

UMA ANÁLISE DA PRIMEIRA DÉCADA DA REGULAÇÃO NO BRASIL, E A CONTRIBUIÇÃO DA ABAR NA CONSOLIDAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES REGULATÓRIAS

Engenheiro M.Sc. Leonardo Herszon Meira
Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco - ARPE
leonardo.meira@arpe.pe.gov.br

Advogado Luciano Benjamin Gesteira
Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco - ARPE
lucianogesteira@arpe.pe.gov.br

Engenheiro M.Sc. Guilherme Caldas Bahia Silva
Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC
guilherme.bahia@anac.gov.br

RESUMO

Na nova realidade brasileira e mundial, os Governos Nacionais declinam da sua condição de empresário, para permitir as concessões, autorizações e permissões na exploração de serviços públicos e atividades econômicas. Neste contexto as agências reguladoras são as instituições responsáveis pela confiabilidade junto à sociedade e aos investidores. A Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR, cujos associados são as agências de regulação existentes no Brasil, em nível federal, estadual e municipal, forma uma rede de interesses convergentes. O objetivo desta associação é contribuir para o avanço e consolidação das atividades regulatórias em todo o país, permitindo a troca de experiências, a promoção de critérios uniformes para problemas semelhantes e a preservação do interesse público. Busca também promover a mútua colaboração entre as associadas e as instituições públicas, para o aprimoramento da regulação e da capacidade técnica.

Palavras-Chave: Regulação. Reforma do Estado. Rede de Agências de Regulação.

BRAZILIAN'S FIRST DECADE REGULATION ANALYSIS AND THE CONTRIBUTION FROM ABAR TO THE CONSOLIDATION OF REGULATORY INSTITUTIONS

ABSTRACT

In new Brazilian and worldwide reality, the National Governments pass that they go down of his businessman's condition, to allow the concessions, authorizations and permissions in the exploration of public utilities and economical activities. In this context the Regulatory Agencies are the institutions responsible for the reliability near society and to the investors. The Brazilian Association of Agencies of Regulation – ABAR, whose associates are the existent Regulatory Agencies in Brazil, in Federal, State and Municipal level, forms a net of convergent interests. The objective of this association is to contribute to the advance and consolidation of the regulatory activities in the whole country, allowing the exchange of experiences, the promotion of uniform criteria for similar problems and the preservation of the public interest. Also tries to promote the mutual contribution between associates and the public institutions, for the improvement of the regulation and technique capacity.

Key-Words: Regulation. State Reformation. Regulatory Networks.

Área Temática: Agência de Regulação.

1. INTRODUÇÃO

No momento em que o Brasil celebra a primeira década das atividades regulatórias exercidas pelas agências reguladoras, muitos questionamentos ainda emergem da sociedade que é cada vez mais exigente, quer resultados e mostra que a gestão eficiente resulta no equilíbrio de interesses e qualidade nos serviços públicos oferecidos.

Na nova realidade brasileira e mundial, os Governos deixam de atuar como empresários para permitir as concessões, autorizações e permissões na exploração de serviços públicos e atividades econômicas. Neste contexto as agências reguladoras são as instituições responsáveis pela confiabilidade junto à sociedade e aos investidores.

Chacon (2001) define que agências reguladoras são órgãos criados pelo Governo para regular e fiscalizar os serviços prestados por empresas privadas que atuam na prestação de serviços, que em sua essência seriam públicos. Como estes serviços são de relevante valor social sua fiscalização deve ser feita através de algum órgão que se manifeste imparcial em relação aos interesses do Estado, da concessionária e dos consumidores. A imparcialidade em relação ao Estado se faz necessária porque sem esta, as concessionárias de serviços sairiam prejudicadas através de cobranças de tributos elevados, bem como no momento em que fosse feita uma punição poderia esta se tornar abusiva. Por outro lado, a cobrança de taxas dos serviços e a má prestação deste por parte da concessionária deve ser fiscalizada também. Por fim, os interesses dos consumidores não devem sobrepor-se aos interesses da prestadora, pois se assim fosse, não restaria margem alguma de lucro para nenhuma concessionária, já que o interesse social é o da prestação de serviços de alta qualidade com preços baixos.

Este novo ambiente regulatório tem seu registro inicial no Brasil com a instalação da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, que foi criada pela Lei Federal nº. 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Posteriormente foi criada a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, pela Lei Federal nº. 9.472, de 16 de julho de 1997. Outras leis vieram em seguida para todas as demais agências federais.

No Brasil hoje existem dezenas de agências com este perfil. As agências estaduais tem tipicamente a estrutura multi-setorial, atuando em áreas como saneamento, gás natural

canalizado, energia elétrica (por delegação da agência federal), transportes, etc. As agências municipais são encontradas notadamente onde o serviço de saneamento é municipalizado.

