

# ADVOCACIA DE ESTADO E POLÍTICAS PÚBLICAS CONVERSÃO DE MULTAS REGULATÓRIAS EM INVESTIMENTOS. POSSIBILIDADE DE MELHORIAS CONCRETAS PARA O USUÁRIO DO SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO COM A CONTRIBUIÇÃO ESSENCIAL DA ADVOCACIA PÚBLICA

Luís Marcelo Marques do Nascimento\*

**Sumário:** 1. As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro; 2. Aplicação de Multas pelas Agências Reguladoras. Resultados Insatisfatórios; 3. Fundamentos Jurídicos e Constitucionais para o Processo de Conversão; 4. Requisitos Mínimos Exigidos para Aferição de Legitimidade da Conversão; 5. Importância da Conversão de Multas em Investimentos. Contribuição da Advocacia Pública para o Aperfeiçoamento do Serviço Concedido; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

## 1. As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro

O modelo regulatório brasileiro encontra inspiração no direito comparado, especialmente no direito norte-americano pós New Deal. Tal modelo foi concebido nesse período, criando a figura das Agências Reguladoras, dotadas de autonomia em relação ao Poder Executivo e insuladas politicamente em relação aos administradores do Poder Central, além do alto grau de conhecimento técnico sobre o assunto regulado.

Esse modelo aportou na América Latina e, especificamente no Brasil, na década de 1990. Tal época foi marcada por uma profunda reforma política que trouxe ao nosso sistema as Agências Reguladoras, cujo objetivo era regular certos setores da economia e serviços públicos no processo de transformação do Estado provedor do Bem-estar social para o Estado regulador.

Essas novas entidades foram criadas com a finalidade de controlar e direcionar os setores regulados de acordo com os objetivos econômicos e sociais definidos na política pública editada pelo Ente Central.

As agências reguladoras brasileiras são entidades integrantes da Administração Pública Indireta, sob a forma de autarquias, possuindo personalidade jurídica de direito público. Podemos observar que a forma autárquica é atribuída no diploma normativo criador de todas as agências existentes no direito pátrio. ALEXANDRE MAZZA<sup>1</sup> afirma que,

\* Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>1</sup> MAZZA, Alexandre. Agências Reguladoras. São Paulo: Malheiros, 2005. Coleção: Temas de Direito Administrativo. V. 13.

“(...) as agências possuem natureza jurídica de autarquias, menos porque o legislador as tenha assim definido, mais em razão de desenvolverem atividades que são próprias do Estado.”

O conceito de autarquia não é bem definido no sistema administrativo nacional, mas alguns diplomas normativos a conceituam, a exemplo dos Decretos-lei n. 6.016, de 1943 e o de n. 200, de 1967. E todos os doutrinadores apresentam conceito para estas entidades, a exemplo de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO<sup>2</sup>, para quem autarquia é uma:

“Pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de auto-administração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei.”

Assim, podemos verificar que as agências reguladoras, como autarquia que são, foram entidades criadas para desempenhar, descentralizadamente, funções típicas de Estado, como exemplo, regulação, fiscalização, e intervenção na economia e em serviços públicos.

As Agências Reguladoras possuem personalidade jurídica de direito público, que lhes permitem titularizar as tarefas atribuídas por meio de lei. Aliás, como autarquias, sua criação sempre ocorre mediante lei específica, conforme o disposto no art. 37, XIX da CF/88, mas seu caráter autárquico ocorre devido às atribuições que lhe são inerentes. Como as demais autarquias, possuem capacidade de auto-administração, o que caracteriza o grau de independência desses entes.

A natureza jurídica de autarquia concedida às agências derivou das tarefas atribuídas a essas entidades, que por exigirem uma atuação técnica e especializada, necessitavam de autonomia para o exercício de suas atividades.

As agências reguladoras não são autarquias comuns, mas são entidades dotadas de um regime especial, imposto por lei, que lhes dá privilégios específicos capazes de garantir mais autonomia do que as de uma autarquia comum. Como traço marcante desse regime especial, observamos a independência das agências em relação ao Poder Público que lhes dá autonomia política, administrativa, econômica e financeira, garantindo que, ao desempenhar suas funções, estes órgãos não serão submetidos à Administração Direta. Conforme nos ensina ALEXANDRE DE MORAES<sup>3</sup>,

No Brasil, as Agências Reguladoras foram constituídas como *autarquias de regime especial* integrantes da administração indireta, vinculadas ao Ministério competente para tratar da respectiva atividade, apesar de caracterizadas pela independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade; ausência de possibilidade de demissão *ad nutum* de seus dirigentes e autonomia financeira.

