

O Papel das Agências de Regulação
Fundap em 24 de setembro de 2008

O Papel das Agências Reguladoras

Texto relativo à Exposição feita por

Zevi Kann

Diretor de Regulação e Fiscalização dos Serviços de Gás
Canalizado da ARSESP.
Diretor da ABAR

As Agências Reguladoras surgem em razão da reordenação das atividades estatais, de sorte a permitir uma melhor aplicação dos recursos do Estado – com a atuação mais intensa do governo nas atividades tipicamente estatais, tais como saúde, segurança, educação e outras – bem como propiciar a melhoria nos serviços públicos prestados por empresas controladas direta ou indiretamente pelo Estado – mediante a transferência dessas atividades à iniciativa privada, que lhes aporta os necessários investimentos. À medida que há a transferência das atividades prestadas direta ou indiretamente pelo Estado à iniciativa privada, deixa de ocorrer a auto-regulação, ou seja, a prestadora dos serviços tece e impõe as próprias regras de prestação do serviço.

A telefonia era exemplo cabal dessa prática, pois, a empresa estabelecia os preços das linhas telefônicas, os prazos e condições de operação e mudava as regras se não havia condições de atendimento e pronto. Com o novo ambiente, as Agências Reguladoras passaram a criar as regras, tarifas, condições de prestação e controlar e fiscalizar a performance das concessionárias, buscando a modicidade tarifária e a prestação adequada dos serviços.

As Agências existentes atualmente são as que se seguem:

Agências Reguladoras Federais

- ✓ Aneel – Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996.
- ✓ Anatel – Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.
- ✓ ANP – Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.
- ✓ Anvisa – Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999.

- ✓ ANS – Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000.
- ✓ ANA – Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000.
- ✓ ANTT – Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001.
- ✓ Antaq – Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001.
- ✓ Ancine – MP nº 2.228, de 6 de setembro de 2001.
- ✓ Anac – Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005.

Agências Reguladoras Estaduais (Filiadas a ABAR)

- ✓ ADASA – Agência Reguladora de Águas e Saneamento do Distrito Federal
- ✓ AGEAC – Agência Reguladora dos Serviços Públicos do Estado do Acre
- ✓ AGENERSA – Ag. Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Est. do Rio de Janeiro
- ✓ AGEPAN – Ag. Estadual de Regulação de Serviços Públicos do Mato Grosso do Sul
- ✓ AGER – Ag. Est de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado do Mato Grosso
- ✓ AGERBA – Ag. Est. de Regulação de Serviços Púb.de Energia, Transporte e Comunicações da Bahia.
- ✓ AGERGS – Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul
- ✓ AGESC – Agência Reguladora de Serviços Públicos de Santa Catarina
- ✓ AGETRANSP – Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes
- ✓ Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro
- ✓ AGR – Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos
- ✓ ARCE – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará
- ✓ ARCON – Agência Estadual de Regulação e Controle de Serviços Públicos
- ✓ ARPB – Agência de Regulação do Estado da Paraíba

- ✓ ARPE – Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco
- ✓ ARSAL – Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Alagoas
- ✓ ARSAM – Agência Reguladora dos Serviços Públicos Concedidos do Estado do Amazonas
- ✓ ARSEP – Agência Reguladora de Serviços Públicos do RN
- ✓ ARTESP – Ag. Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Est. de São Paulo
- ✓ ASPE – Agência de Serviços Público de Energia do Estado do Espírito Santo
- ✓ ATR – Agência Tocantinense de Regulação Controle e Fiscalização de Serviços Públicos
- ✓ ARSESP – Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo

Além das Agências citadas, um conjunto de Agências Municipais tem sido criado, atuando especialmente na área de saneamento.

Observa-se, no entanto, que não existe uma regra geral para a criação de Agências, sendo que a questão do porte do mercado das áreas reguladas é o critério principal para a opção por 1, 2 ou mais Agências estaduais, ou seja, uma Agência regulando todas as atividades que devem ser fiscalizadas pelo Estado, ou então 2 Agências com várias atividades cada uma, ou até mesmo uma Agência para cada atividade.

