

A INTERATIVIDADE ENTRE AGÊNCIA REGULADORA E O MINISTÉRIO PÚBLICO: ESTUDO DE CASO

Eng. Geraldo Basilio Sobrinho
Coordenadoria de Saneamento Básico da ARCE - CE
geraldobasilio@arce.ce.gov.br

Alceu de Castro Galvão Júnior
Assessoria do Conselho Diretor da ARCE – CE
alceugalvao@arce.ce.gov.br

Eng. Alexandre Caetano da Silva
Coordenadoria de Saneamento Básico da ARCE – CE
alexandrecaetano@arce.ce.gov.br

Adv. Álisson José Maia Melo
Procuradoria Jurídica da ARCE – CE
alissonmelo@arce.ce.gov.br

Eng. Márcio Gomes Rebello Ferreira
Coordenadoria de Saneamento Básico da ARCE – CE
marciogomes@arce.ce.gov.br

RESUMO

Este trabalho discute a interatividade entre ARCE e o Ministério Público na fiscalização da prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, por meio de estudo de caso. Traça-se um paralelo entre Ministério Público e agências reguladoras, discutindo as interfaces entre os entes, existência de aspectos comuns, como a independência, e outros peculiares como a tecnicidade das agências e o poder coercitivo do Ministério Público, por exemplo, e a possibilidade de formalização de convênios. O estudo visa demonstrar que não existem atribuições concorrentes quando os entes públicos unem-se, atuando de forma coesa, com aproveitamento do *expertise* de cada entidade em busca da excelência na atividade regulatória do saneamento básico do Estado Ceará.

Palavras-Chave: fiscalização, interfaces, saneamento, atividade regulatória.

INTERACTION BETWEEN REGULATORY AGENCY AND PUBLIC MINISTRY: CASE STUDY

ABSTRACT

It discusses the interaction between ARCE and Public Ministry in the enforcement of the provision of public water supply and sanitation, through case study. It does a parallel between Public Ministry and regulatory agencies discussing interfaces and points of identification, such as independence, and others which are peculiar with technicality of agencies and the coercitive power of the Public Ministry, for instance, and the possibility of formalizing agreements. It aims to demonstrate that there aren't competing assignments when the public entities come together, working in a cohesive, with use of the expertise of each entity to the search of excellence in regulatory activity of the sanitation of Ceará.

Key-Words: monitoring, interfaces, sanitation and regulatory activity.

Área Temática: Saneamento Básico

INTRODUÇÃO

A Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, coloca a obrigatoriedade da regulação, da participação popular e do controle social entre seus princípios norteadores. Além disso, em vários dispositivos percebe-se que a Lei Federal atrela a regulação com a fiscalização dos serviços públicos delegados. Sob tal perspectiva, é possível que as atribuições das agências reguladoras se confundam com competências concorrentes de diferentes esferas do poder público, o que implica a necessidade do delineamento de linhas limítrofes para compreensão dos papéis de cada instituição pública. É o caso do Ministério Público, que possui papel relevante na questão fiscalizatória.

O Ministério Público é uma instituição antiga na estrutura do Estado brasileiro, remontando sua existência à Constituição Republicana de 1891. Principalmente em razão desse longo período de maturação e de seu constante aprimoramento institucional, o Ministério Público é hoje plenamente consagrado no ordenamento jurídico pátrio, chegando a altos níveis de independência e de consideração pela sociedade. É possível se observar isso pelo artigo 127 da Constituição da República de 1988, que assim dispõe:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Já as agências reguladoras brasileiras, instituídas em razão da adoção da política de desestatização, se comparadas ao Ministério Público, são entidades bastante recentes, tendo sido as primeiras criadas em 1997, a nível federal, como a Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel, e a nível estadual, como a Agência de Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul e a Agência Reguladora dos Serviços Públicos do Estado do Ceará – ARCE. As agências enfrentam atualmente muitos problemas institucionais, em razão do déficit democrático e do alto risco de ingerência pelo Poder Executivo, via de regra encontram-se em constante processo de auto-afirmação perante o Estado e à sociedade.