<sup>2</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

<sup>3</sup> MORAES, Alexandre de. Agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. (org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

É atribuída independência às agências para que não sejam submetidas à ingerência do poder estatal, ou seja, com o objetivo de vedar a influência política e atos de governantes que possam interferir na direção das entidades reguladoras e do setor regulado, para que, desta forma, os objetivos essenciais dos entes reguladores sejam cumpridos.

A independência desses entes também se dá em relação às entidades econômicas reguladas, pois pela área de atuação e complexidade da atividade regulatória, as agências podem tomar atitudes que contrariem o interesse das empresas reguladas em face do interesse público e do cumprimento dos seus objetivos, de acordo com os mandamentos legais.

Mas a independência das agências não é absoluta, uma vez que suas decisões devem estar fundamentadas no ordenamento jurídico nacional e podem ser alvo de fiscalização pelo Poder Judiciário. No exercício de suas atividades, esses entes devem buscar alcançar sua finalidade legal, podendo sua atuação ser objeto de controle por diversos órgãos.

## **2. Aplicação de Multas pelas Agências Reguladoras. Resultados Insatisfatórios.**

Após essa breve introdução sobre as Agências Reguladoras no Direito Pátrio, ressalte-se que, no exercício de seu poder sancionatório, tais agências usam instrumentos punitivos para sancionar os concessionários que não cumprem adequadamente as normas pertinentes ao setor regulado.

Desta forma, é muito comum que tais agências apliquem inúmeras multas pecuniárias aos concessionários, sempre buscando cumprir metas de qualidade do serviço público regulado. Em geral, as leis de criação das agências estipulam que a receita oriunda de tais multas reverterá para o caixa das respectivas entidades reguladoras, questão que será abordada mais adiante.

No entanto, desde a implantação desse modelo regulatório, seja no âmbito federal ou estadual, a eficácia na cobrança de tais multas nunca foi satisfatória, encontrando-se, atualmente, muito aquém do necessário para a adequada regulação, não acarretando os efeitos pedagógicos necessários para coibir condutas ilegais dos agentes regulados.

Ilustrando tal situação, segue decisão do Tribunal de Contas da União sobre o tema<sup>4</sup> :

O Tribunal de Contas da União (TCU) constatou baixos percentuais de arrecadação de multas por parte das agências reguladoras e entidades federais. A auditoria também verificou deficiência na inscrição de inadimplentes no Cadin (Cadastro informativo de créditos não quitados do setor público federal) e de ajuizamento de cobranças das multas. Também foram apontados pelo TCU elevados percentuais de suspensão ou cancelamento de multas aplicadas pelas unidades fiscaliza-

<sup>4</sup> <http://www.altosestudios.com.br/?p=50561>. Acesso em 18/08/2015.

das. Entre os casos que mais se destacaram, estão o da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), que apresentou cancelamento superior a 66% (2008) e a 40% (2009), e o da Agência Nacional do Cinema (Ancine), com anulação de 71,59% das penalidades financeiras aplicadas entre 2005 e 2009.

Segundo o TCU, o problema decorre de mudanças nas normas que fundamentam as multas e pelo fato de outros órgãos julgarem os recursos administrativos, o que retira da entidade sancionadora o poder de manter as sanções. De acordo com o ministro-relator, Raimundo Carreiro, “tais falhas aumentam o risco de prescrição dos créditos e reduzem a eficácia da ação de controle a cargo das entidades e órgãos analisados”. Diante desse cenário, o TCU fez determinações ao Ministério da Fazenda, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) e ao Banco Central para que informassem as providências adotadas para aprimorar o Cadin. Recomendou à Secretaria do Tesouro Nacional e à PGFN que avaliassem a viabilidade jurídica e operacional para integrar o Cadin ao Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (Siafi).

