em audiências públicas (Brasília, 1995, Presidência da República, p. 22 da versão 9.8.95).

21 CUNHA, Paulo César Melo. *A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. No prelo. Texto extraído do original da dissertação de Mestrado em Direito, aprovada, com distinção, na Universidade Candido Mendes, em 13 de março de 2003, da qual fui orientador, tendo como examinadores os Professores Doutores Odete Medauar, da USP e Paulo Roberto Soares Mendonça, da UNIRIO.

22 BUCHANAN, Robert. J. e MINOR, James D. *Legal aspects of health care reimbursement*. Washington D.C.: BeardBooks, 2001, p. 6.

*Argentina*²³, o fenômeno da agenciificação tenha se desenvolvido muito em função dos processos de desestatização".

Inevitavelmente, a tecnicidade do tema em pauta justifica o reconhecimento do poder normativo do Congresso para a Agência, tendo-se por base a teoria da especialização, a fim de ser legitimado pela audiência pública – teoria da legitimação pela participação.

Neste sentido, deve-se observar o ensinamento de CARLOS ARI SUNDFELD²⁴:

"Nos novos tempos, o Poder Legislativo faz o que sempre fez: edita leis. (...) Só que, *segundo os novos padrões da sociedade*, agora essas normas não bastam, *sendo preciso normas mais diretas para tratar das especificidades*, realizar o planejamento dos setores, viabilizar a intervenção do Estado em garantia do cumprimento daqueles valores (...) *É isso o que justificou a atribuição de poder normativo das agências.*"

E, ainda²⁵:

"(...) quer-se que eles sejam *juogados por quem entenda do assunto*. Não alguém que entenda de Direito apenas (isto é, das técnicas de produção e hermenêutica normativa), mas *que entenda do problema específico: quem saiba das dificuldades para compor harmonicamente o conflito, consiga dar a solução mais harmoniosa por equidade*, baseando-se em critérios técnicos, etc.).

Conforme já se teve a oportunidade de discorrer²⁶, com base nos ensinamentos de RUY SANTACRUZ:

"(...) que três teorias, então, buscaram fundamentar essa função, a saber, a teoria da transmissão democrática (*'transmission belt model'*), teoria dos burocratas técnicos (*'expertise model'*), teoria do procedimento (*'procedural model'*). A primeira aceita tal delegação às agências pelo fato de ser o legislador, legitimado constitucionalmente, que cria o ente e lhe transfere balizas de atuação. *A segunda teoria justifica a transferência por estarem estas agências formadas por técnicos especializados em matérias*

23 Sobre o tema ver CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002, Tomo I. p. 369 e ss.

24 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 27.

25 Idem p. 30.

26 SOUTO, Marcos Jurueña Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 233-235.

as quais o Congresso não teria condições de regular. Já a teoria do procedimento legitima a atuação das agências por garantir aos interessados a participação no seu processo de tomada de decisões. Esta parece ser a que mais se ajusta à teoria da Democracia (...) (...) a ausência de manifestações e da viabilização do direito de participação podem levar ao desfazimento da norma pelo exercício do controle jurisdicional.”(n/grifo)

Esta é a vertente também presente na doutrina de PAULO OTERO²⁷:

“(…) a participação decorre da necessidade da Administração prestadora se adequar às necessidades dos administrados.

Deste modo, a participação dos interessados deve efectuar-se dentro do modelo organizativo hierárquico, o qual através de tal permeabilidade aos elementos (informações, propostas, protestos ...) provenientes do meio social e expressivos das suas necessidades, reforça o seu fundamento democrático e a eficiência da Administração prestadora.” (n/grifo)

A violação ao direito de audiência pública já resultaria na rejeição das normas regulatórias aqui tratadas, com o argumento de ineficiência e ilegitimidade, calcada no fato de não terem sido ouvidas pessoas do segmento regulado. Ademais, faltaria *motivação técnica*²⁸, não havendo explicitação dos pesos atribuídos aos argumentos e direitos em tensão, nem demonstração da adequação entre causa, meio e fim e, muito menos, de vir a ser adotada a menos onerosa, o que leva ao exame do princípio da razoabilidade.

