

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

**DESAFIOS PARA A CONSOLIDAÇÃO DA REGULAÇÃO
DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO ESTADO DO CEARÁ : O
CASO ARCE**

Luís Alberto Aragão Sabóia

Fortaleza - Ceará

2007

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

**DESAFIOS PARA A CONSOLIDAÇÃO DA REGULAÇÃO
DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO ESTADO DO CEARÁ : O
CASO ARCE**

Luís Alberto Aragão Sabóia

Fortaleza - Ceará

2007

Luís Alberto Aragão Sabóia

**DESAFIOS PARA A CONSOLIDAÇÃO DA REGULAÇÃO DE
SERVIÇOS PÚBLICOS NO ESTADO DO CEARÁ : O CASO ARCE**

Dissertação submetida à Coordenação do Curso de Mestrado em Avaliação de Políticas Públicas, da Pró-reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Avaliação de Políticas Públicas, pela Universidade Federal do Ceará.

Orientador : Prof. Dr. Jawdat Abu El-Haj

Fortaleza - Ceará

2007

Esta dissertação foi submetida à Coordenação do Curso de Mestrado em Avaliação de Políticas, como parte dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre, outorgado pela Universidade Federal do Ceará. Um exemplar da presente pesquisa encontra-se à disposição dos interessados na Biblioteca de Ciências Humanas da referida instituição.

A citação de qualquer trecho desta dissertação é permitida desde que seja feita em conformidade com as normas da ética científica.

Dissertação aprovada em 20 de agosto de 2007.

Prof. Dr. Jawdat Abu-El-Haj
Orientador – Presidente da Banca Examinadora

Prof. Dr. Alcides Fernando Gussi
Membro da Banca Examinadora

Profa. Dra. Joyceane Bezerra de Menezes
Membro da Banca Examinadora

Profa. Dra. Alice Ferreira Gonçalves
Membro Suplente

Dedico esse trabalho, *in memoriam*, a José Fontenele Sabóia, o tio Zeca, com quem convivi por toda a minha infância, e boa parte da juventude, a quem devo o hábito e o gosto pela leitura e uma curiosidade imensa de estar sempre aprendendo coisas novas.

AGRADECIMENTOS

A Deus, criador do universo, fonte de inspiração para tudo o que há de bom.

Ao meu orientador, Prof. Jawdat, sem o qual eu não teria conseguido concluir com êxito o meu trabalho. A sua solicitude, conhecimento e atenção foram fundamentais nos momentos mais difíceis.

À coordenadora do Mestrado, Professora Léa Carvalho Rodrigues, e à Secretária Marta Maria Ferreira de Menezes, pelo seu esforço, paciência e persistência em nos fazer atingir o objetivo.

Aos conselheiros-diretores da ARCE, Marfisa Maria Aguiar Ferreira Ximenes, José Luiz Lins dos Santos, e Lúcio Correia Lima, pela compreensão e incentivo.

Aos meus pais, Luís Alberto e Gonçalinha, pelo exemplo de caráter, retidão, simplicidade, generosidade, trabalho, e dedicação à família, e ao meu irmão Vicente, pela apoio fundamental na reta final desse trabalho.

À minha esposa, Mariana, e às minhas filhas Marina e Gabriela, pelas quais grande parte desse esforço foi empreendido, e pela compreensão em relação ao tempo subtraído do lazer e do convívio em família por conta deste projeto.

E ainda às pessoas entrevistadas que gentilmente colaboraram com os meus esforços, e a todos os amigos que de uma forma ou de outra, torceram pelo meu sucesso, em especial ao Fernando Schultz, que me incentivou e me ajudou bastante no projeto inicial de pesquisa; à equipe da Assessoria da ARCE, Tatiana Cirila, Aline Espíndola e Waldelane Alves, que em alguns momentos assumiram parte de minhas tarefas na Agência, o que possibilitou me dedicar a este trabalho; ao Sérgio Cardoso, e ao Marcos Gomes, que sempre demonstraram interesse e atenção em relação ao desenvolvimento do meu projeto de pesquisa.