O tribunal também determinou às agências reguladoras que incluíssem a seção “arrecadação de multas” nos Relatórios Anuais de Gestão referentes aos exercícios de 2012 a 2016. O TCU continuará o monitoramento para verificar as medidas adotadas.

Serviço:  
Processo: TC 022.631/2009-0  
Acórdão: 482/2012 – Plenário

Tal situação se repete no âmbito estadual, conforme notícia recente veiculada no Jornal O GLOBO<sup>5</sup> acerca da cobrança de multas aplicadas pela AGENERSA (Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro):

“A CEG, por exemplo, recebeu entre junho de 2005 a julho deste ano, 458 multas, que somam R\$ 32 milhões. Apesar disso, somente R\$ 3,8 milhões foram pagos. O restante está em processo de Dívida Ativa ou suspenso por decisão judicial..” (grifos nossos)

Assim, pode-se constatar que é notória a ineficácia dos instrumentos de cobrança das Agências Reguladoras, sendo diversos os motivos para tal conclusão, tais como a possibilidade de inúmeros recursos administrativos, interferência judicial. No entanto, verifica-se que o atual sistema não consegue atender as finalidades a que se propõe, sendo que a ineficácia dessa cobrança acarreta uma perda do efeito pedagógico da sanção e um descrédito das entidades regulatórias perante a sociedade, o que contribui para enfraquecer a regulação como um todo.

A ausência desse efeito pedagógico da penalidade não gera nas empresas fiscalizadas uma inibição em suas condutas ilegais, em face da sensação de que a multa não lhe acarretará grandes consequências financeiras, podendo estas serem canceladas ou postergadas.

<sup>5</sup> SCHMIDT, Luiz Gustavo. Jornal O GLOBO, Rio de Janeiro, 15/08/2015.

Além do que, as multas que são arrecadadas não trazem benefício direto ao usuário do serviço público, razão pela qual se deve incentivar o uso da conversão de multas em investimentos, visando uma maior utilidade de tais recursos em prol do usuário final dos serviços públicos.

Tal instrumento pode representar um efetivo ganho de qualidade na regulação, proporcionando grandes e reais vantagens aos usuários, legítimos destinatários do serviço concedido, ao contrário do que vem ocorrendo hoje no cenário da regulação em que a cobrança de multas, quando são efetivamente pagas pelo concessionário, não geram benefício ao usuário.

O uso da conversão de multas em investimentos, apesar de não ser uma ideia completamente inovadora, ainda é pouco utilizada pelas agências reguladoras, principalmente no âmbito estadual. O incentivo a tal instrumento poderá gerar sensíveis vantagens aos usuários do serviço público, ou seja, toda a coletividade será beneficiada e a própria regulação será fortalecida.

No entanto, devem ser observados requisitos mínimos para que tal conversão seja legítima e atenda aos princípios insculpidos no artigo 37 da CF/88, os quais orientam a atuação de todos os agentes públicos.

### **3. Fundamentos Jurídicos e Constitucionais para o Processo de Conversão**

Obviamente, em se tratando de Administração Pública, todas as suas condutas têm que se pautar em lei, como medida de validade das ações administrativas, razão pela se torna necessário compatibilizar o processo de conversão de multas em investimentos ao Princípio da Legalidade.

Atualmente, no entanto, o Poder Público não se vincula somente a lei e sim a todo um bloco de legalidade, o que inclui as normas e princípios constitucionais. Tal fenômeno é denominado juridicidade. ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO assim define tal princípio<sup>6</sup>:

Princípio que vem se afirmando na doutrina e jurisprudência mais moderna como uma nova acepção ( não uma superação) do princípio da legalidade, a juridicidade costuma ser referida como a submissão dos atos estatais a uma padrão amplo e englobante de legalidade, cujos critérios não seriam apenas a lei estrita, mas, também, os princípios gerais do Direito e, sobretudo, os princípios, objetivos e valores constitucionais.

Assim, os princípios constitucionais influenciam e orientam a ação direta do agente público, sem a necessidade de intermediação legislativa, enfatizando o caráter normativo e vinculante dos princípios, conforme preconiza o neoconstitucionalismo.

Nesse sentido, a conversão de multas em investimentos tem como fundamento o Princípio da Finalidade Administrativa, que deve ser conjugado com a consensualidade na busca do interesse público, a qual, no caso concreto, efetua uma ponderação técnica para afastar a ação sancionatória do Estado, atuando em cooperação com o concessionário para melhor atender ao interesse público primário.