5. Da Razoabilidade.

A razoabilidade²⁹ significa, em linhas bastante gerais, agir de acordo com o senso comum (não confundir com “bom senso”, que é juízo subjetivo) em uma determinada sociedade. Conforme delineado por LUÍS ROBERTO BARROSO³⁰:

27 OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 373.

28 O dever de motivação técnica resulta de ponderação entre custos e benefícios, já que os atos regulatórios sempre representam algum tipo de restrição de liberdade, conforme padrões fundamentados na moldura regulatória e orientados por critérios neutros e despolitizados. Esta motivação deve sempre preencher os requisitos de validade de um ato administrativo, em especial a competência, a motivação e a finalidade.

29 “(...)O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se o que ocorre no dia-a-dia e não o extravagante.(...)” (STF, RE 199066 ED / PR – Paraná, Emb.Decl.no Recurso Extraordinário, Relator(a): Min. MARCO AURELIO, Publicação: DJ DATA-01-08-97 PP-33483 EMENT VOL-01876-07 PP-01584, Julgamento: 14/04/1997 - Segunda Turma).

30 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 204-205.

“O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça (...)

(...) É razoável o que seja conforme a razão supondo equilíbrio, moderação e harmonia, o que não seja arbitrário ou caprichoso, o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar”. (n/grifo)

Confira-se, também, a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO³¹:

“A razoabilidade – que, aliás, postula a proporcionalidade – a lealdade e boa-fé, tanto como o respeito ao princípio da isonomia, são princípios gerais do Direito que também concorrem para conter a discricionariedade dentro de seus reais limites, sujeitando os atos administrativos a parâmetros de obediência “inadversável”.

(...)Também não se poderiam admitir medidas desproporcionadas em relação às circunstâncias que suscitaram o ato e, portanto, “assintônicas” com o fim legal – não apenas porque conduta desproporcional é, em si mesmo, comportamento desarrazoado, mas também porque representaria um extravasamento da competência.” (n/grifo)

Neste âmbito, vale transcrever parte do acórdão resultante das ADIn_s n^{os} 1.922 e 1.976 - DF³²:

“(…) Coloca-se em evidência, neste ponto, o tema concernente ao princípio da proporcionalidade, que se qualifica – enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, pp. 56/57, itens ns. 18/19, 4. ed., 1993, Malheiros; Lúcia Vale Figueiredo, Curso de Direito Administrativo, p. 46, item n. 3.3, 2. ed., 1995, Malheiros) – como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público.

Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado – inclusive sobre

31 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 96-97.

32 Ministro Relator: ALVES, Moreira. *Revista Trimestral de Jurisprudência*. Vol. 176 STF – Brasília, COJU, Imprensa Nacional: Abril de 2001, p.153.

a atividade estatal de produção normativa – adverte que o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraindo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do *due process of law* (Raquel Denize Stumm, Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro, pp. 159/170, 1995, Livraria do Advogado Editora; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Direitos Humanos Fundamentais, pp. 111/112, item n. 14, 1995, Saraiva; Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, pp. 352/355, item n. 11, 4. ed., 1993, Malheiros.)

Como precedentemente enfatizado, o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes (...). (n/grifo)

Assim, o sentido de proporcionalidade é o de eleição de meios adequados e necessários para a consecução do interesse público no âmbito da atividade regulada. É sinônimo, portanto, do mandamento geral da proibição de excesso por parte do regulador.

Nesse sentido, a boa doutrina alienígena também se respalda, segundo DAVID DUARTE³³:

“(…)uma relação de meio e fim. É neste contexto de localização – descrito como o ensemble situation, décision, finalité – que enquadra os elementos de operação do juízo de proporcionalidade, e o cerne do princípio, em sentido amplo, está na limitação da decisão à medida justa entre a situação e a finalidade a prosseguir. Em relação com a situação, o objetivo a atingir isola como desproporcionais todas as alternativas decisórias que se manifestem excessivas.

(…)

O princípio da proporcionalidade contém, por fim, uma vertente relativa à imposição de equilíbrio (Angemessenheit) ou proporcionalidade em sentido estrito (Proportionalität). O princípio do equilíbrio materializa a proibição de excesso na relação entre os interesses presentes, limitando as decisões a uma ponderação justa e impondo a proscrição de intervenções ‘desproporcionais’. Este princípio revela, portanto, a justa

33 DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório*. Coimbra: Almedina, 1996, pp. 320 e 323.

medida entre os interesses presentes na ponderação e determina que, na relação desses interesses entre si, deve a composição ser proporcional à luz do interesse público em causa.”(n/grifo)

Vale considerar que toda atividade administrativa deve ser realizada nos limites das Leis nº 9.872, de 26 de janeiro de 1999, e nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Assim, a agência só poderá determinar ao setor regulado aquilo que a lei lhe autorizar desde que diretamente relacionado, útil e necessário à regulação³⁴.