Entretanto, uma arquitetura institucional adequada para as agências reguladoras é fundamental para o crescimento econômico. Sem regras claras e confiança, o investimento privado não se materializa. A crise fiscal do Estado Brasileiro não permite indefinições. Sem instituições que garantam a segurança do investidor será difícil para o país enfrentar o seu déficit de infra-estrutura. Em face desse diagnóstico, o Banco Mundial, a Confederação Nacional das Indústrias – CNI e a Associação Brasileira das Agências – ABAR realizaram, em 2004, estudos, diagnosticando e oferecendo alternativas na busca do ambiente institucional adequado no sentido de as Agências Reguladoras cumprirem o papel para o qual foram criadas.

Em 2004, o Relatório do Banco Mundial – Projeto PPIAF, apresentou o relatório “Fortalecimento da Estrutura Institucional e Regulatória do Setor Energético Brasileiro” – aplicável especificamente à Aneel.

Este documento fundamentou as seguintes conclusões:

- ✓ Proposta de varas judiciais específicas para assuntos regulatórios;
- ✓ Controle Social ao invés de contrato de gestão;
- ✓ Descentralização – eficácia e regras;
- ✓ Impedir o contingenciamento de recursos;
- ✓ Práticas próprias de contratação de pessoal;
- ✓ Remuneração compatível com a das empresas reguladas;
- ✓ Padrões éticos rigorosos aplicáveis a diretores e funcionários;
- ✓ Critérios para composição da diretoria e formação acadêmica dos diretores;
- ✓ Questões relacionadas à transparência dos processos decisórios;
- ✓ Limites claros de competências governo/agências

Proposta de varas judiciais específicas no sentido de evitar excessiva judicialização dos processos. Atualmente observa-se que após as Agências esgotarem os trâmites administrativos, às vezes por longos anos, as partes obtêm uma simples liminar no juizado de 1º grau, certamente com pouco preparo para as complexas questões envolvidas na regulação e criteriosamente analisada pelas Agências. O objetivo desta proposta é também a de permitir maior celeridade as processo. Além de garantir uma melhor coordenação entre os agentes do setor, agências reguladoras, advogados e poder judiciário, a fim de promover a sólida evolução da regulação no Brasil.

Controle Social ao invés de contrato de gestão na medida em que ao invés do uso de contratos de desempenho, deve-se exercer o controle social da maneira indicada a seguir:

- ✓ Os poderes legislativo e executivo (ex: CNPE), com a assessoria do Tribunal de Contas, e com a utilização de serviços de consultores independentes e imparciais, devem realizar revisões periódicas regulares (no mínimo a cada três anos) em todo o sistema regulatório, incluindo o reexame de leis e políticas pertinentes, que privilegiem as práticas e o desempenho das agências reguladoras, os processos e os procedimentos a serem seguidos e os

resultados em termos de qualidade de serviço, preços, lucratividade e outras questões pertinentes. Esses procedimentos de revisão devem ser abertos à participação pública e realizados de maneira totalmente transparente. Eles devem finalizar com a publicação de um relatório com os resultados e recomendações relativas a mudanças de leis ou de políticas, expectativas dos órgãos reguladores, alocações de recursos e demais questões pertinentes. As revisões subsequentes devem partir da revisão das recomendações do relatório anterior. Embora o relatório possa elogiar ou criticar indivíduos, o corpo de revisão não tem nenhuma autoridade para tomar medidas que comprometam a independência de reguladores individualmente.

- ✓ Caso seja criada a função de Ouvidor, o mesmo poderá ajudar as autoridades na realização de revisões periódicas, recomendar revisões especiais quando sentir que esse procedimento é necessário, além de fazer críticas quando julgar justificável. Ele também poderá ajudar a ANEEL a se tornar mais eficaz. O Ouvidor, entretanto, nunca deverá ter poder para fiscalizar a ANEEL ou qualquer um dos seus funcionários.
- ✓ Descentralização – eficácia e regras na medida em que a ANEEL deve promover maior interação com as agências reguladoras estaduais com as quais mantém convênios de descentralização, através das seguintes medidas:
- ✓ Realizar audiências públicas, com a participação das agências reguladoras estaduais, sempre que as tarifas de distribuição estiverem sendo revistas nos seus Estados ou sempre que houver outro assunto de interesse comum (p. ex., qualidade do serviço) a ser discutido;
- ✓ Permitir que as agências reguladoras estaduais tenham um papel de assessoria, ou qualquer outro papel formal junto à ANEEL, quando se tratar de estabelecer tarifas para distribuidores nos seus Estados;
- ✓ Estabelecer programas formais de intercâmbio em que funcionários das agências reguladoras estaduais trabalhem na ANEEL durante determinados períodos e em que funcionários da ANEEL façam a mesma coisa nas agências estaduais;

- ✓ Permitir que funcionários das agências reguladoras estaduais trabalhem com funcionários da ANEEL em questões, como tarifas de distribuição, nas quais as agências tenham interesse comum;
- ✓ Desenvolver programas de treinamento conjunto para os funcionários da ANEEL e das agências reguladoras estaduais.