<sup>6</sup> ARAGÃO. Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 57-58

O Princípio da Finalidade Administrativa consiste, nas lições de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO em<sup>7</sup>:

“Pode-se conceituar o princípio da finalidade como a *orientação obrigatória de toda a atividade administrativa pública ao interesse público*, especificamente explícito ou implícito na lei.”  
(grifos nossos)

Tal princípio está mais proximamente ligado ao Princípio da Moralidade e da Indisponibilidade do Interesse Público, princípios autônomos que conectam a atuação do Estado aos fins efetivamente legítimos para atender ao interesse público.

Assim, a conversão de multas em investimentos busca atender a finalidade administrativa específica, que consiste na melhoria do serviço concedido e na satisfação do usuário, objetivos legítimos que devem orientar a ação dos reguladores.

No que tange à consensualidade, esta implica em uma mudança de paradigma na Administração Pública, alterando a conduta imperativa e auto executória que sempre caracterizou o ato administrativo para optar por uma ação mais harmoniosa com o particular, sempre objetivando mais eficiência na consecução do interesse público.

A consensualidade pode assim ser definida pelo Mestre DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO<sup>8</sup>:

Embora a imperatividade seja da própria essência da atuação do Estado, que tem como atributo a concentração monopolista do poder coercitivo, é indubitável que o progresso das relações sociais, notadamente beneficiadas com os avanços nos campos da educação, da informação, da comunicação *e destacadamente, da democracia*, tem proporcionado um campo cada vez mais amplo para atuação consensual do Poder Público.

Assim, se tem somado aos tradicionais pactos públicos – contratuais e não contratuais – uma cópia de relações negociadas em que se privilegia o consenso como forma de *atingimento mais fácil, mais célere e menos dispendioso de interesses públicos específicos postos a cargo do Estado*.

Esta abertura se tem dado em amplo espectro, abrangendo a colaboração no planejamento, na tomada de decisão, na execução, no controle e até mesmo na solução de conflitos, como o emprego da conciliação, da mediação e da arbitragem.

*Pode-se, portanto, afirmar que a consensualidade se vem apresentando como uma alternativa para incrementar a eficiência administrativa, suportada, assim, no art.37, caput, da Constituição, com sua atual redação ampliada* (grifos nossos)

<sup>7</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3ª edição. Renovar. Rio de Janeiro. 2006, p. 294.

<sup>8</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 99.

Desta forma, a consensualidade é importante parâmetro de atuação dos entes reguladores, que podem ajustar com o concessionário um modo mais eficaz e célere na prestação do serviço concedido, realçando o diálogo com tais agentes regulados em prol de melhores resultados na atividade regulatória.

Nessa linha reforça DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO acerca da consensualidade<sup>9</sup>:

(.....) O Estado que substituir paulatinamente a imperatividade pela consensualidade na condução da sociedade será, indubitavelmente, o que garantirá a plena eficiência de sua governança pública e, como consequência, da governança privada de todos os seus setores.

Assim, a conversão ora analisada, com fulcro em tais princípios, tem como meta primordial a satisfação mais eficiente do interesse público primário, atendendo aos anseios de toda a sociedade, o que resulta na legitimidade e legalidade de tais medidas.

#### **4. Requisitos Mínimos Exigidos para Aferição de Legitimidade da Conversão**

Deve-se ressaltar que a conversão de multas em investimentos através de um processo regulatório necessita observar alguns critérios e condições que ora se sugere.

Tais parâmetros devem balizar a ação dos entes reguladores quando da apreciação dos pedidos de conversão de multas em investimentos, sendo tais requisitos, *de lege ferenda*, definidos em norma própria a ser editada no âmbito de cada Ente Federativo.

O primeiro parâmetro seria a abertura de processo regulatório perante o órgão regulador competente, pois seria medida indispensável ao devido processo legal, bem como pela transparência e *accountability* de todo o processo de conversão.