6. Do Princípio da Eficiência.

Percorridos os conceitos indispensáveis, volta-se ao princípio da eficiência, que orienta toda a Administração Pública³⁵, aí incluídas as Agências Reguladoras. A participação do Estado na economia transcende aquela já consagrada, pois se configura também no ato de regular o próprio mercado privado (seu meio e atuação), ao qual, também, se impõe o dever eficiência.

Como exposto por RENATO LOPES BECHO³⁶, no que tange à amplitude de aplicabilidade do princípio da eficiência no patamar da Reforma Administrativa:

“Podemos visualizar certos pontos de aplicação da nova disposição constitucional: a) para os servidores públicos, pela instituição da perda do cargo por baixo desempenho (art.41, §3º, III), que exige avaliação periódica de desempenho (eficiência); b) idêntico fim para administradores de empresas públicas e sociedades de economia mista (art.173, § 1º, V); c) para ampliação da autonomia da administrativa (art. 37, § 8º); de órgãos da administração direta e indireta; d) para empresas fiscalizadas por agências reguladoras (art. 173, § 1º, I).” (n/grifo)

34 “(…)não basta a expedição de um ato legislativo formalmente perfeito para preencher o requisito do *due process of law*, necessariamente haverá de preencher concomitantemente o requisito da legalidade material, sob pena de ser editada norma inconstitucional”. (Origem: Tribunal - Quarta Região Classe: AMS - Apelação em Mandado de Segurança – 77990 Processo: 200171000061599 UF: RS Órgão Julgador: Terceira Turma, Data da decisão: 09/04/2002 Documento: TRF400084449, DJU Data:03/07/2002 Página: 379 DJU Data:03/07/2002, Relator: JUIZA MARGA INGE BARTH TESSLER)

35 Neste mesmo sentido observa-se o entendimento do Eg. Supremo Tribunal Federal: “1. O exercício da atividade administrativa está submetido ao princípio da eficiência, nos termos do art. 37, caput, CF/88”(…) (STJ, Acórdão: MS 7765 / DF ; Mandado de Segurança. 2001/0088160-9, Fonte: DJ Data:14/10/2002 PG:00183, Relator Min. PAULO MEDINA)

36 BECHO, Renato Lopes. Princípio da Eficiência da Administração Pública. *Boletim de Direito Municipal*. São Paulo: NDJ nº 021/2000, p. 79 e 80.

Quanto ao conteúdo semântico de tal princípio, MARÇAL JUSTEN FILHO³⁷ leciona:

“Em suma, a eficiência consiste no desempenho concreto das atividades necessárias à prestação das utilidades materiais, de molde a satisfazer necessidades dos usuários, com imposição do menor encargo possível, inclusive do ponto de vista econômico. Eficiência é a aptidão da atividade a satisfazer necessidades, do modo menos oneroso.” (n/grifo)

Neste diapasão, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO³⁸ discorre:

“Tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito Italiano: o princípio da ‘boa administração.’” (n/grifo)

Para JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO a eficiência³⁹:

“Significa que a Administração deve recorrer à moderna tecnologia e aos métodos hoje adotados para obter a qualidade total da execução das atividades a seu cargo, (...)” (n/grifo)

Cite-se, também, DIOGENES GASPARINI⁴⁰:

“Por fim, tais competências devem ser praticadas com rendimento, isto é, com resultados positivos para o serviço público e satisfatórios para o interesse da coletividade. (...) Procura-se maximizar os resultados em toda e qualquer intervenção da alçada da Administração Pública. Qualquer ação ou decisão deve ter essa preocupação, evitando-se as que não têm ou que não atendam a esse princípio. É, pois, a relação custo-benefício que deve presidir todas as ações públicas.” (n/grifo)

37 FILHO, Marçal Justen. *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 124.

38 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: 2002, Malheiros, p. 104.

39 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 19.

40 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 20.

Sobre a eficiência das Agências Reguladoras, MARÇAL JUSTEN FILHO⁴¹, salienta:

“(...) afirma-se que a eficiência gerencial nunca poderá gerar legitimação política nem substituir o princípio fundamental da soberania popular. Não se nega, com isso, a utilidade de modelos organizacionais que compreendam instituições tais como as agências.