Importante ressaltar que a regulação de um serviço público não é um processo fácil e que já se encontra encerrado. Mesmo naqueles locais onde as experiências são, temporalmente, mais antigas, a regulação é um procedimento dinâmico, cambiante, que apresenta matizes diferenciados em cada lugar e momento histórico, prolongando-se pelos tempos futuros. Numa economia globalizada, os riscos de grandes e duradouras crises são constantes, afetando, violentamente, os serviços públicos. Para tanto, “se exige uma autoridade reguladora dotada, ao mesmo tempo, de preparação técnica, independência política e legitimação democrática” (Motta, 2003).

Ao longo desses 10 anos o Brasil passou por um processo de amadurecimento e consolidação institucional, que permitiram uma participação cada vez maior do investidor privado e do capital estrangeiro, particularmente nos setores de infraestrutura. O poder concedente celebra a universalização dos serviços de telefonia, bem como a intensificação dos programas para o acesso a energia elétrica (onde a universalização já está próxima) e, no caso do setor de saneamento, está iniciando o balizamento normativo a partir da Lei Federal nº. 11.445, de 05 de janeiro de 2007.

Neste ínterim, fatos emblemáticos ocorreram dentro e fora do Brasil, onde se pode destacar a chegada do Presidente Luis Inácio Lula da Silva ao poder, os ataques terroristas de 11 de setembro, instabilidades internacionais que refletiram diretamente no preço das *commodities*, em especial o petróleo e os metais, entre outras. Também surgiram fatores positivos, como um período prolongado de conjuntura econômica mundial bastante próspero, a grande acelerada dos países conhecidos como “BRIC” (Brasil, Rússia, Índia e China), principalmente a China que se tornou uma locomotiva dos mercados, impulsionando um crescimento generalizado.

No entanto, a partir do último trimestre de 2008 a crise econômica iniciada nos Estados Unidos da América em seu mercado imobiliário *sub-prime*, contaminou toda a atividade econômica mundial resultando em um novo cenário ainda não completamente definido, com a diminuição repentina dos preços e da demanda destas mesmas *commodities*, alterando-se todo esse quadro no curto prazo.

Dentro desse contexto, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (1997 apud Motta, 2003) diz que se conjugam vários fatores que fazem as reformas econômicas um assunto cadente: o desenvolvimento de um mercado mundial, que coloca em relevo a incidência de atividades públicas sobre a competitividade nacional; a impressão de que a produtividade do setor público é inferior à do setor privado; uma menor esperança na capacidade de o poder público resolver os problemas econômicos e sociais mediante as receitas tradicionais; as exigências da cidadania para uma maior qualidade nos serviços públicos.

Examinando o resultado das políticas implementadas, a OCDE constata que as estratégias colocadas em prática guardam muitos pontos em comum; transferência de competências do setor público para o privado; responsabilidades e controles fortalecidos; maior capacidade de definição de estratégias; e a modificação das Administrações Públicas. Infere que não há um modelo de reforma ideal, uma vez que existem diferenças entre os países, e que as reformas colocam novos problemas sendo necessário combater os efeitos desfavoráveis destas (ibid).

Por isso mesmo, as agências reguladoras brasileiras foram submetidas nos seus primeiros dez anos de existência a diversas provas quanto a sua independência e firmeza de posição normativa, resistindo em certos momentos às fortes pressões do poder concedente, mas também, dos próprios consumidores e entes regulados que às vezes enxergavam apenas suas demandas e, mesmo assim, somente no curto prazo.

O Congresso Nacional também tem se mostrado aberto ao debate com a sociedade, através do Projeto de Lei nº. 3.337/2004, que busca regulamentar as atividades das agências reguladoras, especialmente em pontos polêmicos quanto à autonomia, mandato dos dirigentes, avaliação de desempenho, etc. A discussão é salutar e o aperfeiçoamento deve ser perseguido. É importante lembrar que o investidor privado, especialmente o estrangeiro, deseja a estabilidade das regras e o cumprimento dos contratos, algo que seria natural num país democrático. Nesse aspecto é preciso assegurar os direitos de forma equânime.

Os desafios do setor são enormes, mas no esforço de sua evolução são registrados avanços significativos. Ainda assim, é necessário estabelecer uma fórmula para aplicação de

regras claras na indicação dos diretores das agências, as consultas públicas para discussão dos atos regulatórios, a figura do ouvidor para ser o canal de comunicação junto à sociedade, a quarentena, entre tantos outros. Provavelmente um dos pontos mais importantes e polêmicos é a questão de competências das agências no papel da arbitragem dos conflitos oriundos dos contratos de concessão. Não raro, as partes envolvidas em complexos contratos de concessão divergem sobre a interpretação de uma cláusula ou em sua adaptação devido a mudanças externas ocorridas, que influenciam o que já estava pactuado, neste caso, a agência reguladora deve intervir impondo a interpretação ou a adaptação que julgar correta.

Este novo modelo de organização do Estado brasileiro é um arranjo moderno usado com sucesso há bastante tempo em vários países mais desenvolvidos do mundo e certamente trará dividendos para toda a sociedade. Garantir a equidade das ações e o cumprimento dos contratos, com regras claras, licitações transparentes e, conseqüentemente, com preços mais competitivos para o usuário, além de inovação tecnológica são exemplos de vantagens que podem ser alcançadas com a consolidação do trabalho das agências de regulação.

