

A decisão que atende à razoabilidade

A partir dos fundamentos da nossa República, considerando a divisão dos Poderes e as funções e prerrogativas do Legislativo, é difícil pensar que qualquer tema esteja fora da competência natural do Congresso Nacional. Desse ponto de vista, estritamente jurídico-conceitual, há que se concordar com a tese do prof. Accioly: a lei pode, sim, dispor sobre matéria de competência das agências reguladoras.

Todavia, há de se questionar se é saudável que isso ocorra dentro de um sistema no qual as agências foram criadas para dar segurança jurídica aos mercados regulados. Mais que isso, foram criadas e ganharam estrutura formal, competências e técnica especializada capazes de construir melhor uma decisão de impacto econômico e social. Portanto estão, e digo desde já, mais adequadamente preparadas para construir um ordenamento de regras capaz de gerir mercados que, por tese, não conseguem se autorregular.

A primeira das provas cabais recai na experiência internacional em países com excelente regulação – expressa principalmente na segurança e qualidade de serviços e produtos oferecidos à sociedade. Daí decorre a pergunta científica, por assim dizer: se não houvesse benefícios na existência das agências, por que tais nações com tamanho histórico de desenvolvimento institucional se dariam ao “luxo” de uma suposta duplicidade ou

sobreposição entre Legislativo e órgãos reguladores do Executivo?

Podemos responder até com nossa própria experiência, embora não tão madura quanto a europeia e a norte-americana. Não há na estrutura administrativa brasileira órgão capaz de desenvolver uma avaliação de impacto como as agências. Elas dispõem de ferramentas desenvolvidas para isso, como consultas públicas; acordos de cooperação internacional com as congêneres estrangeiras; metodologia aplicada à decisão com base na técnica; possibilidade de acesso à sociedade para críticas e contribuições ao desenvolvimento de um processo; e, entre outras vantagens iminentes à sua estrutura, equipes altamente qualificadas. Trata-se aqui de ferramentas consagradas internacionalmente nos parâmetros da moderna administração pública.

Entender as externalidades negativas e positivas de um mercado é tarefa a ser tecnicamente calculada para se ter, enfim, uma decisão que aproveite o próprio movimento do mercado para se regular. Ou, quando isso não for possível, para haver de fato uma intervenção estatal calculada. Aqui o uso do termo “tecnicamente” remete a uma enorme vantagem do órgão regulador: as agências aglutinam métricas muito mais precisas para aferir o custo-benefício da atuação do Estado, porque estão debruçadas não apenas nas teorias e/ou vontades políticas, mas na observação e atuação diária de seu objeto de regulação. As agências são, ainda, oxigenadas por métodos e doutrinas desenvolvidas dentro e fora do país, num grau de

aprofundamento dos temas que dificilmente se vê no Legislativo – cuja iniciativa é, por natureza, muito mais ampla e generalizante. Isso não significa comparação na qual se afirma um ser melhor que outro. Antes disso, representa papéis diferentes e complementares.

O modelo atual das agências pode muito bem suportar e favorecer decisões mais precisas do Estado. Apenas para citar um exemplo, não devemos esquecer a recente alteração do marco regulatório do setor elétrico por Medida Provisória, extremamente criticada por não ter passado pelo legítimo processo técnico da Anatel.

Voltando à matéria jurídica, questionar a capacidade do Legislativo de reformar decisões das agências reguladoras é a mesma coisa de questionar se o STF pode "legislar". O atual sistema permite. Todavia, o campo natural de determinadas decisões é o Legislativo, por mais competente que os ministros do Supremo Tribunal Federal sejam. Ressalte-se: o campo natural de legislar é o Legislativo.

Por outro lado acrescento que o juízo de conveniência e oportunidade não é do legislador. Abro parênteses pra situar o conceito de juízo de conveniência e oportunidade, que ocorre quando o administrador, diante de duas decisões legais, opta por uma diante dos fatos reais e fáticos apresentados. Se o congressista proceder assim no dia a dia, atuará não mais como legislador, em tese e em abstrato, estará atuando como administrador público. Afinal de contas, quem faz juízo de

conveniência e oportunidade é a Administração Pública. Ao legislador foi dada a tarefa primária e precípua de fazer leis.

Porém, é de suma importância, em última análise, o fato de que tanto as decisões das agências reguladoras, quanto a decisão do legislativo, devem obediência aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e eficiência. Uma lei desprovida de razoabilidade é de todo inconstitucional.

No debate sobre o alcance das decisões das agências, a pergunta que deve sempre se impor, dentro do nosso ordenamento jurídico de controle dos poderes, é: qual das decisões, sejam regulatórias, legislativas, ou judiciais, atendem melhor aos princípios da razoabilidade e eficiência (estes sim de matriz constitucional e superiores)?

Nesse sentido, são por demais lúcidos e didáticos os ensinamentos apresentados pelo Min. Luiz Roberto Barroso no julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 566471 e 657718, em que profere: *“a discussão deve paulatinamente ser transferida para [...] outros fóruns, a saber: [...] as instâncias técnicas do Ministério da Saúde e do SUS. O Poder Judiciário não é a instância adequada para a definição de políticas públicas de saúde.”*