O que é indispensável é reconhecer que as agências devem se inserir num ambiente democrático e sujeitar-se a instrumentos de controle similares aos previstos para todos os centros de poder (político ou não)” (n/grifo)

Deve-se ainda, atentar para a previsão constante do Decreto nº 3.296, de 16 de dezembro de 1999, que dispõe sobre a comunicação social do Poder Executivo Federal, em especial o discorrido em seu art. 3º:

“Art. 3º a execução das ações de comunicação social, deverão ser contempladas:

- I - a sobriedade e a transparência dos procedimentos;
- II - a eficiência e a racionalidade na aplicação dos recursos;
- III - a adequação das mensagens ao universo cultural dos segmentos de público com os quais se pretenda comunicar;
- IV - a regionalização da comunicação social;
- V - a avaliação sistemática dos resultados.” (n/grifo)

Eficiência, para fins jurídicos, não é apenas o razoável ou correto aproveitamento dos recursos e meios disponíveis em função dos fins prezados, como é corrente entre os economistas e os administradores. A eficiência, para os administradores, é um simples problema de otimização de meios; para o jurista, diz respeito tanto à otimização dos meios quanto à qualidade do agir final. Recorde-se que o administrador público está obrigado a agir tendo como parâmetro o melhor resultado, consultando-se o princípio da proporcionalidade.⁴²

Deste modo, a imposição de atuação eficiente, do ponto de vista jurídico, exprime duas dimensões da atividade administrativa indissociáveis, ou seja: a) dimensão da racionalidade e otimização no uso dos meios; b) a dimensão da satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa pública. Ambas as idéias devem ser conjugadas.

Eis assim, como a irrazoabilidade acarreta a ineficiência. Dupla inconstitucionalidade.

41 JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 380.

42 Sobre o princípio da proporcionalidade na aplicação da eficiência, ver JUAREZ FREITAS. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 85-86.

Há de se ter, assim, uma ponderação entre os princípios e/ou interesses correlacionados.

7. Do Princípio da Realidade

Em harmonia com todo o exposto quanto ao princípio da eficiência, tem-se que este deve estar em consonância direta como o princípio da realidade⁴³, que informa não apenas a motivação de determinada norma, mas, também, a sua aplicação em meio à sociedade, como pode-se observar da lição de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO⁴⁴:

“O Direito é a disciplina de comportamentos interpessoais que se apresentam como *atos reais da convivência social, coerente com o que efetivamente ocorreu, ocorra ou possa ocorrer.*

Na manifestação de vontade, o sujeito deve ser real, *como reais deverão ser o motivo de agir e o objeto da ação.*

Um falso fundamento motivador não pode validar a manifestação de vontade jurígena, salvo se a própria lei admitir a ficção. Do mesmo modo, um objeto de realização materialmente impossível invalida a manifestação de vontade.

Tanto as normas jurídicas quanto os seus desdobramentos administrativos e judiciais não devem enveredar pela fantasia nem, tampouco, podem exigir o irrealizável, como bem se exprime no brocardo ad impossibilia nemo tenetur.

O Direito Público, em especial, não se pode perder em formulações quiméricas e pretensões impossíveis, porque estaria fugindo, ademais, à sua finalidade, pois, sob o princípio da realidade, os comandos da Administração, sejam abstratos ou concretos, devem ter condições objetivas de serem efetivamente cumpridos em favor da sociedade à que se destinam.

O sistema legal-administrativo, enfim, não pode ser um repositório de determinações utópicas, irrealizáveis e inatingíveis, mas um instrumento sério de cumprimento da ordem jurídica, na disciplina possível da realidade da convivência humana.

43 A própria Eg. Suprema Corte Pátria já apreciou a importância de se observar as limitações materiais no arcabouço do procedimento normativo: “(...) *A validade das manifestações do Estado, analisadas estas em função de seu conteúdo intrínseco – especialmente naquelas hipóteses de imposições restritivas incidentes sobre determinados valores básicos – passa a depender, essencialmente, da observância de determinados requisitos que atuam como verdadeiras limitações materiais à ação normativa (...)*”. ADIN Nº 1.922 E 1.976 –DF Relator: Ministro MOREIRA ALVES. *Revista Trimestral de Jurisprudência. Vol. 176 STF – Brasília, COJU*, Imprensa Nacional: Abril de 2001, p. 153.

44 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 82.