Todo este contexto regulatório, que é uma construção da sociedade brasileira, está em processo de fortalecimento, particularmente a partir da criação Associação Brasileira de Agências Reguladoras – ABAR. Esta associação congrega 31 agências federais, estaduais e municipais, e em seu último encontro nacional realizado na cidade de Recife-PE, teve mais de 800 participantes e 250 trabalhos apresentados, o que demonstra a capacidade da associação em aglutinar e convergir os *stakeholders*.

A ABAR é uma organização de direito privado criada em 08 de abril de 1999, apresentando forma de associação civil, sem fins lucrativos e apartidária, tendo como associadas as agências de regulação existentes em nível federal, estadual e municipal, formando uma rede de interesses comuns.

O objetivo da ABAR é contribuir para o avanço e a consolidação das atividades regulatórias em todo o país, permitindo a troca de experiências, a promoção de critérios uniformes para problemas semelhantes e a preservação de interesse público amplo. Busca também promover a mútua colaboração entre as agências associadas e os poderes públicos, visando o aprimoramento da regulação e da capacidade técnica.

A ABAR participa ativamente da evolução da legislação do setor, tendo parcerias com a Confederação Nacional da Indústria – CNI, Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP, Câmara Americana de Comércio – AMCHAM, Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, Banco Mundial, entre outros, que levam suas experiências ao debate. Estas parcerias são instrumentos para contribuir no avanço da regulação no Brasil, tornando a atividade regulatória conhecida, respeitada e consolidada.

Entidades como a ABAR, que é similar a NARUC (*National Association of Regulatory Utility Commissioners*), dos Estados Unidos mostra que o Brasil está no caminho certo, pois o país de maior influência econômica do mundo possui agências centenárias, tem um modelo similar e ainda em evolução.

Neste trabalho são analisados os resultados alcançados pelas agências de regulação brasileiras, focando a atuação da ABAR como um órgão concentrador das ações e políticas. Também é feita uma abordagem sobre a reforma do Estado brasileiro que levou à criação das agências de regulação. Finalmente serão enfatizados os desafios para o futuro e propostos pontos que podem – e devem – ser melhorados e consolidados na atuação das agências de regulação e da ABAR.

2. A REFORMA DO ESTADO E AS AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO NO BRASIL

Nos últimos anos a globalização teve papel importante na diminuição da necessidade do Estado Intervencionista. Este conceito refere-se à forma de administração onde o poder público intervém no domínio econômico assumindo o papel de Estado empresário e Estado investidor. Esse decréscimo da atuação estatal forçou uma nova dimensão econômica para o Estado, onde se torna imprescindível a otimização das áreas onde o poder público faz a gestão e, conseqüentemente, o aporte de maiores volumes financeiros.

Brasileiro e Orrico Filho (2005) afirmam que desde o final dos anos 70, profundo debate vem ocorrendo em torno do papel do Estado na provisão das redes econômico-sociais e técnico-territoriais. Conforme observa Curien (2000 apud Brasileiro e Orrico Filho, 2005), os movimentos chamados de desregulamentação operam em três direções: (i) introdução à competição, pela liberalização ou abertura à concorrência de todo ou de parte do mercado; (ii) evolução do operador histórico, com eventual mudança do seu estatuto, do regime de

propriedade de seu capital através de privatização global ou parcial, ou ainda sua recomposição orgânica pelo desmantelamento ou desintegração vertical; (iii) transformação da regulação, isto é, separação entre o exercício da tutela estadual e da operação da rede.

Nesse processo de desestatização, a figura-chave é a concessão do serviço público, onde o Estado delega à iniciativa privada, total ou parcialmente, as funções de construção e/ou de operação das infraestruturas. Cria-se então um triângulo de interesses: de um lado estão os empresários, que são investidores e, portanto, buscam lucro; do outro lado está o Estado, representando o poder concedente, que deve zelar pelo bem-estar público; no terceiro vértice estão os usuários, que também possuem interesses econômicos e que muitas vezes não são levados em consideração.

Rigolon (1997) diz que para todos os setores, é conveniente lembrar que apenas uma legislação abrangente e bem definida não é garantia de uma regulação eficiente da infraestrutura. O desenho de políticas de competição efetivas, a formulação da regulação e a imposição da legislação relevante não são tarefas triviais. Como função típica do Estado, a regulação será melhor executada se o poder público dispuser de recursos materiais suficientes e de pessoal qualificado. No Brasil, portanto, a eficiência da regulação depende de uma ampla reforma do Estado, que compreenda não só o ajuste fiscal, mas também a estruturação de um serviço público eficiente. Este é certamente um desafio que a sociedade brasileira terá que enfrentar e superar ao longo dos próximos anos.