SUMÁRIO

LISTA DE TABELAS E FIGURAS.....	10
LISTA DE REDUÇÕES.....	11
RESUMO.....	14
ABSTRACT.....	15
INTRODUÇÃO	16
1. CONCEITOS DE REGULAÇÃO	22
2. SERVIÇOS PÚBLICOS	27
3. AGÊNCIAS REGULADORAS : ORIGENS E EVOLUÇÃO	31
3.1. A EVOLUÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NOS EUA	31
3.2. AGÊNCIAS REGULADORAS NA EUROPA	41
3.2.1. A Experiência Britânica.....	44
3.2.2. A Experiência Francesa.....	49
4. ASPECTOS FUNDAMENTAIS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	53
4.1. A MODERNA REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E SEUS OBJETIVOS	53
4.2. PRESSUPOSTOS	57
4.3. CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS.....	61
4.3.1. Independência Decisória	61
4.3.2. Autonomia Administrativa	71
4.3.3. Amplitude de Poderes.....	73
4.3.4. Processualidade	77
4.3.5. Interlocução com a Sociedade.....	79
4.3.6. Especialidade Técnica	83

5. AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL : ORIGENS E CONTEXTO	85
5.1. A REFORMA DO ESTADO E A CRIAÇÃO DAS AGÊNCIAS NO BRASIL.....	85
5.2. O PERFIL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS.....	92
5.3. O PERFIL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS ESTADUAIS	98
6. A REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO ESTADO DO CEARÁ.....	100
6.1. ORIGENS E CONTEXTO DE CRIAÇÃO DA ARCE	100
6.2. ANÁLISE DO PERFIL INSTITUCIONAL DA ARCE	105
6.3. ANÁLISE DA ATUAÇÃO DA ARCE.....	116
6.3.1. Normatização.....	118
6.3.2. Fiscalização	122
6.3.3. Mediação de Conflitos	130
6.3.4. Análises Tarifárias	136
6.3.5. Interação com a Sociedade, Controle Social e Accountability	141
6.3.6. O Papel da Arce na Formulação de Políticas Públicas.....	146
6.3.7. Dificuldades Na Regulação De Serviços Públicos Operados pelo Estado.....	153
7. CONCLUSÕES	157
REFERÊNCIAS.....	165
ANEXO I – LISTA DE ENTREVISTAS REALIZADAS	170

LISTA DE TABELAS E FIGURAS

TABELAS :

Tabela 1 : Instituições Reguladoras Estaduais nos Estados Unidos.....	32
Tabela 2 : Agências Reguladoras Federais no Brasil.....	92
Tabela 3 : Agências Reguladoras Estaduais no Brasil.....	99
Tabela 4 : Quadro de Pessoal da ARCE	112
Tabela 5 : Solicitações de Usuários dos Serviços de Energia e Saneamento à Ouvidoria da ARCE	131

FIGURAS :

Figura 1 : Organograma da ARCE	106
--------------------------------------	-----

LISTA DE REDUÇÕES

SIGLAS :

ABAR	Associação Brasileira de Agências de Regulação
AGENERSA	Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
AGEPAN	Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Mato Grosso do Sul
AGER	Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Mato Grosso
AGERBA	Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia
AGERGS	Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul
AGETRANSP	Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários, Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro
AGR	Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos
ANA	Agência Nacional de Águas
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE	Agência Nacional do Cinema
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
APA	<i>Administrative Procedural Act</i>