Outro ponto fundamental seria a não previsão do investimento no contrato de concessão. Como é notório, o contrato de concessão é o instrumento básico e norteador na relação entre concessionário, Poder Concedente e Agência Reguladora, estipulando direitos, deveres, metas, prazos e montantes que o concessionário deve investir, visando obter resultados desejados pelo titular do serviço concedido, tais como universalização dos serviços, generalidade e atualização das técnicas de prestação de serviço, por exemplo.

Assim, não poderá a conversão de multas em questão abranger investimentos já previstos no contrato de concessão, visto que tal obrigação já foi previamente assumida pelo concessionário, não havendo, qualquer sentido lógico ou razoável, que a conversão acarrete um investimento, cuja obrigação já se encontrava definida contratualmente. Tal medida afrontaria, flagrantemente, o Princípio da Moralidade Administrativa (artigo 37, *caput* da CF/88), podendo ensejar responsabilidade punições aos entes reguladores.

<sup>9</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Poder, Direito e Estado. O Direito Administrativo em tempos de globalização. Rio de Janeiro: Forum, 2011.

Desta forma, a conversão deve gerar um novo investimento não previsto no respectivo contrato, sempre buscando otimizar a qualidade do serviço público, na forma do artigo 6º da Lei 8.987/95.

Os agentes encarregados da regulação devem ter muita atenção para essa questão, a fim de evitar favorecimentos indevidos aos concessionários e, eventual, descrédito do processo de conversão, que pode gerar inúmeras vantagens diretas ao usuário do serviço.

A terceira questão que deve ser aferida no processo de conversão é a autorização do Poder Concedente, visto que este, na qualidade de titular do serviço público, e responsável pela definição das políticas públicas afetas ao setor regulado, torna-se necessária sua oitiva e concordância para verificar a conformidade desses investimentos com o planejamento formulado pelo ente central.

No âmbito dos Estados, isso se torna mais visível, pois o Poder Concedente é o próprio Estado, sendo o ente regulador, uma autarquia especial, dotada de autonomia, conforme abordado no início do trabalho.

Assim, na linha da consensualidade, que caracteriza o Direito Administrativo atual, a autorização do Poder Concedente deve ser obtida, como instrumento de validade e legitimidade da conversão pretendida, inclusive pela necessidade de compatibilização com a política pública definida pelos agentes democraticamente eleitos.

Outra questão importante é que tais investimentos extraordinários, decorrentes dessa conversão, devem ser previstos em Termo Aditivo ao contrato de concessão, sempre fixando prazos e penalidades em caso de não cumprimento. Tal medida é importante para impor condição efetivas que permitam ao ente regulador fiscalizar e punir em caso de não cumprimento dessas obrigações assumidas, visto que a ausência de tais parâmetros tornaria impraticável qualquer fiscalização do ente regulador, tornando a conversão em uma espécie de perdão da multa inicialmente aplicada.

A discussão que se apresenta, conforme citado anteriormente, é sobre a necessidade de previsão normativa acerca dos requisitos ora elencados. *Entendemos que tal definição pode ser efetuada através de Ato Normativo das Agências Reguladoras, à luz da autonomia administrativa prevista nas leis de criação das mesmas. Como é notório, os entes reguladores gozam de poder normativo estabelecido por deslegalização do ente central, que transfere àqueles reguladores certas competências normativas sobre questões técnicas, dotadas de grande especificidade.*

*A doutrina e jurisprudência consideram válidas tais delegações, desde que contenha parâmetros mínimos de atuação dos entes reguladores (delegation with standards). Assim, com base nesse poder normativo, autorizado pela norma principal, o ente regulador estabelecerá condições e exigências a serem atendidas nesse processo de conversão.*

Ilustrando tal situação, a questão da conversão de multas em investimentos foi objeto de análise no Parecer Nº. 08/2011 da Doutra Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, de autoria do Dr. GUSTAVO BINENBOJM que opinou pelo indeferimento do pleito formulado pela CEG ( Companhia Distribuidora de Gás do Rio de Janeiro), tendo em vista a ausência de parâmetros jurídicos objetivos e seguros a pautar a operação. No entanto, naquela situação concreta havia uma solicitação genérica de conversão de multas em investimentos, sem denominar um projeto ou investimento específico como medida alternativa a penalidade regulatória.