Finalmente, apenas uma boa prática de regulação não é condição suficiente para o sucesso da reforma da infraestrutura. Outras variáveis, tais como a incerteza política, a estabilidade macroeconômica, o desenvolvimento do mercado financeiro doméstico, a oferta de crédito para a infraestrutura e o risco cambial também afetam o andamento do processo. Neste sentido, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) tem um papel importante a desempenhar na provisão de incentivos para o investidor privado, não só disponibilizando financiamentos com prazos e custos compatíveis com o risco do investimento, mas também coordenando a composição dos projetos e gerenciando a privatização em mercados relevantes da infraestrutura (ibid).

Para enfrentar esses desafios foram criadas as agências de regulação. A regulação, desde uma perspectiva econômica, é uma forma de controle, ou prevenção, com a finalidade

de corrigir, ou prevenir, as conseqüências negativas dos monopólios antes públicos, agora, possivelmente, privados. A grande vantagem da regulação consiste em que o controle dos serviços públicos seja realizado através de critérios técnicos, distantes dos interesses localizados dos eventuais e sempre transitórios – nas democracias representativas – donos do poder (Motta, 2003).

3. A CONSOLIDAÇÃO DA ABAR E DAS AGÊNCIAS NO AMBIENTE REGULATÓRIO BRASILEIRO

A ABAR possui hoje 31 agências associadas, sendo 21 estaduais, 5 federais e 5 municipais. Estas instituições fazem com que a atividade regulatória no Brasil se torne conhecida e respeitada, atendendo as necessidades de uma sociedade cada vez mais exigente, bem como dos investidores, particularmente na área de infraestrutura. A seguir, a tabela 1 mostra uma relação das agências de regulação brasileiras associadas à ABAR e suas respectivas leis e datas de criação.

Tabela 1 – Agências de Regulação filiadas à ABAR e suas respectivas leis de criação:

ESFERA	ÁREA DE ATUAÇÃO	NOME	LEI E DATA DE CRIAÇÃO
Federal	Nacional	ANEEL	Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996
Federal	Nacional	ANTAQ	Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001
Federal	Nacional	ANTT	Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001
Federal	Nacional	ANP	Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997
Federal	Nacional	ANCINE	MP nº 2.228-1, de 06 de setembro de 2001
Estadual	Acre	AGEAC	Lei nº 1.480, de 15 de janeiro de 2003
Estadual	Alagoas	ARSAL	Lei nº 6.267, de 20 de setembro de 2001
Estadual	Amazonas	ARSAM	Lei nº 2.568, de 25 de novembro de 1999
Estadual	Bahia	AGERBA	Lei nº 7.314, de 19 de maio de 1998
Estadual	Ceará	ARCE	Lei nº 12.786, de 30 de dezembro de 1997
Estadual	Distrito Federal	ADASA	Lei nº 3.365, de 16 de junho de 2004
Estadual	Espírito Santo	ASPE	Lei nº 7.860, de 24 de setembro de 2004
Estadual	Goiás	AGR	Lei nº 13.550, de 11 de novembro de 1999
Estadual	Mato Grosso do Sul	AGEPAN	Lei nº 2.363, de 19 de dezembro de 2001
Estadual	Mato Grosso	AGER	Lei nº 7.101, de 14 de janeiro de 1999
Estadual	Pará	ARCON	Lei nº 6.099, de 30 de dezembro de 1997

ESFERA	ÁREA DE ATUAÇÃO	NOME	LEI E DATA DE CRIAÇÃO
Estadual	Paraíba	ARPB	Lei nº 7.843, de 02 de novembro de 2005
Estadual	Pernambuco	ARPE	Lei nº 11.742, de 14 de janeiro de 2000
Estadual	Rio de Janeiro	AGETRANSP	Lei nº 4.555, de 06 de junho de 2005
Estadual	Rio de Janeiro	AGENERSA	Lei nº 4.556, de 06 de junho de 2005
Estadual	Rio Grande do Norte	ARSEP	Lei nº 7.758, de 09 de dezembro de 1999
Estadual	Rio Grande do Sul	AGERGS	Lei nº 10.931, de 09 de janeiro de 1997
Estadual	Santa Catarina	AGESC	Lei nº 13.533, de 19 de outubro de 2005
Estadual	São Paulo	ARTESP	Lei Complementar nº 914, de 14 de janeiro de 2002
Estadual	São Paulo	ARSESP	Lei Complementar nº 1.025, de 07 de dezembro de 2007
Estadual	Tocantins	ATR	Lei nº 1.758, de 02 de janeiro de 2007
Municipal	Cachoeiro do Itapemirim - ES	AGERSA	Lei nº 4.798, de 16 de julho de 1999
Municipal	Campo Grande - MS	ARCG	Lei nº 4.423, de 08 de dezembro de 2006
Municipal	Natal - RN	ARSBAN	Lei nº 5.346, de 28 de dezembro de 2001
Municipal	Joinville - SC	AMAE	Lei nº 4.341, de 04 de junho de 2001
Municipal	Mauá - SP	ARSAE	Lei nº 3.263, de 22 de fevereiro de 2000

De forma a difundir o conhecimento regulatório e consolidar a atuação das agências de regulação a ABAR realiza um congresso bienal em âmbito nacional. Evento máximo da regulação brasileira, o Congresso Brasileiro de Regulação reúne autoridades, cientistas, professores, profissionais, estudantes e interessados em geral para troca de experiências e informações sobre a atividade de regulação em todos os setores. Já foram realizados ao todo cinco eventos nacionais, conforme mostra a Tabela 2 a seguir.

