

A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 727/2016: SERÁ O RETORNO DO ESTADO REGULADOR?

Alexandre Wagner Nester

Mestre em Direito do Estado pela UFPR

Doutorando em Direito do Estado na USP

Sócio da Justen, Pereira, Oliveira e Talamini

1. A noção de Estado Regulador

Em síntese, 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 autoridades (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, a fim de atingir os objetivos de interesse coletivo de matriz constitucional (e que permeiam a prestação de serviços públicos).¹

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*”

¹ 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.

o funcionamento das instituições estatais e não estatais, orientando-as em direção de objetivos eleitos”.²

2. O Estado Regulador no Brasil

Durante a década de 1990, foram promovidas diversas mudanças legislativas que tinham por objetivo a implantação de um modelo de *Estado Regulador* no Brasil. Ao menos era essa a intenção do governo federal à época, ao realizar a Reforma do Estado operada a partir de 1994.

Observou-se, ao menos no plano normativo, um evidente fenômeno de alteração do paradigma na relação entre Estado e Sociedade. Passou-se a conferir ao Estado brasileiro 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 significativa autonomia em relação ao Poder Executivo Central: as Agências Reguladoras Independentes.³

Esse fenômeno seguiu a onda que se desenvolveu nas últimas décadas em diversos países de economia capitalista, que culminou com a idealização do modelo de *Estado Regulador*.⁴ Esse fenômeno foi particularmente marcante no cenário da União Europeia, em que diversas economias promoveram a

² *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. RT, 2015, p. 533. Na mesma trilha, Floriano de Azevedo Marques Neto define regulação como “a atividade estatal mediante a qual o Estado, por meio de intervenção direta ou indireta, condiciona, restringe, normatiza ou incentiva a atividade econômica de modo a preservar a sua existência, assegurar o seu equilíbrio econômico interno ou atingir determinados objetivos públicos como a proteção de hipossuficiências ou a consagração de políticas públicas” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, n. 1, fev. de 2005).

³ 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).

⁴ A maioria dos autores concorda sobre as razões e efeitos dessa evolução. A bibliografia acerca desse fenômeno é extensa. Para uma visão mais ampla e aprofundada, inclusive sobre as razões dessa mudança e da derrocada do Estado de Bem-Estar, confira-se: 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; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3. ed. Forense, 2013; e FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e Direito Concorrencial: As Telecomunicações*. Livraria Paulista, 2003.

abertura à iniciativa privada de determinados setores tradicionalmente organizados em torno de monopólios públicos. Com isso, a forte intervenção estatal na economia própria do Estado Social (*Estado de Bem-Estar*) foi substituída, em maior ou menor grau, por um modelo que privilegia a lógica concorrencial. A atividade de intervenção estatal em sentido estrito (de gestão) foi reduzida em contrapartida ao aumento da intervenção regulatória (ou normativa).

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.⁵ Paralelamente, e guardadas algumas exceções (e.g. o setor aeroportuário), houve uma significativa redução de investimentos privados em diversos setores essenciais da economia brasileira, em especial em infraestrutura (e.g. os setores de rodovias, ferrovias, portos e energia).⁶

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 nº 727, já em 12 de maio de 2016, para criação do Programa de Parcerias de Investimentos – PPI.

3. O conteúdo da MP 727 – criação do Programa de Parcerias de Investimentos

A MP 727 não contém inovações no que diz respeito aos mecanismos de intervenção estatal ou da participação da iniciativa privada nos setores de

⁵ 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

⁶ 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.

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 (art. 1º).

Para tanto, a MP determina que o PPI será integrado por (art. 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 (a saber: 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”, conforme expresso no art. 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.

4. Os objetivos do Programa de Parcerias de Investimentos – 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 art. 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 art. 1º da Lei 9.491/97 para o Programa Nacional de Desestatização: **(i)** reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; **(ii)** contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida; **(iii)** permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; **(iv)** contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infraestrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito; **(v)** permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; **(vi)** contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o PND.

5. Os princípios do Programa de Parcerias de Investimentos – 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 art. 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 art. 37 da Constituição) e devem ser permeados das garantias necessárias a proporcionar segurança jurídica a todos os envolvidos.

6) 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” (art. 5º).

As orientações contidas no art. 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.⁷

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

⁷ “Art. 6º (...): I - edição, observadas as competências da legislação específica e com consulta pública prévia, de planos, regulamentos e atos que formalizem e tornem estáveis as políticas de Estado fixadas pelo Poder Executivo para cada setor regulado, tornando segura sua execução no âmbito da regulação administrativa; II - análise de impacto regulatório quando da edição ou alteração de regulamentos, planos regulatórios setoriais e outros atos regulatórios setoriais, visando a orientar a tomada das decisões e assegurar a eficiência, a eficácia, a coerência e a qualidade da política regulatória, com integral respeito às normas e direitos envolvidos; III - oitiva prévia das autoridades competentes quanto à consistência e aos impactos fiscais, econômicos e concorrenciais de medidas de regulação em estudo; IV - consulta pública prévia quando da edição ou alteração de regulamentos e planos regulatórios setoriais; V - monitoramento constante e avaliação anual quanto à execução e aos resultados das medidas de regulação previstas nas políticas, planos e regulamentos; VI - eliminação de barreiras burocráticas à livre organização da atividade empresarial; VII - articulação com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, para aumento da eficiência e eficácia das medidas de incentivo à competição e de prevenção e repressão das infrações à ordem econômica; e VIII - articulação com os órgãos e autoridades de controle, para aumento da transparência das ações administrativas e para a eficiência no recebimento e consideração das contribuições e recomendações.”

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.

Informação bibliográfica do texto:

NESTER, Alexandre Wagner. A Medida Provisória nº 727/2016: será o retorno do Estado Regulador? *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 111, maio de 2016, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em [data].

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).