Fazer uma experiência, em bases limitadas, com a agência reguladora estadual mais competente, delegando-lhe a revisão das tarifas de distribuição, de acordo com as diretrizes gerais da ANEEL, bem como considerar a possibilidade de a ANEEL rever a decisão proposta pela agência estadual.

Impedir o contingenciamento de recursos na medida em que o contingenciamento compromete a qualidade da realização da missão da Agência e sobretudo em face de os recursos arrecadados serem destinados à fiscalização dos serviços públicos de energia elétrica.

Práticas próprias de contratação de pessoal na medida em que deve haver escolha do servidor com experiência compatível à necessidade da Agência não podendo esta ficar refém de regras gerais do Estado para contratação.

Remuneração compatível com a das empresas reguladas na medida em que ficam os servidores da Agência sujeitos à migração para empresas reguladas ou, em tendo salários menores, fica sujeita a Agência a contratar funcionários menos capazes àqueles das empresas reguladas, comprometendo a fiscalização.

Padrões éticos rigorosos aplicáveis a diretores e funcionários na medida em que não devem ser estes capturados pela empresa regulada.

Critérios para composição da diretoria e formação acadêmica dos diretores em face de a Agência dispor de capacidade técnica e não simplesmente política.

Questões relacionadas à transparência dos processos decisórios na medida em que devem ser de conhecimento público as decisões da Agência.

Limites claros de competências governo/agências na medida em que a Agência tem uma posição independente da do governo no sentido de que as suas decisões sejam técnicas e imparciais entre governo/empresa regulada/consumidores.

Em 2004, a CNI – Confederação Nacional da Indústria apresentou ampla análise da questão das agências no relatório “A Experiência Internacional e a Avaliação da Proposta de Lei Geral Brasileira”.

Análise sobre a proposta da Lei das Agências então apresentada pelo executivo abordando entre outros assuntos:

- ✓ Desenho Institucional de uma agência reguladora e a importância de sua independência;
- ✓ A transferência do poder concedente para os ministérios;
- ✓ Os mecanismos da prestação de contas e transparência;
- ✓ A articulação agências - órgãos de defesa da concorrência.

Neste documento são ainda apontadas as medidas levantadas pelo Banco Mundial, que também detém experiência útil na análise do tema. O quadro abaixo sintetiza algumas das recomendações, apontando medidas a serem adotadas com vistas a fortalecer a atuação das agências reguladoras.

Políticas Públicas em Debate
Ciclo de Seminários

Problema	Medidas	Requisito
Marco legal inadequado para as agências reguladoras funcionarem.	Aperfeiçoar o marco existente por meio de melhores mecanismos de resolução de conflitos e assegurando-se a independência das agências.	O governo precisa identificar e enfrentar essas questões.
Indefinição ou definição inadequada do papel das agências reguladoras e do escopo da regulação.	Formulação de diretrizes que melhor definam o papel das agências reguladoras e o escopo da regulação.	O governo precisa ter uma estratégia clara desde o início do processo.
Necessidade de benchmarking	Países grandes com múltiplos prestadores de serviços devem considerar estabelecer sistema de informação no nível central. Melhor definição das informações requisitadas das empresas reguladas.	O governo deve tomar a iniciativa na criação de um benchmarking.
Necessidade de estabelecer legitimidade e accountability dos reguladores frente ao público.	Comunicação clara, pelo governo, do papel dos reguladores quando da criação das agências reguladoras. Divulgação para o público do desempenho das empresas reguladas e das agências reguladoras. Estabelecimento de um mecanismo eficaz para participação do usuário do serviço no processo de atuação das agências reguladoras.	Comprometimento do governo com a política regulatória e a promoção da conscientização social acerca do papel das agências reguladoras.
Falta de capacidade da agência reguladora.	Treinamento dos funcionários das agências reguladoras. Estabelecimento de manuais e guidelines de atuação das agências reguladoras, disponíveis também para o público. Fornecimento de material humano, equipamento adequado e espaço físico. Autonomia financeira das agências reguladoras.	O governo deve assegurar o financiamento adequado das agências.
Falta de independência e autonomia das agências.	Autonomia política das agências no processo de tomada de decisões.	Comprometimento do governo com o modelo de agências reguladoras.
Determinação das tarifas (pressão para estabelecimento de tarifas sociais)	Transparência na formulação dos preços e na concessão de subsídios.	
Dificuldade de comunicação das atividades e das políticas adotadas pelas agências.	Estímulo aos instrumentos de comunicação das agências e à participação popular.	