Tabela 2 – Relação dos Congressos realizados pela ABAR:

CONGRESSOS	LOCAL	ANO
I Congresso Brasileiro de Regulação	Salvador	2000
II Congresso Brasileiro de Regulação	São Paulo	2001
III Congresso Brasileiro de Regulação	Gramado	2003
IV Congresso Brasileiro de Regulação	Manaus	2005
V Congresso Brasileiro de Regulação	Recife	2007

Dentro deste processo de maturação do modelo regulatório brasileiro, Figueiredo (2003) lembra que historicamente pode-se dizer que embora a pletera de entes e atribuições que integram a administração indireta do Estado tenha progressivamente sido ampliada a partir das décadas de 30 e 40, crescendo assustadoramente na década de 70, notadamente quanto às pessoas jurídicas de direito privado rotuladas de estatais, algumas poderosas e fortalecidas por substanciosos recursos financeiros (BNH, EMBRATEL, EMBRAER), somente as Autarquias, organizadas sob a forma de pessoas jurídicas de direito público, assumiram funções nitidamente regulatórias, característica fundamental e peculiar das atuais agências reguladoras. De criação mais recente, mas anterior às atuais agências, embora revestidos de poder de fiscalização e regulamentação nas respectivas áreas, anote-se o Instituto Nacional de Pesos e Medidas (INMETRO) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Embora nenhum desses entes incorpore a totalidade das características que distinguem as agências dos demais órgãos públicos, mesmo dotados de personalidade jurídica própria, especialmente quanto à investidura por mandato de seus dirigentes e autonomia administrativa e financeira perante o Executivo, a referência às mencionadas autarquias tem o objetivo específico de demonstrar que as atuais agências reguladoras não inovaram no direito brasileiro quanto à atividade fiscalizadora, controladora e, no conjunto, regulatória de serviços públicos e atividades econômicas por órgãos dotados de maior ou maior grau de independência normativa (ibid).

Pode-se encarar as agências de regulação como uma evolução natural do processo de fiscalização e de cumprimento dos contratos assinados pelo poder concedente (em todas as

esferas de governo). Essa significativa melhora segue em paralelo com experiências vitoriosas de países desenvolvidos e que possuem tradição na condução da missão regulatória.

Ululante também ressaltar que existem falhas, muitas vezes graves, inerentes ao processo. Para exemplificar, existe um fato que é de certa forma comum, mas que poderia (e deveria) ser evitado. Muitas agências reguladoras, em todas as esferas de governo, exercem o papel de poder concedente e estabelecem as condições de transferência dos serviços antes geridos pelas estatais para a iniciativa privada. A ANTT é uma dessas agências. Na prática, a ANTT atua como órgão gestor do serviço de transporte por ônibus interestadual, desvirtuando as funções primordiais de uma agência.

Esse duplo papel (gestão/regulação) algumas vezes causa conflitos de competência entre as agências federais, estaduais e municipais, bem como entre agências e outras instituições. Em muitos casos este fato acaba gerando uma confusão no usuário e cria uma área de “sombra”, fazendo com que haja atribuições exercidas por mais de um órgão e outras por nenhum.

Provavelmente o ponto mais importante e, infelizmente, o que gera maior polêmica nesta questão de conflitos de competências está no papel da arbitragem dos conflitos oriundos dos contratos de concessão.

Carvalho (2001) coloca que não raro, as partes envolvidas em complexos contratos de concessão divergem sobre a interpretação de uma cláusula ou na adaptação do contrato existente a mudanças externas ocorridas, que influenciam o contrato aventado, neste caso a agência reguladora deve intervir impondo a interpretação ou a adaptação que julgar correta. Contudo, também não raro, as agências assumem o papel de poder concedente, hipótese em que torna-se extremamente desconfortável ao investidor que ela atue como parte e julgadora ao mesmo tempo.

Há certa discussão sobre a aplicação da arbitragem pelas agências reguladoras, uma vez que a lei de arbitragem exclui de sua abrangência os contratos administrativos. Nesta direção, pode-se tomar como base o voto do Ministro Godoy Ilha, onde se sustenta que “restringir o juízo arbitral do Estado é restringir-lhe sua própria autonomia contratual e sua capacidade de prevenir litígios pela via do pacto de compromisso, o que somente se aceita

quando o Estado age como Poder Público, pois somente não se admite a transação quando os direitos são indisponíveis”. Portanto, mesmo no caso onde as agências reguladoras exerçam o papel de poder concedente, é possível o uso da arbitragem, vez que, em última instância, as agências apenas representam o poder concedente, que é exercido pelo Estado. Assim, as controvérsias advindas do contrato de concessão, devem seqüencialmente passar pela mediação, pela conciliação e pela arbitragem, que merece aplicação no direito administrativo (ibid).