Assim, a concessionária CEG ao formular pleito genérico sem indicar condições mínimas em que o investimento ocorreria, bem como a finalidade de tal investimento alternativo, deixou o Poder Concedente e o ente regulador sem condições de avaliar



se tal investimento atenderia a política pública do setor regulado, ou mesmo, se tal investimento já estava previsto no instrumento concessivo.

Nesse viés, é essencial que o concessionário indique, com precisão, o investimento extraordinário que resulte dessa conversão, a qual deverá ter o usuário como destinatário direto, ou seja, não poderá a concessionária ser beneficiada pela conversão sem que o usuário seja beneficiado diretamente por tal investimento, sempre buscando a otimização do serviço prestado.

### **5. Importância da Conversão de Multas em Investimentos. Contribuição da Advocacia Pública para o Aperfeiçoamento do Serviço Concedido**

A questão envolvida no presente trabalho apresenta uma discussão jurídica no sentido de definir se o regulador é obrigado a punir o concessionário quando constata uma infração ou se poderia deixar de punir para apresentar uma medida substitutiva mais benéfica ao sistema regulado.

Assim, entendo, conforme exposto anteriormente, pela ausência do dever de punir e sim pelo dever de apurar a violação legal ou contratual praticada pelo agente regulado, na linha dos princípios do devido processo legal e ampla defesa, assegurados constitucionalmente.

No entanto, é possível no bojo do processo regulatório, que o regulador decida pela substituição da penalidade pecuniária por outra medida que traga mais benefícios à sociedade, visto que tal procedimento encontra respaldo nos Princípios da Finalidade Administrativa e Consensualidade. Tal decisão seria resultado de uma ponderação regulatória técnica que pondere os elementos em jogo e decida, sempre com a devida motivação, acerca da medida cabível através de um TAC ( Termo de Ajustamento de Conduta ) ou instrumento similar.

A conversão de multas em investimentos foi objeto de análise no artigo denominado “ Termo de Ajustamento de Gestão nas concessões: conversibilidade das sanções administrativas pecuniárias em investimentos “, exarado pelo Ilustre Procurador do Estado, Dr. FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMANN<sup>10</sup>, no qual o mesmo discorreu sobre a viabilidade de tal conversão, aduzindo que *inexiste o dever vinculado do Poder Público em sancionar sempre que detectar um ato ilegal, sem sopesar, mediante ponderação regulatória técnica, os benefícios que podem ser trazidos aos usuários e ao interesse público.*

Tal posição, a qual compartilho, é de grande relevância, pois demonstra que, nem sempre, o processo regulatório deve resultar na aplicação de uma sanção pecuniária, pois *tal medida não é garantia de melhor atendimento ao interesse público, nem mesmo de benefício para o usuário do serviço concedido. Ou seja, a Agência Reguladora não deve existir somente para aplicar multas, pois sua função e a razão de sua existência é muito maior, pois esta deve ser a de incentivar o setor regulado e buscar sempre a qualidade do serviço concedido, em prol do usuário, tendo como princípios básicos aqueles estipulados no artigo 6º da Lei 8987/95 ( universalidade, atualidade, generalidade, modicidade tarifária, etc....)*

<sup>10</sup> Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado. Nº 68/2014.

Caberá, então, ao Conselho Diretor da Agência Reguladora avaliar sob o aspecto regulatório os custos e benefícios da proposta de conversão, a fim de identificar se tal medida efetivamente traduz a política pública delineada pelo titular da concessão, sendo tal decisão exclusiva do Conselho Diretor ou órgão análogo no exercício de suas atribuições legais.

Nota-se que tal medida de conversão de multas em investimentos não é questão inovadora na seara federal, visto que algumas agências reguladoras federais já iniciaram estudos para normatizar tal conversão, conforme segue abaixo<sup>11</sup> :

A Anatel defende a adoção do mecanismo, já utilizado por outras agências reguladoras, *como maneira de evitar a discussão das multas na Justiça e de aumentar os investimentos no setor. Hoje, empresas de comunicação questionam nos tribunais bilhões de reais em sanções da Anatel. E esse processo costuma se arrastar por vários anos.*

Segundo Rezende, uma proposta de regulamento deve ser votada pelo conselho da agência em março. Depois, ela vai passar por consulta pública e volta a ser analisada pelos conselheiros. As regras vão valer apenas para multas administrativas, como aquelas aplicadas pela Anatel quando as empresas de telefonia não cumprem metas de qualidade. Não serão incluídas sanções tributárias.