Tais instituições, em que pese terem surgido em distintas realidades e necessidades, além de apresentar diferentes níveis de densidade institucional, possuem pontos em comum, que podem ensejar controvérsia quanto ao âmbito de atribuições ou competências de cada uma, ou tomar atitudes mais desejáveis, como agir de forma articulada na busca do exercício de suas funções e atribuições com eficiência e eficácia.

A ARCE, desde 2001, desenvolve auditorias sistemáticas nos serviços de água e

esgoto prestados pela Companhia de Água e Esgoto do Estado do Ceará - Cagece, por meio de convênio celebrado com o governo do Estado, a concessionária e a própria agência. Sob a égide deste instrumento precário, apesar de não ter sido estabelecido mecanismos que garantissem o *enforcement* das determinações da agência, a ARCE atuou em 148 municípios operados pela Cagece, recebendo, mediando e julgando reclamações dos usuários, analisando propostas de revisões tarifárias, editando normas e fiscalizando a prestação dos serviços.

O objetivo deste trabalho é discutir a interatividade entre ARCE e o Ministério Público, na fiscalização da prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. O estudo visa demonstrar que não existem atribuições concorrentes quando os entes públicos unem-se, com aproveitamento do *expertise* de cada entidade e que a interatividade entre a ARCE e Ministério Público estadual só tem a acrescentar esforços à busca da excelência na atividade regulatória do saneamento básico do Estado Ceará.

METODOLOGIA

O estudo foi baseado em três importantes fiscalizações executadas pela ARCE, com origem em demandas provenientes do Ministério Público do Estado do Ceará, ocorridas nos Municípios de Forquilha, Alto Santo e Juazeiro do Norte. Por meio da análise dessas três experiências, traçou-se um paralelo entre Ministério Público e agências reguladoras, no qual foram observadas as diversas interfaces existentes entre estes dois entes públicos, os pontos de identificação, como a independência, e outros que lhes são peculiares como a tecnicidade das agências e o poder coercitivo do Ministério Público.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Na comparação entre as atribuições e competências das agências reguladoras e o Ministério Público, foram verificados alguns pontos básicos, a seguir analisados.

Independência ou Autonomia Administrativa

O primeiro ponto analisado é a independência das instituições em pauta. O Ministério Público, por força constitucional, possui a garantia funcional da independência ou autonomia administrativa, nos seguintes termos:

Art. 127. [...]

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços

auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

Sobre essa garantia, esmiúça Alexandre de Moraes (**Direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 502-503):

O art. 127, § 2º, da Constituição Federal prevê autonomia funcional e administrativa ao Ministério Público, enquanto o art. 3º da Lei Orgânica Nacional ampliou esta autonomia, prevendo também a financeira.

A autonomia funcional, como já comentado em tópico anterior, significa que os membros do Ministério Público, no cumprimento dos deveres funcionais, submetem-se unicamente aos limites determinados pela Constituição, pelas leis e pela sua própria consciência, não estando subordinados a nenhum outro Poder, isto é, nem ao Poder Executivo, nem ao Poder Legislativo, nem ao Poder Judiciário.

[...]

Ressalte-se que a autonomia do Ministério Público é complementada pelas normas constitucionais que concedem ao Procurador-Geral da República e aos Procuradores-Gerais de Justiça a iniciativa de lei sobre a organização, respectivamente, dos Ministérios Públicos da União e dos Estados...

Em razão de essa garantia da autonomia constar na própria Constituição da República de 1988, em conjunto com os demais dispositivos constitucionais, costuma-se dizer que o Ministério Público equipara-se a um dos Poderes da República, ao lado dos clássicos Legislativo, Executivo e Judiciário.