ARCE	Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará
ARCEP	<i>Autorité de Régulation des Communications Électroniques et des Postes</i>
ARCON	Agência de Regulação e Controle de Serviços Públicos do Estado do Pará
ARPB	Agência Reguladora do Estado da Paraíba
ARPE	Agência de Regulação de Pernambuco
ARSAL	Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Alagoas
ARSAM	Agência Reguladora dos Serviços Públicos Concedidos do Estado do Amazonas
ARSEP	Agência Reguladora de Serviços Públicos do Rio Grande do Norte
ART	<i>Autorité de Régulation des Télécommunications</i>
ARTESP	Agência de Transporte do Estado de São Paulo
ASPE	Agência de Serviços Públicos de Energia do Estado do Espírito Santo
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
BSC	<i>Broadcasting Standards Commission</i>
CADA	<i>Commision d'accès aux documents administratifs</i>
CAGECE	Companhia de Água e Esgoto do Ceará
CEGÁS	Companhia de Gás do Ceará
CHESF	Companhia Hidroelétrica do São Francisco
CNAEE	Conselho Nacional de Águas e Energia
CODES	Conselho de Desestatização do Estado do Ceará
COELCE	Companhia Energética do Ceará
CRE	<i>Commision de Régulation de L'énergie</i>
CSA	<i>Conseil Supérieur de L'audiovisuel</i>
CSC	<i>Commision de la Sécurité des Consommateurs</i>
CSPE	Comissão de Serviços Públicos de Energia

CVM	Comissão de Valores Mobiliários
DECON	Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor
DERT	Departamento de Edificações Rodovias e Transportes do Estado do Ceará
DETRAN	Departamento Estadual de Trânsito
DNAEE	Departamento Nacional de Águas e Energia
FTC	<i>Federal Trade Commission</i>
GECC	<i>Gas and Electricity Consumers Council</i>
GEMA	<i>Gas and Electricity Markets Authority</i>
HAS	<i>Haute Autorité de Santé</i>
IAA	Instituto do Açúcar e do Alcool
IBC	Instituto Brasileiro do Café
ICC	<i>Interstate Commerce Commission</i>
IDO	Índice de Desempenho Operacional
IFC	<i>Internacional Finance Corporation</i>
ITC	<i>Independent Television Commission</i>
MARE	Ministério da Administração e Reforma do Estado
OFCOM	<i>Office of Communication</i>
OFFER	<i>Office of Electricity Regulation</i>
OFGAS	<i>Office of Gas Supply</i>
OFGEM	<i>Office of Gas and Electricity Markets</i>
OFT	<i>Office of Fair Trading</i>
OFTEL	<i>Office of Telecommunications</i>
PGE	Procuradoria Geral do Estado do Ceará
PND	Programa Nacional de Desestatização
PROCON	Comissão de Defesa do Consumidor da Assembléia Legislativa do Estado do Ceará
REFFSA	Rede Ferroviária Federal
SEINFRA	Secretaria de Infra-estrutura do Estado do Ceará
SIRAE	Sistema de Informações Regulatórias de Água e Esgoto
STF	Supremo Tribunal Federal

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo um diagnóstico acerca da regulação de serviços públicos no Estado do Ceará. Como instrumental de pesquisa, parte de uma revisão histórica abordando a origem e a evolução das agências reguladoras nos Estados Unidos, comparando os padrões norte-americano e europeu de regulação, representado pelas experiências britânica e francesa. Discutindo o conceito da regulação de serviços públicos, detalha os pressupostos, objetivos e aspectos fundamentais que devem caracterizar as agências reguladoras. Examina como surgiram as agências reguladoras no Brasil, tanto no nível federal, quanto no nível estadual, em um contexto de reforma do Estado empreendido no Governo Fernando Henrique Cardoso, descrevendo as principais características das agências reguladoras federais brasileiras, bem como detalha o cenário e as condições em que foi criada a ARCE – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará. A partir daí, a pesquisa discorre sobre a atuação da ARCE, analisando o seu perfil institucional, bem como as competências de normatização, fiscalização, mediação de conflitos, e análises tarifárias realizadas pela Agência. Aborda ainda aspectos relacionados com o papel da Agência na formulação de políticas públicas, e o controle social da instituição e dos serviços regulados por meio da interlocução com a sociedade. Ao longo do texto discute as principais dificuldades encontradas pela ARCE, à luz dos conceitos de regulação e da experiência internacional, concluindo com análises e proposições objetivando a consolidação da regulação de serviços públicos no Estado do Ceará.