*“Temos necessidade de investimentos no setor e é importante podermos contar com essa possibilidade de transformar as multas em investimentos”*, disse Rezende, apontando que a solução não vai ser usada em todos os casos e vai depender da vontade tanto da Anatel quanto da empresa autuada.

De acordo com ele, a agência vai adotar mecanismos para garantir que, no caso de acordos desse tipo, as multas se transformem em novos projetos. Ou seja, as empresas não vão poder substituir a multa por aplicações que já estavam presentes em seus planos de investimento. ( grifos nossos)

Tal conversão já ocorreu em matéria ambiental, com grande benefício para o ecossistema<sup>12</sup>:

Pela primeira vez, no Brasil, os recursos oriundos de multas aplicadas a infratores por danos ambientais vão financiar a elaboração do plano de manejo de uma unidade de conservação. A reserva beneficiada será o Refúgio de Vida Silvestre dos Campos de Palmas, administrado pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), nos municípios de Palmas e de General Carneiro, no Sul do Paraná.

*A formalização da conversão das multas em investimento*

<sup>11</sup> <http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2013/02/anatel-quer-transformar-multa-contras-operadoras-em-investimento.html>. Acesso em 23/02/2015.

<sup>12</sup> <http://uc.socioambiental.org/noticia/acordo-inedito-preve-conversao-de-multa-em-investimentos-em-reserva-no-parana>. Acesso em 23/02/2015.

*na elaboração do plano de manejo da RVS ocorreu na sexta-feira (3), quando o superintendente do Ibama, José Álvaro Carneiro, e os proprietários rurais da região assinaram um termo de compromisso que destina o valor de R\$ 211.900,00, resultante de multas aplicadas em 2005 por danos ambientais, ao financiamento do plano de manejo.*

A negociação para efetivar essa conversão iniciou-se em 2006 pela ex-superintendente do Ibama, Andréa Vulcanis, na época em que a unidade de conservação foi criada, e prosseguiu com o atual superintendente, Hélio Sydol. Algumas multas foram readequadas para que os valores fossem convertidos, o que beneficiará a unidade, os proprietários e, principalmente, o meio ambiente.

Documento que rege a forma como a área protegida deve ser gerida e utilizada, o plano de manejo definirá as regras que os proprietários de terras e empresários da região do RVS dos Campos de Palmas e de General Carneiro terão de obedecer, bem como o que poderão ou não fazer na área. (grifos nossos)

Assim, a conversão em questão propiciará maior eficiência ao sistema, bem como beneficiará o usuário do serviço público e toda a sociedade em geral, o que nem sempre ocorre com a simples arrecadação da multa. Desta forma, *a conversão da multa em investimentos não prejudica em nada o usuário do serviço público, pelo contrário, assegura investimentos importantes em seu próprio benefício, além de representar importante instrumento de consensualidade que propiciará ganhos para todas as partes envolvidas na concessão (Poder Concedente, concessionária e usuários), evitando inúmeros litígios que sobrecarregaram o Poder Judiciário.*

*Nota-se que a conversão de multas em investimentos pode representar importante instrumento de desjudicialização, pois evita que os concessionários ingressem em juízo para questionar multas regulatórias que poderiam beneficiar todo o sistema regulado, o que não é incomum, pois as multas de maior valor, em geral, são objetos de questionamento em juízo.*

Nesse sentido, deve-se questionar qual seria o papel da Advocacia Pública nesse processo. Tal papel deverá ser garantir a legalidade e legitimidade da conversão assegurando que os investimentos atendam a política pública definida pelo ente federativo. Os investimentos são elementos essenciais para o desenvolvimento da política pública, visto que projetos e metas a serem alcançadas tem grandes custos, assim, caberá ao advogado público zelar para que os investimentos promovam a adequada prestação do serviço público e estejam em sintonia com a política pública definida legalmente.

O advogado público deverá, ainda, zelar pelo fiel respeito ao contrato de concessão, que é o principal instrumento balizador das relações entre Poder Concedente, concessionário e usuário e materializa a delegação contratual do Estado.