Para aprofundar a análise em torno do modelo de regulação em curso atualmente no Brasil é importante a modelagem de um histórico dos fatos e áreas reguladas. Mundialmente a queda dos monopólios estatais e a consequente entrega desses setores ao capital privado geraram crescimento dos investimentos, diminuição das tarifas e ganho na qualidade dos serviços.

Inicialmente foram regulados os setores de transportes, saneamento e distribuição de energia elétrica. A seguir as áreas de telecomunicações, petróleo e gás natural. Para aumentar as chances de sucesso desta reforma de infraestrutura é fundamental um processo de regulação eficiente. Agências de regulação independentes e especializadas, que promovam instrumentos de incentivo a eficiência produtiva são primordiais para a consolidação desse processo. Entretanto, no Brasil e na maioria dos países da América Latina a regulação da infraestrutura encontra-se ainda em estágio bastante preliminar.

No caso do setor de energia elétrica, para atingir o aumento da competição e atrair o capital privado é necessário a quebra do monopólio estatal de geração, transmissão e distribuição da energia. Como em todas as outras áreas, para atingir este objetivo são fundamentais o estabelecimento de regras claras para a fixação de tarifas, para os critérios de concessão dos direitos de exploração. Adicionalmente, é importante a clara definição do novo modelo institucional para o setor, incluindo as atividades de planejamento setorial, a organização e o funcionamento do sistema interligado de transmissão e as futuras atribuições da Eletrobrás.

4. OS AVANÇOS ALCANÇADOS PELAS AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO

O Brasil está mudando e quem melhor sinaliza esta nova situação é o observador estrangeiro que faz aportar uma intensidade de recursos, que a cada dia tornar mais vigorosa a economia nacional. Para exemplificar, recentemente, no episódio do leilão das concessões de exploração de rodovias federais pôde-se constatar a baixa taxa de pedágio das ofertas vitoriosas, em sua maior parte de capital espanhol. No campo da energia elétrica, o leilão da hidroelétrica de Santo Antônio, no Rio Madeira-Roraima, de 3.150 MW, houve um deságio de cerca de 35% do valor inicial (R\$ 120/MWh) com um custo de R\$ 78,90/MWh. Outros empreendimentos já têm seus leilões agendados e torna alvissareira a expectativa dos consumidores.

Pode-se ressaltar também o exemplo do leilão de licenças de telefonia móvel de terceira geração (3G), organizado pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL e concluído em dezembro último, quando o poder concedente (o Governo Federal), arrecadou cerca de R\$ 5,3 bilhões. São fatos como este, onde é clara a confiança do mercado no sistema institucional brasileiro, apesar de alguns percalços na condução das políticas públicas nacionais e das imperfeições do processo, que dão uma forte indicação do sentimento positivo nesta jornada.

Na área de combustíveis, apenas como registro de uma rodada de licitação de blocos de petróleo e gás, conduzido pela Agência Nacional de Petróleo, Gás e Biocombustíveis – ANP, mais uma vez a confiança tem sido a tônica no processo e cerca de R\$ 2,1 bilhões foram arrecadados, em uma delas. No tocante ao gás natural, a nova Lei do Gás, institui um marco regulatório para o setor. A proposta tem o objetivo de incentivar a construção de novos gasodutos, reduzir tarifas pagas pelos consumidores, além de outros benefícios.

Não houve apenas aspectos positivos neste período. Os setores de infraestrutura brasileiros tiveram alguns momentos de decisões difíceis, como o racionamento de energia elétrica em 2001, questões tarifárias na telefonia em 2003 (quando do início do atual Governo) e a crise do gás natural. Mais recentemente houve os problemas com a aviação civil, entre outros. Nesta análise pode-se constatar que as falhas regulatórias, quando aconteceram, se deveram muitas vezes à sobreposição de atribuições entre órgãos do Governo, dificultando

a cobrança e o exercício do poder fiscalizatório. De uma forma geral, pode-se avaliar esta década positivamente, pois as instituições têm sido fortalecidas e as discussões ampliadas.

Existiram avanços também na questão de recursos humanos. Em 2004 as agências federais iniciaram a formação de seu quadro próprio de reguladores, através de concurso público, passo fundamental na qualificação técnica do pessoal, essencial para um trabalho eficiente.

5. AS AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO ESTADUAIS

Teoricamente as agências reguladoras estaduais, como todas as instituições regulatórias, deveriam ter como principal objetivo a regulação, a mediação de conflitos e a fiscalização econômico-financeira e técnico-operacional dos serviços públicos concedidos e submetidos à sua competência, através de normas, resoluções, fiscalizações, entre outros métodos.