ABSTRACT

The objective of this study is to diagnose the regulation of public services in Ceará. The thesis started with a historic presentation of the origin and evolution of regulatory agencies in the United States, It compared North American and European regulatory patterns represented by the French and the British experiences and discussed the concept of regulation in public services, detailed pretexts, objectives and fundamental aspects that should characterize regulatory agencies. By examining how regulatory agencies emerged in Brazil at the federal as well as at the state level in the context of state reform during the Fernando Henrique Cardoso administration, it described the principal characteristic of Brazilian federal regulatory agencies furthermore it exposed the scenario and the conditions of ARCE's creation. From this point on, the thesis described the agency's actions by analyzing its institutional profile, standardization methods, supervision, conflict intermediation and process analysis. It also tackled the role of the agency in formulating public policies and its patterns of negotiations of services rates with civil society through its institutional social control mechanisms. Throughout the thesis, ARCE's regulation difficulties were discussed having as a reference international standards while in the conclusion were presented numerous suggestions and propositions to improve regulation of public services in the state of Ceará.

INTRODUÇÃO

Desde a sua origem no final do século XIX nos Estados Unidos, as agências reguladoras representam uma nova forma de intervenção do Estado na economia, notadamente nos setores de infra-estrutura considerados serviços públicos, tais como energia elétrica, telecomunicações, saneamento básico, gás canalizado e transportes.

Essa forma de intervenção indireta na economia pressupõe em sua essência não um estado empresário, produtor de bens e serviços nos setores de infra-estrutura, mas um estado que, relegando esse papel à iniciativa privada, concentra sua atenção no controle e ordenação desses setores, sem esquecer que é sua a responsabilidade final sobre eles. Em contraponto ao Estado produtor surge a noção de Estado regulador.

O Estado regulador tem nas agências reguladoras o seu principal instrumento. São instituições com características organizacionais, competências e prerrogativas peculiares que, em tese, as dotam das habilidades necessárias para manter o controle do Estado sobre o setor regulado, sem que este tenha que necessariamente ser o operador do serviço público.

Ao longo de sua evolução histórica, e nos diversos países em que esse tipo de instituição tomou forma, as reformas de cunho regulatório, embora tenham como pano de fundo a implementação de um novo modo de intervenção na economia, apresentaram-se em diferentes circunstâncias, vinculadas às condições sócio-econômicas e institucionais vigentes em cada país.

Assim, nos Estados Unidos, que inegavelmente constituem-se no contexto inspirador das reformas regulatórias mundo afora, essas instituições vicejaram em um ambiente propício. A tradição americana de hegemonia da participação da iniciativa privada na economia, caracterizou a regulação como a maneira do Estado estar presente em setores essenciais. Assim, as agências reguladoras no

cenário americano foram vistas pela sociedade como instrumentos de fortalecimento do Estado.

Na Europa e também no Brasil, embora essencialmente os objetivos das agências sejam os mesmos, o contexto de criação é diferente daquele observado nos Estados Unidos. No Brasil as agências surgem como fruto da mudança de paradigma do papel do Estado na Economia, no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso. Um modelo de Estado que levou a uma exacerbada crise fiscal, e que conjugado com outros fatores acabou por praticamente neutralizar a capacidade de investimento do País, levou o governo a propor uma série de alterações na estrutura do Estado brasileiro. As mudanças propostas sofreram forte influência da experiência internacional e do modelo econômico hegemônico à época, que remetia a uma maior liberdade econômica, abertura dos mercados e diminuição da presença do Estado na economia.

Nesse contexto, as agências reguladoras brasileiras surgiram tendo como causa imediata o amplo processo de privatização efetuado nos anos noventa, o que levou parte da sociedade a enxergá-las como instrumentos de legitimação daquela política econômica, taxada por alguns de neoliberal. A primeira agência federal, a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel, data de 1996. Nos anos seguintes vieram agências reguladoras em várias outras áreas.