Acerca dessa missão do advogado público e sua importância para a sociedade, verifica-se a lição do Mestre DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO<sup>13</sup>:

(...) Estados não se confundem com seus Governos e, muito menos, com seus governantes e, por consequência, Advogados de Estado não podem ser tidos como advogados de governos ou, com mais razão, advogados de governantes.  
*Assim, enquanto governos e governantes são transitórios e refletem segmentos de maiorias, Estado e Advocacia de Estado são projeções institucionais permanentes de toda a sociedade.*  
(Grifos nossos)

Assim, é necessário que o advogado público atue com independência funcional e ética para garantir que as políticas públicas sejam efetivadas através de tais investimentos, observando, sempre, a adequada prestação do serviço público concedido, em benefício de toda a coletividade. O advogado público poderá atuar, decisivamente, para incentivar e legitimar esse processo de conversão, devendo, para tanto, se pautar nos princípios constitucionais e normas aplicáveis ao setor regulado, buscando garantir a transparência do processo de conversão, no intuito de mostrar a sociedade a lisura do procedimento, sempre acompanhada da devida motivação dos atos regulatórios.

Tais requisitos (transparência e motivação) são fundamentais para evitar qualquer dúvida sobre a validade do processo de conversão, bem como permitir o controle da sociedade e de órgãos estatais, em sintonia com os valores democráticos.

## 6. Conclusão

Nesse viés, considerando todo o exposto no presente trabalho, que não tem a pretensão de esgotar o tema, pode-se extrair as seguintes conclusões:

- Atualmente, existe um quadro de ineficácia na cobrança de multas regulatórias pelos agentes encarregados da regulação.
- Os usuários do serviço público concedido não tem qualquer benefício direto com a arrecadação de tais sanções pecuniárias.
- A conversão de multas em investimentos tem como fundamento principal os Princípios da Finalidade Administrativa e Consensualidade.
- Os requisitos principais a serem exigidos para aferir a legitimidade do processo de conversão são: ser um investimento extraordinário ao contrato de concessão, autorização do Poder Concedente e previsão de tais investimentos em Termo Aditivo, estipulando montantes, prazos e condições para viabilizar a adequada fiscalização.
- É indispensável a abertura de processo regulatório perante o órgão regulador competente para análise do pleito de conversão, pois tal medida seria consentânea com o devido processo legal, bem como pela transparência e *accountability* de todo o processo correlato.

<sup>13</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 186

- Não existe dever de punir e sim o dever de apurar as transgressões do agente regulado, no entanto, mediante ponderação regulatória técnica, pode-se optar, por medida alternativa que melhor atenda aos objetivos previstos no contrato de concessão e na política pública aplicável ao setor regulado.

- O papel da Advocacia Pública deve ser o de zelar pela legalidade e transparência do processo de conversão, sempre respeitando a política pública definida legalmente pelos agentes políticos eleitos.

## 7. Bibliografia

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

[http://www.techoje.com.br/site/techoje/categoria/detalhe\\_artigo/1172](http://www.techoje.com.br/site/techoje/categoria/detalhe_artigo/1172)

<http://uc.socioambiental.org/noticia/acordo-inedito-preve-conversao-de-multa-em-investimentos-em-reserva-no-parana>. Acesso em 23/02/2015.

<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2013/02/anatel-quer-transformar-multa-contras-operadoras-em-investimento.html>. Acesso em 23/02/2015.

<http://www.altosestudos.com.br/?p=50561>. Acesso em 18/08/2015.

<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2013/02/anatel-quer-transformar-multa-contras-operadoras-em-investimento.html>. Acesso em 23/02/2015.

<http://uc.socioambiental.org/noticia/acordo-inedito-preve-conversao-de-multa-em-investimentos-em-reserva-no-parana>. Acesso em 23/02/2015.

MAZZA, Alexandre. Agências Reguladoras. São Paulo: Malheiros, 2005. Coleção: Temas de Direito Administrativo. V. 13.

MORAES, Alexandre de. Agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. (org.). Agências Reguladoras. São Paulo: Atlas, 2002.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Mutações de Direito Público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_, Diogo de Figueiredo Moreira. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_, Diogo de Figueiredo Moreira. Poder, Direito e Estado. O Direito Administrativo em tempos de globalização. Rio de Janeiro: Fórum, 2011.

Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado. Nº 68/2014.