As agências reguladoras, por sua vez, também possuem uma autonomia *sui generis* ou reforçada. Já instituídas sob a forma de autarquias ou entidades a ela equiparadas, que, pela clássica doutrina administrativista, já possuem autonomia administrativo-financeira, essas entidades possuem o caractere da independência, sendo comumente chamadas de agências reguladoras independentes. Nesse sentido, a Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que dispõe sobre as diretrizes nacionais do saneamento básico, é bastante clara ao afirmar:

Art. 21. O exercício da função de regulação atenderá aos seguintes princípios:

I - independência decisória, incluindo autonomia administrativa,

orçamentária e financeira da entidade reguladora;

Essa independência decisória constante na Lei Federal nº 11.445/2007 é contemplada de acordo com a lição de Marcos Juruena Villela Souto (**Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 230-231):

A regulação exercida por autoridade independente (denominação utilizada nas doutrinas francesa e italiana) atua com poderes típicos do Estado, limitando a atividade desenvolvida em regime de liberdade; daí a necessidade da personalidade jurídica de direito público, o que, aliado à autonomia para o desempenho dessa função justifica, no direito brasileiro, a adoção da forma autárquica como a ideal para a descentralização da regulação estatal.

A independência é assegurada, em síntese, por recursos para seu funcionamento sem a ingerência de terceiros, colegiado superior composto de membros estáveis, escolhidos em razão de sua eficiência, reputação ilibada e qualificação profissional na área objeto da regulação, com mandato fixo e desvinculado dos mandatos políticos. Os dirigentes são indicados ao Poder Legislativo e, aprovados, são nomeados com mandato fixo, sujeitos à perda apenas nas condições previstas em lei, devidamente motivadas.

Sua criação decorre de lei descentralizadora de uma função executiva, exigindo iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo, que detém a direção superior da Administração (CF, art. 84, II c/c 61, § 1º, II, e), também exigida para a extinção, que envolve juízo de conveniência e oportunidade; remarque-se, no entanto, que tal função de direção não autoriza intervenção nas decisões dos agentes reguladores.

São, pois, entidades que integram a Administração Pública indireta, criadas por lei para o exercício da autoridade inerente à função de intervir na liberdade privada por meio de ponderação entre interesses em tensão, tendo, assim, personalidade de direito público, caracterizando-se como autarquia, por exigir autonomia em relação ao poder central, da espécie autarquia especial, por ser dotada de independência, que se manifesta, principalmente, pela atribuição de mandatos fixos a uma direção colegiada.

Para além disso, a independência das agências reguladoras também é observada quanto à observância do último grau de recurso dentro da própria autarquia. Sobre esse assunto, Alexandre Santos de Aragão (**Agências reguladoras: e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 346-349) obtempera:

É de grande relevância a questão das decisões das agências reguladoras sujeitarem-se ou não a recursos hierárquicos impróprios, isto é, de serem passíveis de revisão pela Administração central, seja pelo Conselho de políticas públicas do setor, pelo Ministro competente ou pelo Presidente da República.

Examinando o Direito positivo de pronto podemos afirmar que nenhuma lei prevê a existência de recurso administrativo hierárquico impróprio contra as decisões das agências reguladoras, o que por si só bastaria para eliminar tal possibilidade em razão da vetusta doutrina do pas de tutelle sans texte, pas de tutelle au-delà du texte, decorrente da personificação jurídica das entidades da Administração Indireta, que não são meros órgãos despersonalizados – partes integrantes do corpo do Ente estatal.

[...]

No dizer de GASPAR ARIÑO ORTIZ, em lição inteiramente aplicável ao nosso Direito Administrativo, 'obviamente que contra os atos de uma autoridade reguladora não cabe recurso ao Ministro, pela simples razão de que este não é superior hierárquico daquela. Só é cabível, por pura lógica, o recurso aos tribunais.

[...]

Ademais, a admissão de recursos hierárquicos impróprios deitaria por terra todo o arcabouço institucional traçado pelo ordenamento jurídico para as agências reguladoras, tornando inócua, por exemplo, a vedação de exoneração ad nutum dos seus dirigentes. O espírito da disciplina destas entidades, que é justamente o de afastá-las das injunções político-eleitorais fugazes e casuísticas [...], restaria totalmente corrompido se o Ministro ou o Presidente da República pudesse a qualquer momento impor caso a caso a sua vontade.

Ressalte-se que, devido à independência do Ministério Público alcançar nível

constitucional, entendemos possuir ela um grau maior de estabilidade, em comparação com a independências das agências reguladoras. Nada obstante, em decorrência das independências de cada um dessas entidades, elas também possuem outra característica em comum. Os membros do Ministério Público possuem o princípio da autonomia ou independência funcional. Segundo a Constituição:

Art. 127. [...]