Os estados da federação não ficaram fora desse movimento, e o Estado do Ceará foi um dos primeiros a criar a sua instituição reguladora. Com atuação nos setores de Energia Elétrica, Gás Canalizado, Saneamento Básico, e Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros, a ARCE foi criada por lei em 1997, como consequência da privatização da Companhia Energética do Ceará – Coelce. O formato e as principais definições da nova agência reguladora seguiram os parâmetros sugeridos em estudo contratado pelo governo do Estado a um consórcio de empresas de consultoria, capitaneado pela britânica *Maxwell Stamp*, com o apoio do Banco Mundial, por meio do IFC – *International Finance Corporation*, braço financeiro daquela Instituição.

Desde então as agências brasileiras, e particularmente a ARCE, vêm evoluindo em busca da consolidação de sua atuação, fluindo e refluindo, conforme a alternância do poder político em cada governo vigente e sua visão político-ideológica acerca do papel do Estado na economia.

Este estudo parte da premissa de que o modelo de Estado regulador é o que melhor responde às necessidades de crescimento e dinamismo econômico, sem no entanto relegar setores da economia tão dramaticamente importantes para a sociedade, à condução exclusiva e inquestionável do mercado. As agências constituem-se no instrumento de efetivação desse modelo de Estado. Fortalecer e aperfeiçoar essas instituições significa viabilizar o Estado regulador.

Reconhecendo a sua importância, embora não se considere aqui que as agências reguladoras constituem-se em uma panacéia para os problemas nacionais e estaduais, este estudo procura analisar criticamente a história e a evolução desse tipo de instituição no Estado do Ceará. A metodologia de análise aqui utilizada é essencialmente qualitativa. Optou-se por um estudo de caso, especificamente a experiência de dez anos de atuação da Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Ceará – ARCE. Na condução desse estudo optou-se pela pesquisa documental e bibliográfica alinhada a entrevistas semi-abertas, incluindo uma com o ex-governador do Estado, Lúcio Alcântara, e principalmente, com pessoas que ocupam ou ocuparam cargos-chave na ARCE, como os coordenadores, assessores, e membros da alta direção da Instituição.

A pesquisa documental abrangeu o acervo da ARCE, inclusive os documentos da consultoria britânica contratada para elaborar a proposta de sua formatação. A pesquisa bibliográfica compreendeu leituras variadas englobando aspectos econômicos, políticos, sociológicos, e jurídicos, bem como relacionados ao estudo da Administração Pública, acerca do tema da regulação. O referencial teórico desse trabalho está, pois, centrado nessas dimensões do conhecimento.

Vale ressaltar a vivência do autor desta dissertação com o tema. Tendo sido aprovado em concurso público e ingressado na ARCE em março de 2001, no

cargo de Analista de Regulação, na especialidade de Administração, ocupei desde então alguns cargos de relevância na Instituição. Inicialmente, como gerente administrativo-financeiro, função que ocupei por aproximadamente três anos, de 2001 a 2003, pude vivenciar as dificuldades de converter o conceito de autonomia financeira e de gestão em algo concreto. As amarras burocráticas e contingenciamentos impostos às instituições reguladoras, muitas vezes inviabilizam a devida autonomia dessas agências. Em 2003, recebi um convite para assumir uma das assessorias do Conselho Diretor da Instituição, inicialmente com a incumbência de implementar um modelo de planejamento estratégico, e tático-operacional para a Agência. Desde então gerenciei a execução de alguns projetos de interesse da Instituição, como por exemplo o Projeto de Reestruturação Organizacional da Agência, que está sendo atualmente executado pela Fundação Getúlio Vargas. Ainda como assessor fui responsável pelas audiências públicas e pela gestão de relacionamentos institucionais da ARCE, tendo uma relação de intensa parceria com a Aneel – Agência Nacional de Energia Elétrica. Recentemente, em caráter extraordinário, estou respondendo cumulativamente pela função de Coordenador de Transportes da ARCE, setor responsável pela regulação do Serviço Público de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros. Essas experiências me permitiram ter uma visão privilegiada da regulação em seus vários aspectos : operacional, quando estive como gerente administrativo-financeiro, estratégico, na função de assessor do Conselho Diretor, e finalístico, na função de Coordenador de Transportes da Agência. Durante esse período tive a oportunidade de participar de várias reuniões, seminários, congressos e cursos específicos sobre regulação, os quais contaram com a presença de vários autores e estudiosos renomados sobre o assunto. Desta forma, ao longo de todo este estudo, essa experiência vem à tona, subsidiando grande parte dos comentários, idéias, e análises aqui expostas.