Mas, para que isso se torne realidade ainda há um longo caminho a percorrer. Conforme já foi dito, o processo de regulação está em fase de maturação e alguns Estados ainda não possuem este instrumento institucional. No futuro espera-se uma maior uniformização das áreas de atuação de cada agência e, até mesmo, uma padronização dos métodos e experiências vitoriosas que só devem ajudar a criar no cidadão a cultura da regulação. A própria bibliografia nacional sobre o tema deve crescer e servir de base para o engrandecimento desse processo.

A ABAR tem conseguido avanços neste sentido ao realizar, conforme citado anteriormente, um congresso bienal de regulação. Além disso, realiza seminários e palestras que têm como principal objetivo difundir o conhecimento. Muitas pessoas, mesmo os cidadãos pertencentes às camadas mais esclarecidas da população ainda desconhecem o funcionamento das agências de regulação. Isso se explica em parte pelo fato de se tratar de um processo relativamente novo, mas também por geralmente haver certa debilidade na divulgação da atuação e das atribuições de uma instituição regulatória.

Pensando neste aspecto e, obviamente, com o objetivo de aumentar a cultura da sociedade, as agências estaduais, com a coordenação da ABAR têm apresentado importante

papel no quesito da educação. Estas instituições estão mais próximas da população e podem (devem) assumir esta responsabilidade. A ABAR possui publicações que procuram atender esta demanda e é subsidiada neste desafio pelo trabalho dos técnicos das agências estaduais.

Existe também a possibilidade da celebração de convênios entre as agências estaduais e as federais, com o objetivo de promover a regulação de serviços de caráter nacional (energia elétrica, petróleo, aeroportos e portos) dentro da sua área de atuação. Convênios desse tipo já existem em vários Estados, principalmente na área de eletricidade.

Queiróz (2001) complementa que a competência para criar as agências reguladoras estaduais deriva da titularidade detida pelo Estado do(s) serviço(s) público(s) que será (ão) objeto de atuação da agência, ainda que, como já referido, também os serviços públicos, que estão na esfera de competência da União ou de Municípios, podem ser regulados, mediados e fiscalizados pelo ente regulador estadual, desde que as prerrogativas de regulação lhe sejam delegadas, por exemplo através de convênio, pela respectiva esfera de poder concedente. É o caso, por exemplo, da descentralização constante nas leis que instituem a ANEEL e a ANVISA.

O convênio de delegação deverá decidir acerca da forma como será exercitada a competência delegada. Entretanto, se houver legislação local definindo atribuições das agências, os governos estaduais não têm outra alternativa senão aquela de outorgar às agências (que deverão fazer parte do convênio) as competências por si recebidas dos entes Federais. (Cuéllar, 2001 apud Queiróz, 2001).

6. O FUTURO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL E SUA NOVA LEI

Espera-se que no futuro, as agências liberem mais o mercado, incentivando a livre concorrência, ou seja, sendo cada vez menos interventoras. Vale lembrar que a constituição das agências reguladoras vem seguindo um mesmo modelo, o de autarquias de regime especial, como bem lembra a Dra. Maria Sylvia Zanella Di Pietro em sua obra intitulada “Direito Administrativo”, na seção destinada as agências reguladoras: “Embora não haja disciplina legal única, a instituição dessas agências vem obedecendo mais ou menos o mesmo padrão, o que não impede que outros modelos sejam idealizados posteriormente” (Coimbra, 2001).

Pires e Piccinini (1999) fazem um resumo dos desafios da regulação no Brasil. Eles enfocam que no setor de telecomunicações, a privatização foi precedida da montagem de um detalhado modelo institucional, com destaque para a Lei Geral das Telecomunicações, Lei 4.972/96, que estabeleceu os princípios do novo modelo institucional do setor, incluindo a criação de uma agência reguladora independente e com grande autonomia, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Já no setor elétrico, o processo de privatização iniciou-se de forma paralela ao estabelecimento do aparato regulatório e das regras setoriais, tendo sido criada a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

No setor de petróleo e gás natural, a lei que regulamentou o fim do monopólio da Petrobrás e disciplinou a entrada da iniciativa privada também criou a Agência Nacional do Petróleo (ANP). O segmento *downstream* da indústria de gás natural, apesar das perspectivas de expansão dos investimentos, ainda não tem um marco regulatório adequadamente desenvolvido. O setor de transportes, por sua vez, tem a presença de diversas concessionárias privadas em seus diferentes segmentos. Entretanto, a regulamentação, principalmente nos âmbitos federal, estadual e municipal é bastante precária. Por fim, o setor de saneamento é o que se apresenta mais atrasado nas reformas, prejudicado pela polêmica a respeito do poder concedente dos serviços. Esse quadro de incertezas tem contribuído significativamente para a ausência de investimentos privados no setor nos volumes desejados.

Vale a ressalva que é de fundamental importância para o sucesso do modelo regulatório a busca e a posterior manutenção do triângulo equilátero que deve ser formado pelo poder concedente, os operadores privados (investidores) e os usuários de uma dada infraestrutura. Se uma dessas partes sai de alguma forma prejudicada, também fracassa o trabalho da agência de regulação. Além disso, é necessária a criação de uma atmosfera propícia para atrair novos parceiros e investimentos, aumentando a qualidade de vida de todos, buscando a universalização e a evolução destas estruturas.