*§ 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a **independência funcional**. [grifos nossos]*

Mais uma vez nos valem do escólio de Alexandre de Moraes (op. cit., p. 495), segundo o qual:

O órgão do Ministério Público é independente no exercício de suas funções, não ficando sujeito às ordens de quem quer que seja, somente devendo prestar contas de seus atos à Constituição, às leis e à sua consciência.

[...]

Como ensina Quiroga Lavié, quando se fala de um órgão independente com autonomia funcional e financeira, afirma-se que o Ministério Público é um órgão extrapoder, ou seja, não depende de nenhum dos poderes de Estado, não podendo nenhum de seus membros receber instruções vinculantes de nenhuma autoridade pública.

No direito constitucional pátrio, só se concebe no Ministério Público uma hierarquia no sentido administrativo, pela chefia do Procurador-Geral da Instituição, nunca de índole funcional.

Acerca desse último parágrafo, considera Gilmar Mendes et al. (**Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 994-995):

[...] O princípio da independência funcional torna cada membro do Parquet vinculado apenas à sua consciência jurídica, quando se trata de assunto relacionado com a sua atividade funcional. A partir do princípio da independência funcional, e tendo em mira resguardá-lo, veio a ser deduzida a doutrina do promotor natural, como meio de defesa do membro do Ministério Público até mesmo em face do chefe da Instituição. Foi o que ensinou o Supremo Tribunal Federal no HC 67.759/RJ, ao dizer que “esse princípio [do promotor natural]

consagra uma garantia de ordem jurídica destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição”.

Para as agências reguladoras, ainda em decorrência da independência decisória, tendo em vista que acumulam função similar à jurisdicional, seus servidores integrantes deverão possuir uma autonomia funcional própria, para evitar a indevida ingerência de outros poderes públicos sobre os servidores, bem como o risco de captura do regulador pelo regulado. Mais uma vez, Alexandre Santos de Aragão elucida (op. cit., p. 326):

Ocorre que, para exercerem proficuamente as funções concernentes às agências reguladoras, que requerem elevada independência frente aos poderes político e econômico, os seus servidores necessitam das devidas garantias institucionais, notadamente a estabilidade, garantias estas exclusivas de cargos, jamais de empregos públicos (art. 41, Constituição Federal).

E, também, Marcos Juruena Villela Souto (op. cit., p. 240-242) obtempera:

*Ora, para assegurar a autonomia administrativa e independência técnica dos agentes que manifestam a vontade da entidade, as funções que exijam o exercício do poder de império estatal, ou seja, as tarefas que impõem o uso da supremacia estatal sobre o interesse privado, condicionando ou suprimindo a liberdade de iniciativa, impondo obrigações e penalidades, só podem ser exercidas por ocupantes de **cargo público de provimento efetivo**. Esclareça-se que as funções que exigem independência não se limitam às exercidas pelos dirigentes (como é o caso de fiscais e pareceristas técnicos).*

No regime de emprego, a Constituição permite ao contratante a extinção do contrato sem necessidade de motivação, bastando pagar ao contratado uma indenização – CF, art. 7º, I – viabilizando a

captura do regulador até mesmo por coação quanto ao rompimento do vínculo, enquanto no regime estatutário, as garantias contra a perda do cargo estão previstas na Lei Maior – CF, art. 41, § 1º.

[...]

Em suma, não se coaduna com os objetivos precípuos das agências reguladoras, verdadeiras autarquias, embora de caráter especial, a flexibilidade inerente aos empregos públicos, impondo-se a adoção da regra que é a revelada pelo regime de cargo público, tal como ocorre em relação a outras atividades fiscalizadoras – fiscais do trabalho, de renda, servidores do Banco Central, dos Tribunais de Contas etc.

[...]