O objetivo geral é desse trabalho é analisar criticamente a história da ARCE à luz da experiência nacional e internacional na área, e a partir da comparação entre a realidade atual da Instituição, e os parâmetros, características e premissas essenciais às agências reguladoras, sugerir pontos necessários para a

consolidação e o aperfeiçoamento da atividade de regulação de serviços públicos no Estado do Ceará. Dentre os principais objetivos específicos destacam-se as análises da atuação da ARCE nos processos de normatização, fiscalização, mediação de conflitos, e estudos tarifários, relativos aos setores submetidos à regulação. A partir dessas análises é que se vislumbram medidas para o aperfeiçoamento da regulação empreendida pela Agência.

Inicia-se esse estudo com uma breve discussão acerca do termo regulação e seus significados, em sentido amplo, e em sentido estrito. Essa diferenciação é necessária para clarear os conceitos no decorrer dos capítulos seguintes. No segundo capítulo apresenta-se a conceituação de serviço público, também em suas diferentes acepções, e a caracterização dessa atividade no Brasil. O terceiro capítulo é dedicado à análise da origem e do desenvolvimento das agências reguladoras no cenário mundial. Parte-se de dois casos paradigmáticos : a experiência americana, indiscutivelmente a mais substancial e mais consolidada de todas, e a experiência européia, centrada na exposição dos modelos inglês e francês. Este, por se tratar de um país com forte tradição de presença estatal na economia, traz muita luz ao caso brasileiro.

O capítulo seguinte é dedicado ao estudo dos aspectos essenciais que demarcam a diferença entre os entes reguladores e as demais instituições públicas. Assim discutem-se os objetivos, as premissas de atuação, e as características fundamentais das agências. Essas categorias serão comparadas mais à frente com aquelas observadas na atuação da ARCE, e servirão como parâmetros para o diagnóstico dos pontos passíveis de aperfeiçoamento na agência cearense.

O quinto e o sexto capítulo são reservados para a exposição e análise crítica das origens e evolução das agências reguladoras no Brasil, e especificamente no Ceará. Além disso esse capítulo apresenta uma descrição do perfil institucional da Agência, compreendendo seus aspectos organizacionais, formais e informais. Analisam-se os principais pontos ligados às competências de

normatização, fiscalização, mediação de conflitos, e análises tarifárias realizadas pela Agência, bem como a interação da instituição com a sociedade, o papel da ARCE na formulação de políticas públicas, e as dificuldades específicas na regulação quando o Estado opera diretamente os serviços públicos. A pesquisa documental e as entrevistas realizadas revelaram-se os instrumentos mais adequados para essa análise, ressaltando que o entendimento do contexto de criação da ARCE é condição relevante para a análise da sua situação atual.

Por fim, como resultado das etapas anteriores, o capítulo reservado às conclusões procura estabelecer claramente um macro-diagnóstico da ARCE, tendo como referencial os aspectos conceituais fundamentais e as melhores práticas nacionais e internacionais na área de regulação de serviços públicos apontando, sempre que possível, sugestões que possam contribuir para a o aperfeiçoamento e consolidação da regulação de serviços públicos no Estado do Ceará.

1. CONCEITOS DE REGULAÇÃO

O verbo “regular” origina-se do latim *regulare*. De acordo com o dicionário Aurélio, dentre outras acepções, significa: 1) sujeitar a regras; 2) dirigir, encaminhar conforme a lei; 3) regulamentar; 4) esclarecer por meio de regulamentos a execução de uma lei ou decreto; 5) acertar; 6) moderar; 7) reprimir. No sentido usado pelo senso comum, o ato de regular algo ou alguém, remete-nos à idéia de controlar, de ajustar, com vistas a um resultado que será melhor do que aquele obtido sem essa ação.

