

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

Agências Reguladoras: Alcance e Limites

Texto relativo à Exposição feita por

Josef Barat

Doutor em Economia, Administração e Legislação Urbanísticas pela Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Ex-diretor da ANAC.

Introdução

Nas três últimas décadas, a chamada globalização propiciou a convergência de duas tendências em escala mundial. De um lado, a extraordinária mobilidade do capital privado, buscando novas oportunidades de investimento e, de outro, a redução do papel do Estado na dinâmica do desenvolvimento econômico. Esta convergência resultou no interesse crescente do capital privado em investir em empreendimentos com longos períodos de maturação e retornos mais seguros para as suas aplicações.

As infra-estruturas de serviços públicos, ou seja, de energia, logística e transporte, telecomunicações e saneamento – com forte tradição de investimentos estatais – tornaram-se atraentes para investidores que buscavam aplicações de longo prazo. O capital privado foi absorvido gradualmente nas infra-estruturas, por meio dos mecanismos de concessões de longo prazo ou parcerias público/privadas em empreendimentos conjuntos. O surgimento ou revigoração de agências reguladoras autônomas foi uma decorrência deste processo. Elas foram criadas com o objetivo de estabelecer regulamentos e normas para a prestação de serviços públicos delegados ao setor privado, por meio de concessões ou parcerias, bem como de buscar equilíbrio e harmonia entre ações do Estado, interesses dos usuários e obrigações dos delegatários.

Sabe-se que, do ponto de vista econômico, a prestação de serviços públicos envolve frequentemente situações de monopólio natural, oligopólio ou simplesmente reservas de mercado, que geram imperfeições e assimetrias nas relações entre provedores dos serviços e usuários. Ao se delegar a exploração dos serviços ao setor privado torna-se necessário

criar mecanismos de regulação com a finalidade de corrigir as imperfeições e assimetrias, quando existentes no mercado.

Em mercados onde a competição pode ser estimulada, ou seja, onde atuam várias concessionárias e há investimentos intensivos em capital e tecnologia, cabe à regulação estabelecer normas capazes de atender à condição híbrida de serviço público – sujeito às exigências de universalização, modicidade de tarifas, qualidade, etc. – e de atividade econômica, sujeita à dinâmica do mercado. Neste caso, a regulação adquire maior complexidade, não podendo ser, nem intervencionista a ponto de desestimular a competição, nem chegar a extremos de desregulamentação que acabem por prejudicar o interesse coletivo e propiciar a competição predatória.

Documento elaborado para o ciclo de seminários Debates FUNDAP - Políticas Públicas sobre o tema “O papel das Agências de Regulação” em Setembro de 2008.

Conceituação

A rigor, não há definição plenamente aceita do termo regulação. Este pode designar tanto os mecanismos institucionais e legais que visam estimular a competição e coibir abusos e assimetrias no mercado, como abranger formas mais complexas de “disciplinar” a economia como um todo. O sentido do termo pode variar em função do país e mesmo de conotações políticas.

Todavia, no caso dos serviços públicos, sejam eles prestados por empresas privadas ou estatais, entende-se por regulação a sujeição do prestador do serviço a um conjunto de normas, regras e contingências preestabelecidas em contratos, que visam a segurança, a qualidade, o preço e a disponibilidade dos serviços, bem como bem como cooperar com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE na defesa contra o abuso contra o abuso do poder econômico e a formação de cartéis ou monopólios. O substrato comum da regulação moderna é o do exercício da função por entes autônomos, separando decisões técnicas de influências políticas.

Na União Européia, o conceito de regulação sempre foi bastante amplo, abrangendo uma complexa rede de instituições e legislações, desde a administração empresarial dos prestadores dos serviços públicos até o controle social da concessão por parte do Estado.

Prevaleceu, em maior ou menor grau, a idéia de um capitalismo regulado, cujo substrato é o objetivo maior de evitar crises cíclicas e o desemprego. A concepção européia continental não deixou de implicar em interferência mais acentuada do Estado na economia. No entanto, as novas regras da União Européia estão caminhando consistentemente no sentido de maior liberalização da economia e menor intervenção estatal.