Ainda no que concerne ao apoio administrativo, é indispensável, para o exercício da autonomia, que a competência para nomeação e exoneração de servidores, assim como a transformação de cargos sem aumento de despesa seja atribuída à direção da agência, sob pena de inviabilizar-se o seu funcionamento (quando o chefe do Poder Executivo exonera todos os ocupantes de cargos comissionados e não os substitui ou nomeia outros sem a qualificação técnica exigida). [grifos no original]

É possível encontrar ainda hipóteses em que a lei tenha garantido uma verdadeira blindagem aos servidores integrantes da agência reguladora, a exemplo da agência cearense, a ARCE, cujo Plano de Cargos e Carreiras possui dispositivo com tal finalidade, *in verbis*:

Art. 47. Fica vedado o afastamento de servidores da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará - ARCE, para o exercício de cargo ou função em órgão da Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

Tal como a independência institucional, aqui também a independência funcional do Ministério Público é qualificada pela expressa determinação constitucional, ficando para as agências reguladoras na dependência de expressa disposição legal. Há ainda outras formas de garantia da autonomia funcional, como a vedação de nomeação, pelo Chefe do Poder Executivo, de cargos e funções de chefia internas à agência, competência esta que deve ser

atribuída aos dirigentes da autarquia.

Interesse Público

O Município de Alto Santo, no Ceará, através de sua Prefeitura, ofereceu representação à Promotoria de Justiça da Comarca de Alto Santo sobre a continuidade e pressão na rede, e existência e eficácia dos planos emergenciais, por ocasião das cheias do Rio Figueiredo (manancial). Em relação a esse procedimento, deve-se destacar que a Municipalidade não considerou o contrato de concessão existente com a prestadora dos serviços de abastecimento de água, e, nesse sentido, poderia ela valer-se tão-somente desse instrumento legal para buscar a adequação do serviço. Em resumo, o titular dos serviços delegados ofereceu representação ao Ministério Público a respeito da qualidade dos próprios serviços, esquecendo-se completamente do Contrato de Concessão.

A Promotoria requisitou da ARCE a realização de inspeção *in loco* com vistas a apurar os fatos relatados na representação. Nas inspeções de campo e na análise dos dados obtidos pela ARCE, foram constatadas várias evidências que, direta ou indiretamente, impactaram no desempenho do sistema no tocante aos pontos citados na representação.

Nesse sentido, a partir da atuação do Ministério Público, constata-se que outro ponto básico de convergência entre as agências reguladoras e o Ministério Público é o objetivo institucional de realização do interesse público primário. Conforme o artigo 127 da Constituição, já citado, compete ao Ministério Público à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Neste último aspecto, destacam-se, entre as suas funções institucionais minuciadas no artigo 129, a obrigação de *“zelar pelo efetivo respeito [...] dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”* (inciso II). É dessa particular função do Ministério Público que as agências reguladoras participam ativamente, sendo dever destas, também, zelar pelo efetivo respeito dos serviços públicos, notadamente os delegados. As agências reguladoras buscam, diante da independência a ela garantida e da necessidade de equidistância das partes envolvidas na prestação dos serviços, atuar (normatizar, fiscalizar, decidir e punir) segundo todos os interesses da sociedade. Nos termos da Lei Federal nº 11.445/07:

Art. 22. São objetivos da regulação:

I - estabelecer padrões e normas para a adequada prestação dos serviços e para a satisfação dos usuários;

[...]

III - prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do sistema nacional de defesa da concorrência;

IV - definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos como a modicidade tarifária, mediante mecanismos que induzam a eficiência e eficácia dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade.

A finalidade última da regulação pode ser sintetizada na busca pela prestação do serviço adequado, que, nos termos do artigo 6º, § 1º, da Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, a lei de concessões e permissões de serviços públicos, “*é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas*”.

Observa-se que a atuação do Ministério Público ocorre quando se verifica a existência de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, passando, assim, a atuar como verdadeiro defensor desses interesses, na qualidade de *custos legis* (fiscal da lei), podendo não se identificar exatamente com o interesse público primário, o que pode ser mais facilmente observado no caso de interesses coletivos e individuais homogêneos. Já as agências reguladoras atuam de forma mais objetiva, dado que possuem, como já ressaltado, a característica da equidistância entre as partes envolvidas – poder concedente, prestador de serviços e usuários –, similar à pertencente pelo Poder Judiciário, bem como a meta clara do serviço adequado.