O mesmo relatório prevê ainda as MELHORES PRÁTICAS, conforme seguem:

- ✓ da definição clara e do respeito à autoridade e à independência das agências
- ✓ reguladoras;

- ✓ da transparência no processo de atuação das agências reguladoras, seus princípios
- ✓ e abordagens;
- ✓ do reconhecimento, na configuração do modelo regulatório, da capacidade e dos
- ✓ recursos limitados para a realização das atividades de regulação;
- ✓ da definição de uma estrutura das agências reguladoras competente, equilibrada,
- ✓ independente e orientada para a formulação de políticas;
- ✓ da efetiva utilização de habilidades técnicas e administrativas para execução das
- ✓ tarefas das agências reguladoras; e
- ✓ de um conjunto claro e racional de políticas e procedimentos na formulação de
- ✓ decisões pelas agências reguladoras.

Verifica-se também o Projeto de Lei das Agências 3337, de 2004 (Substitutivo 2007-Dep. Leonardo Picciani – Relator). Este Projeto levou em conta os aspectos criticáveis e propondo regras que avançam, obtendo-se o melhor arcabouço jurídico-legal à prática regulatória das Agências Reguladoras.

Principais críticas:

- ✓ Contratos de gestão;
- ✓ Não define Agência Reguladora, apenas enquadra as Agências Reguladora atuais;
- ✓ Não resolve a questão do contingenciamento de recursos;
- ✓ Ouvidor com poderes excessivos.

Principais avanços:

- ✓ Transparência;
- ✓ Articulação entre agências;
- ✓ Mecanismos de substituição de Diretores na vacância.

A ABAR juntamente com a FIESP coloca em pauta proposta alternativa.

Proposta alternativa ABAR/FIESP:

- ✓ Lei-Quadro sobre Agências Reguladoras;
- ✓ Instrumento de controle pelo Congresso Nacional;
- ✓ Definições claras sobre mandatos e substituições;
- ✓ Articulação entre as Agências Reguladoras e Órgãos de Defesa da Concorrência;
- ✓ Descentralização enquanto regra e não como exceção;
- ✓ Instituição de Conselho Consultivo, com participação da sociedade
- ✓ Limites à atuação do ouvidor;
- ✓ Mecanismos explícitos sobre a autonomia das Agências Reguladoras;
- ✓ Impedimento de contingenciamentos.

As propostas da ABAR/FIESP são importantes, sobretudo, em face de a ABAR ser uma associação em que os membros são agências reguladoras e as experiências são importantes no sentido de as propostas contam com a expertise daqueles que vivem o dia-a-dia do fazer regulatório.

Lei-Quadro se faz importante na medida em que desenharia em contornos claros o que é uma Agência Reguladora não confundindo outros órgãos cujas funções embora se assemelhem ao de uma Agência Reguladora, mas não é essa a sua função.

Instrumento de controle pelo Congresso Nacional na medida em que se tratam as atividades das Agências Reguladoras questões de interesse público, devendo o Congresso Nacional avaliar as decisões, não ficando nunca sujeita a sociedade à decisão unilateral do Executivo.

As definições sobre mandatos e substituições devem ser claras tanto no sentido de não promover a vacância nos quadros das Agências Reguladoras quanto o de não comprometer a experiência e a continuidade das atividades. Nesse sentido, devem os mandatos não ser coincidentes, devem ser verificadas em que medidas as substituições compreendem mandatos completos, etc.