Nos Estados Unidos, a regulação tem um sentido mais específico e pragmático. O controle e a fiscalização são focalizados no interesse público e exercidos por agências reguladoras independentes e setoriais, com poderes sobre serviços de utilidade pública ou mesmo atividades econômicas. As agências procuram, em geral, arbitrar conflitos entre produtores e consumidores. Apesar da grande força do modelo regulador norte-americano, numa perspectiva histórica observam-se oscilações nos poderes das agências. Cabe lembrar, todavia, que apesar da grande autonomia que têm as agências reguladoras, elas devem apresentar seus atos normativos ao *Regulatory Working Group*, órgão central do governo incumbido de alertá-las para atos considerados desnecessários, dúplices ou conflitantes com políticas governamentais.

Pode-se dizer que a tendência mundial de privatizar empresas estatais e ampliar concessões e parcerias com empresas privadas para a exploração de serviços públicos teve na regulação o seu aspecto mais importante. O âmago da questão foi sempre o da reforma do Estado, no sentido de criar instituições públicas sólidas e autônomas, capazes de regular as ações das concessionárias e defender o interesse público.

Ou seja, trata-se essencialmente da criação de uma base institucional que permita regular a prestação dos serviços em termos de:

- a) Garantia da modicidade das tarifas, qualidade dos serviços e amplo acesso aos seus benefícios (universalização);
- b) Controle do poder do mercado, quando as economias de escala ou os ganhos de produtividade não são compartilhados entre produtores e consumidores;
- c) Coibição ou redução dos efeitos das “externalidades”, quando o bem-estar da sociedade ou de um segmento social é diretamente afetado pelas ações do agente privado;

- d) Proteção dos consumidores em relação às assimetrias ou deficiências de informação; e
- e) Proteção dos consumidores, coibindo a competição predatória.

Num moderno contexto de regulação autônoma e gestão inteligente de sistemas complexos, prevalece a idéia de compartilhar responsabilidades entre governo, sociedade e empresas concessionárias ou parceiras. Cabe às empresas e à sociedade (por meio das suas representações legítimas) ter uma participação mais ativa nas tarefas de planejamento estratégico da regulação e estabelecimento de diretrizes e metas setoriais. Com isso, se tenta superar a tradicional atitude passiva e reativa às decisões impostas pelo Executivo.

A efetividade da ação reguladora se baseia no tripé *aquiescência/legitimidade/confiança*. Toda regulação, para ser efetiva, depende da vontade dos atores envolvidos em aquiescer e cooperar, de forma a cumprir normas, regulamentos e metas. Depende da legitimidade de quem exerce a regulação e da confiança nas regras e procedimentos estabelecidos. O sistema (e ambiente) ideal de regulação é aquele baseado em informação, autoridade, direção e liderança e não em burocracias rígidas e pesadas.

Num ambiente democrático, a legitimidade é a essência da regulação, pois a autoridade resulta da plena representação dos atores envolvidos e da discussão aberta de temas e propostas. Por fim, a confiança depende fundamentalmente da capacitação técnica de quem regula e da preservação das regras do jogo, sem mudanças bruscas e sobressaltos intimidadores, que minam a autoridade do poder regulador. A desconfiança por parte de investidores privados trava as intenções de investir.

Resumindo o que foi exposto, a pergunta “*Por que regular?*” pode ser respondida com os seguintes argumentos:

- I. Em qualquer tipo de concessão, surgem circunstâncias, previstas ou não, que exigem ações de normalização, controle, fiscalização e monitoração por parte de um ente regulador independente;
- II. Para bens e serviços que podem ser produzidos e vendidos em um mercado competitivo, a privatização das empresas estatais e/ou a liberalização dos entraves à concorrência, são suficientes;

III. Quando se trata da prestação ou consumo de serviços públicos, há condições de monopólio natural ou imperfeições de mercado que obrigam a manter um controle e supervisão dos serviços concedidos.