Ademais, o Ministério Público possui atuação tipicamente jurisdicional, por força do mesmo artigo 127 da Constituição da República de 1988, já citado. É pertinente também a função de “*promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*” (CR/88, artigo 129, inciso III), uma vez que a Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985, a lei da ação civil pública, atribuiu ao Ministério Público, nos termos do § 6º do artigo 5º, a competência para tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta, com eficácia de título executivo extrajudicial. Já as agências reguladoras atuam na órbita administrativa, tendo seus atos os caracteres dos atos administrativos – presunção de legitimidade, imperatividade e auto-executoriedade – valendo suas decisões como última instância decisória na esfera administrativa. Vê-se, assim, que a atuação do Ministério Público possui um grau maior de definitividade, uma vez que as decisões das agências reguladoras, não de forma ampla, podem ser levadas à discussão no Poder Judiciário, em função do princípio da inafastabilidade desse

poder, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988.

Permeabilidade e Controle Social

Em consequência do caráter público da atuação das entidades analisadas, observa-se também que tanto o Ministério Público quanto as Agências Reguladoras detêm, em maior ou menor medida, a atribuição de garantir formas de exercício do controle pela sociedade sobre as atividades públicas, exercidas tanto pela Administração Pública quanto pelo setor privado.

A esse respeito, devido ao notável amadurecimento institucional e à natureza jurisdicional de suas competências, o Ministério Público possui uma projeção muito maior para a sociedade, sendo frequentemente a instituição mais procurada, ao lado da Defensoria Pública, para atender aos reclames da população. Ao contrário, as agências reguladoras ainda possuem grandes dificuldades em ser o principal instrumento para solução dos conflitos entre prestador de serviços e usuários, em razão de sua relativa novidade e do consequente desconhecimento generalizado da sociedade acerca de sua existência, decorrente inclusive da especificidade da sua atuação – vale dizer, cuidando somente dos serviços públicos delegados.

As agências reguladoras devem contar com uma Ouvidoria própria, estruturada para receber reclamações, consultas, críticas e elogios de todos os agentes do setor – titular, prestador e usuários dos serviços públicos. No entanto, a existência de um órgão interno com essa função não é condição suficiente para garantir o controle social, sendo necessária uma política forte de comunicação institucional, com estratégias capazes de dar conhecimento à sociedade da existência da agência reguladora, e das competências que ela tem para atender às reclamações dos usuários.

Ademais, segundo defende Floriano Azevedo, as Agências devem ser necessariamente permeáveis à sociedade, devendo se efetivar perante os potenciais beneficiários de suas atividade. Ou seja, o órgão regulador

deverá buscar, permanentemente, a participação dos demais atores da sociedade (consumidores, grupos de interesse, associações, entidades de classe, agentes econômicos outros que não os operadores regulados).

Isso envolve não só a abertura de canais institucionais com os administrados, mas especialmente a promoção

de espaços de interlocução com entidades que buscam representar os cidadãos, de preferência, através da formatação de convênios com órgãos governamentais ou não governamentais que

permitam o intercâmbio de experiências, demandas e informações relevantes para o setor regulado

. A contrapartida à permeabilidade é o risco da captura pelo interesse dos regulados. Este risco, porém, é inerente à própria regulação e não decorre do fato dela se dar com abertura ao diálogo com o regulado. De outro lado, quanto mais aberta e institucionalizada for essa permeabilidade, mais controle poderá ter a sociedade para coibir a captura. Por fim, a impermeabilidade do regulador em face dos interesses regulados pode pôr em risco a legitimidade da regulação, pois fará com que a aceitação das pautas regulatórias repouse exclusivamente na imposição por força da autoridade, cuja capacidade e eficácia é limitada

.

Nesse sentido, constatou-se um caso pertinente à questão, que trouxe uma luz para a solução desses problemas enfrentados pelas agências reguladoras. Usuários do sistema de abastecimento de água do município de Forquilha, após inúmeras reclamações junto à companhia sem obter solução para o problema da qualidade da água distribuída, acionaram o Ministério Público que, por sua vez, procurou a ARCE para realizar um diagnóstico do sistema, especialmente quanto à qualidade da água distribuída, cujo sabor os usuários julgavam extremamente desagradável.