Para que isso seja alcançado, torna-se fundamental a adequada utilização dos instrumentos regulatórios, quais sejam: o controle de entrada e saída do mercado, quando for o caso; a regulação da conduta das empresas, visando coibir práticas anticompetitivas e abuso do poder econômico; a promoção da competição, quando for o caso; a aplicação de critérios tarifários que incentivem a eficiência produtiva e permitam a apropriação, pelos

consumidores, de parte dos ganhos de produtividade; e a fiscalização do cumprimento dos contratos de concessão. A eficácia da aplicação desses instrumentos depende, principalmente, da independência das agências setoriais. A agência deve ser independente tanto em relação ao governo quanto aos demais agentes do setor, para o pleno exercício de seu poder de arbitragem em conflitos entre os diversos agentes da indústria, o governo e os consumidores e para o adequado desempenho da missão regulatória. Além disso, para que a agência enfrente, eficientemente, os desafios regulatórios, é imprescindível que seja dotada dos seguintes atributos: estabilidade dos dirigentes; pessoal especializado; transparência das ações; clara atribuição de funções; e estabelecimento de mecanismos de cooperação com órgãos que tenham interface com as atividades reguladas (Pires e Piccinini, 1999).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil vive uma nova realidade depois de muitos anos. Existe uma grande chance de finalmente o desenvolvimento brasileiro tomar o rumo certo. A criação das agências foi uma decisão correta, pois era impossível que o poder executivo efetuasse as mudanças necessárias a partir de sua estrutura tradicional. Logo, dentro uma nova estrutura, independente, autônoma, neutra, transparente, imune a pressões político-partidárias, existe uma grande possibilidade de sucesso. A constituição destes órgãos deve ser algo muito cuidadoso, para que estes não herdem os vícios da antiga administração pública (Coimbra, 2001). Para o futuro espera-se uma maior uniformização das áreas de atuação de cada agência e, até mesmo, uma padronização dos métodos e experiências vitoriosas. A ABAR pode colaborar neste avanço, e está mudando esta percepção.

Com um poder menos centralizador, com concorrência e livre iniciativa, o Brasil tem tudo para alcançar o sucesso com este novo modelo de Estado. Aos poucos, espera-se que as agências sejam cada vez menos interventoras, liberando o mercado para a livre concorrência. Incentivar o empreendedorismo, fornecendo liberdades pessoais e econômicas, é o primeiro passo para vivermos em um país destinado ao sucesso. A receita para atingir o êxito é relativamente simples: menos intervenção e mais liberdade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Brasileiro, A. e R. Orrico Filho (2005) *As agências de regulação dos serviços no Brasil e na França: transportes e telecomunicações*. In: Revista Transportes da Associação Nacional de Pesquisa e Ensino em Transportes, Vol. XIII, número 1, Rio de Janeiro, p. 5-20.
- Carvalho, C. M. de (2001) *Agências reguladoras*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2654>. Acessado em junho de 2008.
- Chacon, P. E. F. (2001) *O Papel das Agências Reguladoras*. Disponível em http://www.datavenia.net/opiniaio/2001/O_Papel_das_Agencias_Reguladoras.htm. Acessado em junho de 2008.
- Coimbra, M. C. (2001) *O Direito Regulatório Brasileiro*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2076&p=1>. Acessado em maio de 2008.
- Cuéllar, L. (2001) *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo. Ed. Dialética.
- Curien, N. (2000) *Economie des réseaux*. La Découverte, Paris.
- Di Pietro, M. S. Z. (2000) *Direito Administrativo*. 12ª Ed. São Paulo. Ed. Atlas pg. 389.
- Figueiredo, N. (2003) *Poder normativo de agência reguladora estadual: competências*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=583>. Acessado em junho de 2008.
- Motta, P.R.F. (2003) *Agências reguladoras*. 1ª Edição. Editora Manole, Barueri – SP.
- OCDE (1997) *La transformación de la gestión pública: las reformas en los países de la OCDE*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas, Ministerio de la Presidencia. Boletín Oficial del Estado, 1997, p. 49-62.
- Pires, J. C. L. e M. S. Piccinini (1999) *A Regulação dos Setores de Infra-Estrutura no Brasil*. Disponível em http://www.bndes.gov.br/conhecimento/livro/eco90_07.pdf. Acessado em junho de 2008.
- Queiróz, R. B. (2001) *Regulação de serviços públicos: estudo de caso de Agências Reguladoras estaduais*. Disponível em <http://teses.eps.ufsc.br/defesa/pdf/9372.pdf>. Acessado em junho de 2008.
- Rigolon, F. J. Z. (1997) *Regulação da Infra-Estrutura: A Experiência Recente no Brasil*. Disponível em <http://www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev705.pdf>. Acessado em maio de 2008.