(...) pois as concessões à irrealidade levam ao descumprimento habitual, ao desprestígio da autoridade constituída e à banalização da lei, e daí, como bem observa Agustín Gordillo, à *desmoralização de todo o sistema.*” (n/grifo)

Neste mesmo sentido, CARLOS ARI SUNDFELD⁴⁵:

“O fato é que, para realizar os interesses gerais da atualidade no contexto de um Estado intervencionista, *não basta editar uma lei abstrata, genérica e distante, (...). É preciso que o Estado vá trabalhando com a realidade todo o tempo, (...)*”

8. O Impacto da Regulação na Concorrência

O princípio da livre concorrência é fundamento do Estado Brasileiro. Na lição de CELSO RIBEIRO BASTOS⁴⁶:

“A livre concorrência é um dos alicerces da estrutura liberal da economia. Tem muito a ver com a livre iniciativa, é dizer, só pode existir a livre concorrência, onde há a livre iniciativa. No entanto, o inverso não é verdadeiro, pode existir livre iniciativa sem livre concorrência. Portanto, *a livre concorrência é algo que se agrega à livre iniciativa e que consiste na situação em que se encontram os diversos agentes produtores de estarem dispostos à concorrência dos seus rivais.* Cumpre dizer que o princípio da livre concorrência contido no inciso IV do art. 170 da Constituição de 1988 foi uma inovação, pois ele nunca esteve “expressamente” presente nas constituições anteriores.

A livre concorrência pode ser verificada em diversos aspectos: tanto no preço das mercadorias ou serviços como na qualidade dos mesmos. De tal sorte que é esta atividade concorrente e competitiva dos diversos agentes que expõem no mercado produtos semelhantes que leva à *otimização dos recursos econômicos e a preços justos.*

A livre concorrência é um esteio do sistema liberal porque é pelo seu jogo e funcionamento que os consumidores vêem assegurados os seus direitos a consumir produtos de

45 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 28.

46 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Econômico*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003, p. 144 a 149.

qualidade a preços justos. Ademais, a livre concorrência é indispensável para o funcionamento do sistema capitalista. Ela consiste, essencialmente, na existência de diversos produtores ou prestadores de serviços. É através dela que se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento de seus métodos tecnológicos, dos seus custos, enfim, na procura constante de criação de condições mais favoráveis ao consumidor. Traduz-se, portanto, numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado.

A ação regulatória estatal, para estar em consonância com os princípios que regem a Administração Pública, deve promover a justa competição, considerando os aspectos econômicos, como observa CARLOS ARI SUNDFELD⁴⁷:

“(...) Mas tudo isso com muito cuidado e atenção, pois imposições excessivas sobre a indústria podem aumentar custos para além de um ‘ponto ótimo’, a partir do qual seus produtos perderão competitividade, com riscos para a arrecadação tributária, o nível de emprego etc.”

Bem como MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO⁴⁸:

“É evidente, portanto, que, num sistema de livre concorrência, cada um fixa o preço do que produz, ou vende. Somente assim poderá competir com outros produtores ou vendedores. E o respeito à livre concorrência exige – reitere-se o ensinamento – que a fixação de preços pelo produtor ou vendedor não seja entravada pelo Poder Público.” (n/grifo)

Neste sentido observa-se a renomada doutrina de ANDRÉ DE LAUBADÈRE⁴⁹:

“O princípio da livre concorrência permite aos particulares exercer suas atividades industriais e comerciais num sistema de competição que não deve ser entravado nem por prescrições nem por prestações provindas dos poderes públicos” (n/grifo)

47 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 29.

48 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 193 e 194.

49 LAUBADÈRE, André de. *Droit publique économique*. 4. ed. Paris: Dalloz, p. 152.

Assim como o delimitado por BARRE⁵⁰:

“A livre concorrência não é incompatível com a intervenção do Estado na atividade econômica. Ela apenas exige que esta intervenção seja: indireta, quer dizer, respeitosa da liberdade e decisão dos que procuram e dos que oferecem os bens, e da liberdade de formação dos preços. Certamente, o Estado pode influenciar estas liberdades por uma política financeira, monetária ou social. Mas a liberdade de determinação dos agentes econômicos, em última análise, não é eliminada. A economia é somente orientada.” (n/grifo)

A regulação não considera o cenário real existente – atinge apenas quem se encontra devidamente legalizado. O princípio da realidade impõe que a Administração haja de acordo com os fatos presentes. A concorrência desleal é um fato que deve ser considerado na regulação. Só a empresa regulada vai cumprir a norma, cedendo espaço para a ilegal; neste caso, o produto ilegal sairá em vantagem na competição e o consumidor fará por ele sua escolha, sem receber a correta advertência, objetivo maior da regulação, conforme previsto na Constituição. Em síntese, a regulação, ao invés de viabilizar a livre concorrência, terá criado custos irrazoáveis, imotivados, ilegais e sem base na realidade, impedindo a permanência de competidores idôneos no mercado.