Celeridade

Uma nota característica das agências reguladoras, que as diferencia em certa medida do Ministério Público, é a celeridade que possuem. A própria Lei de Diretrizes Nacionais do Saneamento Básico discrimina essa característica no artigo 21, inciso II, *in verbis*.

Art. 21. O exercício da função de regulação atenderá aos seguintes princípios:

[...]

*II - transparência, tecnicidade, **celeridade** e objetividade das decisões. [grifos nossos]*

Essa característica decorre, como já foi reportado, da atuação das agências reguladoras na esfera administrativa, relativamente ao contrato de delegação, possuindo os

atos por elas emanados os caracteres da presunção de legitimidade, imperatividade e auto-executoriedade, indicados pela clássica doutrina administrativista. Ademais, dado o caráter de especialidade em sua atuação, as agências ficam detidas ao aspecto regulatório apenas dos serviços sujeitos à sua competência.

Não se pretende dizer de forma alguma que o Ministério Público não detém o caractere da celeridade; atuando na esfera jurisdicional, pode a Instituição fazer valer as chamadas tutelas de urgência para proteger imediatamente o interesse público em situação de flagrante violação ou de premente ameaça. Contudo, tendo em vista a generalidade de sua atuação, tendo participação em diversas funções públicas, costuma-se gerar um volume muito grande de demandas, cuja prioridade de interesses é freqüentemente avaliada para orientar a atuação da Instituição, optando por deixar de lado certas questões a ela apresentadas.

O exemplo referencial do ora exposto é o caso do Município de Juazeiro do Norte. A Promotoria de Justiça da Comarca de Juazeiro do Norte acionou a ARCE para proceder a levantamento sobre as circunstâncias atuais do Sistema de Esgotamento Sanitário do Conjunto Residencial Alto da Timbaúba, no Município de Juazeiro do Norte encaminhou a ARCE, em função de denúncia datada de dezembro de 1998, cujo conteúdo reclama de dejetos lançados nas águas do Riacho Fazenda Nova, poluindo o curso d'água. Ou seja, após 10 anos o Ministério Público encaminhou denúncia de poluição ambiental, solicitando ajuda da agência reguladora cearense.

Tecnicidade

Outra característica que diferencia as agências reguladoras do Ministério Público está no atendimento do princípio da tecnicidade, característica presente naquelas da Lei Federal nº 11.445/07, no mesmo artigo 21, inciso II, já colacionado. Sobre tal princípio, Marco Juruena Villela Souto (op. cit., p. 241) é bastante preciso ao dizer:

Hão de estar as decisões desses órgãos imunes a aspectos políticos, devendo fazer-se presente, sempre, o contorno técnico. É isso o exigível não só dos respectivos dirigentes – detentores de mandato –, mas também dos servidores – reguladores, analistas de suporte à regulação, procuradores, técnicos em regulação e técnicos em suporte à regulação – Anexo I da Lei nº 9.986/2000 – que, juntamente com os primeiros, hão de corporificar o próprio Estado nesse mister da mais alta importância, para a efetiva regulação dos serviços.

Alexandre Santos de Aragão (op. cit., p. 323), por sua vez, explica:

O caráter técnico da atuação das agências reguladoras se revela através dos requisitos de formação técnica que a lei impõe a seus dirigentes e, principalmente, pelo fato dos seus atos e normas demandarem conhecimento técnico e científico especializado para que possam ser emanados, aplicados e fiscalizados.

Com efeito, os fenômenos industriais e pós-industriais [...] fizeram com que a vida social deixasse de se fundar apenas em valores preponderantemente políticos em sentido estrito, para também se inspirar fortemente em fatores técnicos. Ainda nos casos em que aqueles, em princípio, devam prevalecer, não podem, via de regra, ser satisfatoriamente realizados sem o necessário arcabouço técnico.

Mesmo nos setores já afetos a uma normatização preponderante técnica, a isto se soma a necessidade de maior especialização em razão das constantes evoluções tecnológicas e da crescente complexização e pluralização do sistema social. Estes fatos têm feito com que a especialização em determinado setor do Direito deva ser acompanhada de profundos estudos técnicos da matéria regulada, sendo cada vez mais comuns e necessários os 'juristas-biólogos', 'juristas-sanitaristas', 'juristas-economistas', etc.