Quanto à indagação sobre “Quais os objetivos da regulação?”, pode-se dizer que ela é necessária para as concessões de serviços públicos, antes de tudo, para:

1. Implementar as diretrizes emanadas das políticas públicas setoriais;
2. Proteger os interesses dos usuários;
3. Garantir a modicidade dos preços;
4. Assegurar padrões adequados de qualidade e segurança; e
5. Arbitrar conflitos de interesse.

A Regulação no Brasil

As discussões recorrentes sobre o papel das agências reguladoras, fazem jus à fina ironia de Ivan Lessa: “no Brasil, a cada 15 anos, esquecemos o que aconteceu nos últimos 15”. Os que a elas são contrários esquecem que foram criadas para atender o imperativo de redefinir o papel do Estado, diante da falência do modelo de desenvolvimento centrado no intervencionismo estatal. O Estado brasileiro ficou impossibilitado de manter níveis mínimos de investimento para assegurar a preservação da qualidade dos serviços públicos e a expansão das infra-estruturas. As concessões e empreendimentos em parceria público/privada representaram uma saída para alterar parcialmente o modelo que gerou o descontrole das contas públicas, a inflação crescente, assim como o crescimento acelerado dos endividamentos interno e externo.

Por décadas tentou-se contornar o problema do gigantismo da gestão estatal por meio da criação sucessiva de autarquias, empresas públicas e outras entidades paraestatais. No entanto, quanto mais se buscava a descentralização administrativa, mais se fortalecia a estrutura estatal. Já nos anos 80, a excessiva concentração de funções na esfera federal indicou a via da descentralização – nem sempre bem sucedida – de funções e meios para estados e municípios. Em meados dos anos 90, porém, a busca da contemporaneidade decorreu das constantes ameaças de hiperinflação e da falta de controle dos gastos públicos.

A saída se deu, tanto pela privatização de atividades econômicas exercidas pelo Estado, quanto pela transferência, por meio de concessão às organizações privadas, da operação e investimentos nas infra-estruturas de serviços públicos. Sabe-se que, no caso dos serviços ou bens públicos, a responsabilidade última é do Estado, pois se trata de algo essencial ao bem comum. As agências reguladoras foram criadas justamente para dar ao Estado, como poder concedente, segurança e controle, ditando normas estáveis de condução entre os agentes envolvidos, ou seja: o poder público, o prestador dos serviços, os investidores e os usuários.

Na ausência de uma reforma mais profunda do Estado, a criação das agências reguladoras representou o avanço possível. A nova concepção de descentralização implicou na quebra de privilégios e monopólios estatais, na abertura da economia e na redução de barreiras ao capital privado. Passou a haver o interesse de investidores nacionais e internacionais em explorar atividades outrora de exclusiva competência do Estado. Obviamente o surgimento das agências reguladoras não foi imune aos conflitos de interpretação dos seus papéis, pela dificuldade de entendimento e aceitação da divisão de atribuições entre Estado, governos e agências.

Parece óbvio que cabe ao Estado estabelecer parâmetros gerais de políticas públicas e preservar os objetivos estratégicos de longo prazo. Aos governos, nos três níveis, cabe aprofundar políticas, planejar e definir prioridades de investimentos. Às agências, cabe gerenciar tecnicamente e controlar os entes regulados, bem como cumprir as diretrizes e prioridades de governo emanadas das políticas públicas de longo prazo. Neste sentido, o problema central com relação à exploração dos serviços públicos por meio de concessões é o da *regulação*.

Não se pode avaliar as chamadas privatizações de serviços públicos essenciais com os mesmos critérios utilizados para as atividades econômicas, antes exercidas por empresas estatais. A siderurgia, petroquímica ou mineração, por exemplo, são atividades voltadas para o mercado e por ele inteiramente reguladas. Cabe ao mercado, portanto, corrigir as ineficiências das empresas privatizadas. Quando muito, o poder público pode estimular ou induzir metas de produção tendo em vista objetivos estratégicos mais abrangentes. Pode,

também, coibir a formação de cartéis e o abuso do poder econômico, o que é válido, aliás, para qualquer atividade econômica.