O papel da regulação econômica é a correção de falhas, especialmente no que concerne à informação, procurando disciplinar os conceitos técnicos envolvidos.

Publicidade, propaganda e divulgação são conceitos distintos. Tecnicamente, a publicidade está diretamente ligada ao consumo, enquanto que a propaganda visa a veicular uma idéia. Enquanto a publicidade procura persuadir visando a uma decisão de compra, a propaganda procura convencer para uma tomada de posição ideológica. É o que ensina MARIO ERBOLATO⁵¹:

“Publicidade - arte de despertar no público o desejo de compra, levando-o à ação”.

“Propaganda - conjunto de atividades que visam influenciar o homem, com o objetivo religioso, político ou cívico, mas sem finalidade comercial.”

50 BARRE, Raymond. *Économie politique*. p. 186

51 ERBOLATO, Mario. *Dicionário de Propaganda e Jornalismo* Campinas : Papyrus, 1986, pág. 256.

As restrições (e não vedações) a que se refere o legislador constitucional podem e devem ser objeto da disciplina infraconstitucional⁵².

O uso da marca nos produtos – ainda que ao lado de advertências constitucionalmente autorizadas – é um traço distintivo do produto, que viabiliza a liberdade de concorrência. Só a lei pode condicionar o exercício de tal direito, que também reflete a liberdade de expressão e a propriedade intelectual protegidas no art. 5º, CF, desde que, observado o devido processo legal, seja voltada a um fim maior de proteção à saúde.

52 Na obra *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2003, pp. 321 e ss teve a oportunidade de expor que o que se restringe não é a publicidade em si, mas o direito à liberdade de comunicação por meio dela expressado; em outras palavras, a publicidade, que pode ser livremente veiculada, deve, também, possibilitar a defesa da saúde e/ou do meio ambiente. A publicidade, como produto da liberdade de comunicação, não pode ser censurada e sim, nos casos previstos na Lei Maior, acrescida de observação que, assegurando o direito à informação, possibilite ao consumidor a preservação da saúde e do meio ambiente. Tratando-se de normas relativas à defesa da saúde e meio ambiente, a competência da União restringe-se à edição de normas gerais - CF, artigo 24, VI, VII, XII e §1º. Nunca é demais frisar que o dispositivo em exame, como qualquer outro dispositivo, deve ser interpretado em consonância com o contexto em que se encontra, o que implica em dizer que deva se amoldar ao princípio da liberdade de iniciativa adotado pela Lei maior em seu artigo 1º, inciso IV. A publicidade é meio de divulgação de uma atividade econômica lícita (porque os produtos são registrados e legalmente comercializados), bem como uma atividade econômica em si mesma (desempenhada por inúmeros profissionais e empresas, preparados em curso de nível superior para tal fim). Seu implica numa violação ao princípio da livre concorrência, já que tal instrumento tem por objetivo angariar a preferência do consumidor em relação ao produto oferecido ante os demais. Além disso, viola o direito à informação que o consumidor deve ter sobre produtos perigosos (quanto aos produtos não liberados ao consumo, a matéria escapa aos ditames do artigo 220, § 4º, CF, mas sim, no âmbito do artigo 200, I, CF, e artigo 5º, XXXII - respectivamente, controle de produtos e substâncias e direitos do consumidor). A norma que restringir a liberdade de publicidade deve limitar-se a impor a obrigatoriedade de advertência sobre os riscos do uso abusivo de determinado produto (cujo consumo seja liberado, em suas embalagens e publicidade). Instrumentos como a fixação de horários de publicidade, de limitação do meio de comunicação em que esta pode ser veiculada, a vedação de utilização de imagens de atividades desportivas, são inconstitucionais, pois, a censura, qualquer que seja a forma é, em regra, repudiada pela nova ordem jurídica. Daí serem questionáveis os atos que, calcados no artigo 79 do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069, de 11.07.90 - estabeleçam restrições à publicidade desses produtos, até porque a vedação, como norma de exceção, abrange, literalmente, revistas e publicações destinadas ao público infante-juvenil, não englobando, pois, a publicidade no cinema e televisão. Vale frisar que essa vedação viola o direito do menor, que não recebe a recomendação obrigatória de que fumar e beber fazem mal à saúde, não autorizada a discriminação no artigo 227 da Constituição Federal. O Código de Defesa do Consumidor, sede adequada para as normas de publicidade, já impõe, no citado artigo 31, o alerta para a apresentação dos produtos ditos perigosos. Ao contrário, tais instrumentos são meramente indicativos, especialmente porque, sendo os produtos liberados ao consumo e existindo obrigatoriedade na advertência quanto aos riscos na sua utilização, não se pode limitar o acesso da comunidade a tais alertas, já que o direito à informação foi constitucionalmente assegurado e qualquer vedação na publicidade, que excluiria, via de consequência, tais advertências e tornaria inviável o exercício desse direito. É redundante observar que, em matéria de saúde e meio ambiente, a comunidade é a maior interessada. A atuação do Poder Público, em matéria de publicidade e propaganda, deve, além de disciplinar tal advertência, coibir a propaganda enganosa, impondo que a exaltação das qualidades de um produto possa ser comprovada cientificamente. Sobre a publicidade, aliás, o Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 36 e 37, cuida de vedar apenas aquelas que sejam enganosas e abusivas, dispondo, em seus artigos 30 e 31, sobre a apresentação de produtos. No mais, a auto-regulação levada a efeito pelo CONAR – Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária tem contido os excessos. São, pois, despidos de constitucionalidade os atos que criam qualquer impedimento à publicidade de cigarro, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e medicamentos. Embora não contemplada na citada obra *Direito Administrativo da Economia*, a Lei nº 9.294 de 15 de julho de 1996, em seu art. 3º, § 4º, também utiliza a expressão “de forma legível e ostensivamente destacada.”