Na Lei Estadual nº 12.786/97, que criou a ARCE, deu-se especial atenção a essa característica, atingindo o patamar de atribuição básica da agência reguladora a regulação técnica, nos termos do artigo 7º, inciso II, *in verbis*:

Art. 7º. Sem prejuízo de outros poderes de direção, regulação e fiscalização sobre serviços públicos que possam vir a ser delegados à Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará - ARCE, as seguintes atribuições básicas serão de sua competência:

[...]

II - regulação técnica e controle dos padrões de qualidade, fazendo cumprir os critérios tecnológicos e normas qualitativas, conforme estabelecidos em contrato de concessão, termo de permissão, Lei ou pelos órgãos competentes, de forma a garantir a continuidade, segurança e confiabilidade da prestação de serviço público;

Apesar de o Ministério Público também deter esta característica, o conhecimento técnico das agências é diretamente focado no desenvolvimento dos serviços públicos delegados, cuja especificidade exige notório saber na área.

Conclusão

Pelo que foi exposto, é possível facilmente concluir que as atribuições dessas entidades, antes de provocar controvérsias sobre a competência em relação aos serviços públicos, são complementares, ou seja, o âmbito de atuação das agências reguladoras vai até o início das atividades do Ministério Público. Nesse sentido, é mais do que desejável a coalizão da forças ministeriais e regulatórias para a busca do interesse público primário, podendo o Ministério Público acionar livremente a agência reguladora para realizar a fiscalização em determinada localidade, e observar o cumprimento das normas pelos prestadores de serviços.

Entretanto, é preciso que esta parceria seja constituída de forma mais econômica (aspecto financeiro) e eficiente (aspecto administrativo), mediante a celebração de convênios ou acordos de cooperação entre as agências reguladoras e o Ministério Público em cada Estado, para que este venha a atuar como mais um participante no setor, comunicando as agências reguladoras sempre que provocado acerca dos serviços públicos delegados sob atuação regulatória. Nesse sentido, o acordo em questão deverá ter como foco principal o estabelecimento de estruturas de comunicação entre as instituições. Atende-se, assim, ao interesse da coletividade, aumenta-se a permeabilidade de ambos os órgãos e garante-se maior controle social sobre os serviços regulados, pois alia a proximidade e a popularidade do Ministério Público à técnica e celeridade das agências reguladoras.

Conclui-se que a interatividade entre a ARCE e MP só tem a acrescentar esforços à busca da excelência na atividade regulatória do saneamento básico do Estado Ceará.

Referências Bibliográficas

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras: e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. 05 out. 1988, p. 1.
- _____. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 25 jul. 1985, p. 10649.

_____. Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 14 fev. 1995, p. 1917.

_____. Lei 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 08 jan. 2007, p. 3.

CEARÁ. Lei 12.786, de 30 de dezembro de 1997. Institui a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE, e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado do Ceará**. 14 jan. 1998.

_____. Lei 13.743, de 29 de março de 2006. Aprova o plano de cargos e carreiras da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE, e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado do Ceará**. 30 mar. 2006.

_____. Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará. Resolução 24, de 16 de agosto de 2001. Disciplina a qualidade da água e de esgotos na prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

_____. _____. Resolução 25, de 16 de agosto de 2001. Estabelece as condições gerais na prestação e utilização dos serviços públicos de fornecimento de água e coleta de esgoto.

_____. _____. Resolução 26, de 16 de agosto de 2001. Disciplina os procedimentos gerais a serem adotados na prestação de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

_____. _____. Resolução 30, de 7 de março de 2002. Disciplina os procedimentos gerais a serem adotados nas ações de fiscalização das instalações e serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário decorrentes do convênio entre a SEINFRA, ARCE e CAGECE nº 20/2001.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Agências Reguladoras: Instrumentos do Fortalecimento do Estado**. Disponível em: <<http://www.abar.org.br/legba/bancoDeMidia/arquivos/agenciasreguladoras.pdf>>.

Acesso em: 10 de janeiro de 2009.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen

Juris, 2002.