Num serviço público, porém, a incompetência do concessionário pune severamente o usuário e a sociedade, como se constata em setores mal regulados. No que diz respeito aos serviços públicos essenciais, num ambiente em que empresas estatais exploravam diretamente os serviços de energia, telecomunicações, saneamento e transportes, confundiam-se os papéis, tanto de *concessionária e poder concedente*, de um lado, como os de *acionista e caixa*, de outro. Assim, as estatais foram simultaneamente *jogadoras e juízes*, uma vez que definiam as políticas, prioridades e metas que iriam executar – freqüentemente sem nenhum tipo de monitoração de desempenho.

Além disso, as empresas estatais não tinham nenhuma autonomia nem responsabilidade pela gestão financeira e seus prejuízos eram simplesmente cobertos por recursos do Tesouro. Isto, sem falar nas ingerências políticas que as transformaram em “feudos” de grupos ou partidos. Por essas razões, é saudável a criação de num ambiente em que os serviços públicos são concedidos para a exploração privada, com as políticas e definições de caráter estratégico dadas pelo poder concedente. Cabe à concessionária cumprir as metas de investimentos e os compromissos relacionados com desempenho e qualidade, estabelecidos contratualmente.

A gestão financeira e a superação de problemas operacionais são de inteira responsabilidade da concessionária, de forma que o equilíbrio econômico/financeiro da concessão só se torna objeto de questionamento quando da ocorrência de fatores fortuitos (de força maior) e exógenos à gestão privada do empreendimento, em geral cobertos por garantias.

Desta forma, vale repetir, a criação de uma base institucional para regular a prestação dos serviços torna-se essencial para propiciar a modicidade das tarifas, qualidade dos serviços e amplo acesso das pessoas aos seus benefícios. Como os serviços públicos são de responsabilidade última do Estado – mesmo com a exploração de terceiros – são necessários regulamentos, mecanismos de fiscalização e controle, bem como a monitoração permanente de resultados e qualidade. Obviamente, a maior abrangência dos regulamentos e mecanismos é função da maior *essencialidade* dos serviços, principalmente se

considerarmos as carências acumuladas historicamente no atendimento público em uma sociedade marcada pela desigualdade.

Além disso, como os interesses de concessionárias e consumidores são, com frequência, divergentes, cabe à uma instituição pública com ampla representatividade, arbitrá-los. Este é o papel das *Agências Reguladoras* que vem sendo criadas em paralelo às outorgas de concessões. Infelizmente, como a sua estruturação e atuação efetiva atrasou-se em relação à enxurrada de privatizações, o não cumprimento de metas e as deficiências na prestação dos serviços ficaram, freqüentemente, sem os necessários controles.

A atuação das agências reguladoras abrange um amplo espectro de atividades, desde as de fiscalizar, baixar regulamentos e atos normativos, até a possível arbitragem e mediação de conflitos de interesse. Para exercer tais poderes – delimitados por lei – as agências foram dotadas de personalidade jurídica de direito público, na qualidade de autarquias especiais. No Brasil, cada agência reguladora foi criada mediante lei específica. Foram criadas, entre outras:

- I. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (lei nº 9.427/96);
- II. Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (lei nº 9.472/97);
- III. Agência Nacional do Petróleo – ANP (lei nº 9.478/97);
- IV. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (lei nº 9.782/99);
- V. Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (lei nº 9.961/00);
- VI. Agência Nacional de Águas – ANA (lei nº 10.752/03); e
- VII. Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC (lei nº 11.182/05).

Muitos estados criaram as suas agências reguladoras visando, da mesma forma que as nacionais, regular os serviços públicos delegados. Pode-se mencionar os estados da Bahia, Ceará, Pará, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Rio Grande do Norte, Rio de Janeiro e São Paulo. Além de suas funções específicas em relação aos serviços delegados dos estados, as agências estaduais podem firmar convênios com as agências nacionais visando realizar os serviços de regulação nacional dentro de seu território.