Como atrelado à vinculação da marca está o dever de advertência de riscos dos produtos, qualquer restrição inibe, igualmente, a apresentação da advertência, o que coloca em perigo a saúde do consumidor.

A norma impede, assim, a aplicação do *princípio da livre iniciativa* sem que nenhum outro princípio seja valorizado em razão dessa restrição.

9. Do dano irreparável

Os atos normativos que sejam editados sem o direito de participação e sem a adequada ponderação causam danos que ensejam a responsabilização da agência pelos direitos violados.

PAULO CESAR MELO DA CUNHA⁵³, ao tratar do tema da responsabilidade civil das agências reguladoras, esclarece que todo ato regulatório, por representar uma intervenção na liberdade privada, deve representar uma ponderação entre os custos e os benefícios envolvidos, de modo a que estes últimos sejam maximizados, devendo haver motivação calcada em aspectos técnicos (e não políticos).

Cita a lição de SÉRGIO CAVALIERI FILHO⁵⁴, para afirmar que só há responsabilização se houver violação de um dever jurídico, legal ou contratual; no caso da regulação, tal dever jurídico é implementar uma política, intervindo quando necessário, com os meios (atos normativos, executivos e judicantes) necessários e proporcionais, mediante prévia ponderação entre custos e benefícios. Destaca que, dificilmente a intervenção deixará de causar custos e, eventualmente, isto resultará em redução da lucratividade. No entanto, tal redução, por si só, não representa dano causado pela atividade regulatória, na medida em que haja, de outro lado, um proveito maior ou igual para o mercado e para os consumidores. Mas esclarece que se a intervenção for desproporcional, trazendo custos que não se traduzam em proveitos iguais ou maiores, causará dano passível de responsabilização.

Vai além, para dizer que tal responsabilidade não é afastada, no âmbito da regulação normativa, descabendo equipará-la à responsabilidade do legislador (lei em tese), eis que já representa um condicionamento à atividade privada, havendo violação do dever jurídico se causar custos não sopesados em relação aos benefícios.

Isso poderia levar ao entendimento de que, por meio da responsabilização civil, os atos ilegais poderiam continuar a produzir efeitos, resolvendo-se, posteriormente, os prejuízos.

53 CUNHA, Paulo César Melo. *A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2003. No prelo. Texto extraído do original da Dissertação de Mestrado em Direito, da qual fui orientador, aprovada com distinção na Universidade Candido Mendes em banca composta pela Professora Doutora Odete Medauar, da USP e pelo Professor Doutor Paulo Roberto Soares Mendonça, da UNIRIO, em 13 de março de 2003.