A articulação entre as Agências Reguladoras e Órgãos de Defesa da Concorrência é imprescindível até mesmo em razão de o papel da Agência Reguladora se aparentar ou complementar as atividades dos Órgãos de Defesa da Concorrência.

A Descentralização enquanto regra e não como exceção é importante em face de que as Agências Reguladoras locais (estaduais ou municipais) estão mais próximas dos usuários e das empresas reguladas, podendo dar conta das idiossincrasias de cada problema ou situação, concorrendo para uma melhor eficácia da fiscalização.

A instituição de Conselho Consultivo, com participação da sociedade, é imperativa, na medida em que as decisões da Agência Reguladora estará sendo avaliada por uma verdadeira representatividade da sociedade. Os Conselhos Consultivos devem ter real representatividade da sociedade. Nesse sentido, propõe-se que sejam compostos, conforme segue:

- ✓ diretor da Agência;
- ✓ representante da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON;
- ✓ representante da sociedade civil, indicado pelos Conselhos de Consumidores;
- ✓ representantes das empresas reguladas;
- ✓ representantes do Sindicato empresarial;
- ✓ representantes dos trabalhadores nas empresas reguladas;
- ✓ representante da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo - FIESP, indicado na forma estabelecida em decreto;
- ✓ membros de livre escolha do Executivo;
- ✓ representante da federação do comércio;
- ✓ outros representantes de organizações ou segmento da sociedade que esteja vinculada ou guarde afinidade com o serviço fiscalizado pela Agência Reguladora.

Os limites à atuação do ouvidor são necessários em razão de este não se tornar uma peça que atravanque o bom desempenho das atividades da Agência ou então que venha a trazer a possibilidade de o Ouvidor ter decisões unilaterais, baseadas mais no humor do que na razão.

Os Mecanismos explícitos sobre a autonomia das Agências Reguladoras são assaz importantes. A Agência somente poderá atuar eficazmente se puder ter autonomia na sua

gestão não só financeira como sobretudo administrativa. Não pode a Agência depender de driblar a burocracia da administração pública para realizar suas atividades. Tampouco deve a Agência estar subordinada de forma vertical ao Executivo. A função da Agência é a de mediador entre o Executivo, que é o Poder Concedente, o Usuário e a Empresa Regulada. Não deve ser refém nem de nenhum destes três vértices. Via de regra, as leis de criação das Agências anunciam a Agência Reguladora como autônoma, contudo não há mecanismos claros sobre essa autonomia. O que ocorre é que o expediente da Agência termina no lugar comum da Administração Pública, devendo a Agência ficar refém do Poder Executivo, devendo submeter a este as suas decisões, comprometendo, por assim dizer, a independência no fazer regulatório. Deve ser ainda os mecanismos ser explícitos sobre a possibilidade de a Agência realizar convênios, contratar peritos e serviços sem os entraves comuns à Administração Pública. Não deve a Agência ficar imobilizada para a realização de concursos e contratação de servidores.

O impedimento de contingenciamentos é necessário, antes de tudo, por ser o recurso arrecadado, em sua maior parte senão na totalidade, de taxa de fiscalização. A taxa de fiscalização é recolhida com a finalidade explícita da regulação, controle e fiscalização dos serviços regulados. Portanto, se apresenta ilegal o contingenciamento, vez que pode se entender como desvio de finalidade. Depois, os recursos da taxa de fiscalização são mensurados de forma a dar conta das reais necessidades da Agência Reguladora em realizar as suas atividades. Portanto, eventuais contingenciamentos não fazem senão comprometer o exercício das atividades da Agência Reguladora tornando irregular a arrecadação.

Bibliografia:

- Relatório do Banco Mundial – Projeto PPIAF, Ashley C. Brown e Ericson de Paula, 2004.
- Agências Reguladoras: A Experiência Internacional e a Avaliação do Proposta de lei Geral Brasileira, Gesner Oliveira, Bruno Werneck e Eduardo Luiz Machado, CNI Confederação Nacional da Indústria, Brasília, 2004.
- Projeto de Lei Nº 2.633, de 2003, Deputado Ivan Ranzolin, Relator: Deputado Leonardo Picciani.
- Proposta de Projeto de Lei, ABAR/FIESP, 2007.