Alcance e Limites das Agências.

As agências reguladoras são, portanto, responsáveis por atos regulamentares e normativos, além do exercício da fiscalização das concessões e parcerias público-privadas. Sempre é importante frisar que as agências representam os interesses maiores do Estado, e não de governos, uma vez que foram criadas para dar ao poder público concedente segurança e controle, visando a adequada oferta de serviços ou bens públicos, de responsabilidade do Estado. Pode-se dizer, assim, que não há possibilidade de descentralizar funções estatais ao setor privado, sem a existência de agências reguladoras.

Uma concessão de serviço público implica em transferir funções do Estado a terceiros, com base em contratos complexos de longo prazo, que pressupõem a montagem de engenharias financeiras e consórcios empresariais específicos, além de garantias de equilíbrio econômico-financeiro, mediação de conflitos e defesa maior dos interesses dos usuários. A partir de marcos reguladores, definidos em Leis Gerais, cabe às agências operar as medidas necessárias ao ordenamento de mercados e à gestão eficiente do serviço público concedido.

Cabe ressaltar, todavia, que as agências devem manter uma flexibilidade que permita a adequação às diferentes circunstâncias que surgem ao longo das concessões. Os atos das agências reguladoras repercutem, portanto, nos esforços de planejamento, captação de recursos no mercado e realização de investimentos de longo prazo, por parte de investidores nacionais e estrangeiros.

Em última análise, a função primordial das agências reguladoras é a de compatibilizar a qualidade do serviço prestado com a tarifa a ser paga, tais elementos devem ser equivalentes e atender os anseios da sociedade, equacionando o serviço desejável com o preço que se dispõe a pagar. Tal preço deve ser justo para que o serviço seja tanto mais acessível ao consumidor, quanto maior for a sua essencialidade, assim como garantir adequada taxa de retorno ao capital investido, sem o que a prestação do serviço se inviabiliza.

Algumas agências reguladoras exercem o papel de poder concedente, assumindo a responsabilidade das outorgas e estabelecendo as condições de transferência do serviço estatal para a iniciativa privada. No entanto, não se deve perder de vista que a sua função

básica é exercida posteriormente, regulando, fiscalizando, mediando, e arbitrando os conflitos dentro de suas respectivas áreas de atuação.

A autonomia e independência das agências reguladoras são fundamentais para que a mesma possa exercer adequadamente suas funções, uma vez que o maior bem jurídico sob tutela é o interesse comum, não podendo estar sujeita às constantes mutações políticas. Assim, as oscilações da vida político-partidária do país – que, ao contrário, implicam em visões de curto e médio prazo – não devem interferir na atuação das agências para a implementação das políticas públicas de interesse maior do Estado.

A sujeição às interferências político-partidárias pode até beneficiar o consumidor em determinado momento, por meio de alguma medida casuística. Contudo, a insegurança jurídica que a quebra de regras contratuais da concessão causará ao investidor e aos mercados em geral, por óbvio, atingirá o consumidor no futuro. Seria o caso, por exemplo, de um congelamento extemporâneo da tarifa de um serviço, que provocaria a inviabilidade no prosseguimento da concessão existente, ou afastaria potenciais investidores idôneos da realização de novos investimentos.

Conclusão

A questão fundamental para o fortalecimento das agências é, portanto, a visão clara de seus papéis. A elas não cabe obviamente formular políticas, mas interferências na ação reguladora – com mudanças nas regras estabelecidas – significarão forçosamente a retração do mercado e a fuga de investidores. É importante balizar as ações das agências pelas estratégias e políticas de longo prazo definidas por interesses de Estado.