54 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. Págs. 27 e 28.

No entanto, como dito, a saúde pública ou privada não está em risco com qualquer conduta que seja desenvolvida pela consulente em decorrência da não aplicação dos atos em exame. O mal maior está, exatamente, na sua preservação. Isto porque, os custos gerados, como dito, colocam em risco a estabilidade econômica da empresa e, com isso, os empregos e tributos gerados pela atividade. Ademais, haverá um dano irreparável com a fatia de mercado que passará a ser consolidada pela concorrência desleal e ilegal, não regulada nem fiscalizada, mas que existe. Essa perda de mercado e de receita não tem dimensão; mais grave, ainda, é que essa parcela de mercado a ser sedimentada, exporá, aí sim, em muito, a saúde pública e privada a risco. Não há, pois, como se preservar os atos em questão, da forma como foram concebidos, impondo-se sua suspensão, pela própria agência – evitando sua responsabilização – ou em juízo – já que a independência das agências reguladoras é apenas sob o ponto de vista técnico, não sendo elas imunes ao controle judicial, especialmente no que concerne aos aspectos procedimentais de produção de atos, que violam direitos subjetivos, líquidos e certos.

Por todo exposto, verifica-se que esse conjunto de violações decorre, basicamente, da violação do direito líquido e certo dos consumidores e regulados em participar do processo de formação da norma, apresentando, *previamente*, os interesses envolvidos e as alternativas menos onerosas.

Tal etapa decorre do *princípio do devido processo legal*, que limita a criatividade na produção das normas, as quais devem considerar, na sua *motivação*, as contribuições que deveriam ter sido colhidas.

Do contrário, produz-se norma violadora dos *princípios democrático* e da *legitimidade*, além de violadora do *princípio da eficiência*, posto que a regulação não terá decorrido de um processo de *ponderação* (já que não houve cotejo e valoração dos interesses). A *desproporcionalidade* e a *irrealidade* são meras conseqüências de tal inobservância, que causa dano irreparável.

Tudo isso dispensa qualquer tipo de prova adicional. Basta a leitura da norma e da sua motivação para perceber que tais princípios não foram atendidos.

LICITAÇÕES E CONTROLE DE EFICIÊNCIA

Repensando o princípio do procedimento formal à luz do “placar eletrônico”!

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

Sumário: 1. Fundamento constitucional da licitação e sua técnica de atendimento; 2. Procedimento formal x eficiência; 3. A reforma do Estado voltada para a eficiência; 4. As longas, várias e infrutíferas tentativas de modificação do Estatuto das Licitações com vistas à eficiência; 5. O PAC e mais uma proposta de nova Lei de Licitações; 6. O que se pode pensar para ampliar a eficiência nas licitações?; 6.1. O fim da cartelização nas licitações; 6.2. A alternativa da regulação das licitações; 6.3. As bolsas de mercadorias e os próximos passos para a eficiência; Conclusão.

1. Fundamento constitucional da licitação e sua técnica de atendimento

Para a mensuração da eficiência de um instituto de Direito, é preciso que a lógica (econômica) de resultados não seja afastada ou anulada pela lógica (ética) dos princípios. Fundamental, pois, a busca da harmonização entre resultados econômicos e princípios jurídicos. Este é o desafio do direito econômico e esta é a provocação¹.

No campo da licitação, seu objetivo constitucional é a seleção da proposta mais vantajosa para firmar contrato com a Administração. O fundamento está no atendimento dos princípios constitucionais da eficiência, da economicidade e da moralidade.

Para atendimento de tais princípios, outros, de ordem instrumental, devem ser observados, a saber, a ampla competição, a publicidade e a isonomia, devendo ser proporcionada igualdade de oportunidades de acesso e de tratamento entre os interessados em contratar com a Administração.

No entanto, como processo “administrativo”, o procedimento deve almejar a busca da *verdade real* – e não apenas a *verdade formal* (“fora dos autos, fora do mundo”).

Convencionou-se, de longa data, e antes do incremento tecnológico, quando se tinha mais árvores e mais tempo, que o processo impresso em papel se prestaria a essa finalidade.

¹ MARQUES NETO, Floriano Azevedo e ARAGÃO, Alexandre Santos (Coordenadores da obra coletiva).