Os governos podem e devem dar a feição política específica à essas políticas nos seus períodos de mandato. Afastando-se da tradição imperial, o Poder Executivo pode coordenar e compatibilizar as ações das agências reguladoras no que diz respeito à consistência dos seus atos normativos em relação, tanto aos objetivos maiores de longo prazo, quanto às especificidades das políticas públicas. No entanto, a idéia de controle do Executivo, pelos seus ministérios, priva as agências da necessária condição de independência e credibilidade e as ameaça de erosão da sua capacitação técnica, na medida em que passam a ser parte das barganhas políticas. Surge, assim, o risco concreto do Estado

patrimonialista e arcaico se impor às ilhas de excelência de um Estado moderno e funcional, frente às carências da sociedade.

Em síntese, uma agência reguladora independente, por meio dos seus atos administrativos, visa:

- a. Manter a continuidade, regularidade e eficiência na prestação de um serviço público de interesse coletivo;
- b. Zelar pelo interesse de usuários e consumidores;
- c. Preservar um ambiente confiável para os agentes públicos e privados que irão investir nos diversos segmentos objeto da regulação; e
- d. Cumprir rigorosamente a legislação pertinente ao setor por ela regulado.

As decisões técnicas deverão ser consumadas pelas agências reguladoras de acordo com o previsto em lei. Mas o desconhecimento das atribuições e responsabilidades das agências tem causado incontáveis conflitos de jurisdição e competência. Ressalte-se que as atribuições e responsabilidades são fundadas basicamente na legislação concernente:

- a. Às concessões de serviços públicos;
- b. Às licitações;
- c. À natureza e funcionamento das agências;
- d. Aos direitos do consumidor; e
- e. À defesa da concorrência.

Os conflitos se configuram mais graves quando se dão entre as agências e o Judiciário, ressaltando obviamente aquelas situações nas quais as agências se desviam de suas funções.

Neste sentido, embora agindo com independência e no âmbito das suas responsabilidades, as ações das agências reguladoras permanecem sujeitas ao crivo do Poder Judiciário e devem ser acompanhadas pelo Ministério Público Federal, bem como dos órgãos de defesa do consumidor e da concorrência.

Com relação aos conflitos com o Judiciário, pode-se dar como exemplos as seguintes situações:

- Se no contrato de concessão foi acordado que as tarifas seriam corrigidas por meio de determinado índice de reajuste anual, não pode, via de regra, o

Judiciário interferir determinando a modificação do índice ou dos critérios estabelecidos para os reajustes;

- Se numa concessão de serviço público, a infra-estrutura, instalações, equipamentos e outorgas forem considerados como ativos privados passíveis de transferência ou alienação em leilão para terceiros.

Em síntese, os grandes riscos para as agências no futuro são: i) a sua captura por interesses privados e/ou políticos; ii) a superposição de funções da Administração Direta com as de gerenciamento técnico dos serviços concedidos; iii) a degradação da qualidade técnica, pela interferência político-partidária; e iv) a falta de autonomia financeira para o livre exercício das suas funções.

Talvez seja preciso tempo para a assimilação da importância da independência das agências reguladoras. Contudo, passados 10 anos desde o seu surgimento, já é tempo de não correr riscos que afugentem os investimentos tão necessários à recuperação e modernização das infra-estruturas.

Referências Bibliográficas

DE ARAGÃO, Alexandre Santos – “O poder normativo das agências reguladoras”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, nº 354, pp. 3-26, mar/abr. de 2001.

DE ARAGÃO, Alexandre Santos – “As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, nº 786, pp. 11-56, abr. de 2001.

OLIVEIRA, Gesner – “*Agenda das agências e a vez do consumidor*”. São Paulo, Folha de São Paulo, em 12/10 de 2002.

SUNFELD, Carlos Ari – “Agências reguladoras e os novos valores e conflitos”. *Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil – Justiça: realidade e utopia*, 2000.

VIETOR, R. K. – *Contrived competition: regulation and deregulation in America*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1994.

WILKS, S – “Regulatory compliance and capitalist diversity in Europe”, in *Journal of European Public Policy*, Londres, nº 3 (4), 1996.