O conceito de regulação em seu sentido amplo relaciona-se à idéia de controle e imposição de normas aos vários aspectos inerentes à vida em sociedade, e é intrínseco ao próprio poder do Estado, existindo a partir do momento em que este, mesmo de maneira incipiente, começa a tomar forma. Segundo Fesler (1959) *apud* Peci (2007):

“a regulação se define como a circunscrição governamental aos indivíduos e grupos da gama de condutas permissíveis, e não se limita apenas à ação de comissões e agências com atuação em áreas de infra-estrutura”.

O Estado, enquanto instituição, é responsável pelo controle e organização da Sociedade, e em uma definição já clássica de Max Weber, detém o monopólio legítimo do uso da força. Nesse sentido a idéia de regulação, em seu sentido amplo, sempre foi um atributo intrínseco à própria definição de Estado. O poder extroverso do Estado, ou seja, o poder que extrapola os limites da organização “Estado” e atinge a todos os cidadãos, pressupõe a capacidade desse Estado de controlar, de ajustar, enfim, de regular a vida em sociedade (BRESSER PEREIRA, 1998). Referindo-se ao sistema norte-americano, MOLINA (1995) corrobora esse ponto de vista ao observar que em seu sentido mais amplo o termo *regulation* equivale a todas as atividades dos poderes públicos de organização e configuração da realidade social.

Essa capacidade transcende as diversas fases históricas da evolução do Estado¹, as variadas formas que este pode assumir², e a concepção que se tenha do seu papel³. Desde as civilizações orientais, surgidas por volta do ano 3.000 AC, passando pelas civilizações clássicas, pelo período feudal, até chegar à noção de estado moderno, a capacidade de regulação, em seu sentido mais abrangente, sempre esteve presente. Da mesma forma, quer sejam monarquias ou repúblicas, estados unitários ou federados, laicos ou teocráticos, a idéia de controle e de imposição de regras é uma condição *sine qua non* para a própria existência do Estado. A mesma constatação vale para o debate que se trava atualmente acerca do papel e do tamanho ideal do Estado. Resumindo, tem-se que qualquer que seja a forma, o período histórico, e a concepção que se tenha do seu papel, havendo Estado haverá controle, imposição de regras, ajustes, numa palavra haverá regulação, no seu sentido amplo. Essa imposição de regras se dá em todas as dimensões da vida em sociedade, e é definida pelos diversos meios que o Estado possa dispor, como leis, decretos, regulamentos e outros. Para a efetivação das normas impostas, o Estado conta com estruturas responsáveis pela verificação do cumprimento dessas normas e detém capacidade de coação a fim de que sejam cumpridas. Conclui-se então que o termo “regulação” denota uma função, uma

¹ Segundo Dalmo Dallari, a denominação Estado (do latim status = estar firme), significando situação permanente de convivência ligada à sociedade política, aparece pela primeira vez na obra “*O Príncipe*”, escrita por Maquiavel em 1513. Todavia, o conceito parece ter surgido nas civilizações da antiguidade, por meio de um processo de evolução histórica em várias regiões do mundo como a Suméria, o Extremo Oriente, a América Central e a Europa, passando pelo Estado de cunho teocrático, pelas Cidades-Estado gregas, pelo Estado Romano, pelo Estado Medieval e finalmente chegando ao Estado Moderno, que se caracteriza pela presença dos elementos : soberania, território, povo e governo.

² Quanto à sua classificação e estrutura os Estados se apresentam, ou já se apresentaram ao longo da sua evolução histórica, de diversas formas, sendo as mais relatadas na literatura : Estado Unitário, União Pessoal de Estados, União Real de Estados, Federação e Confederação.

³ A concepção de Estado, desde a sua origem até o seu papel, é tema dos mais controversos e já abordado por diversos autores. Quanto às teorias que procuram explicar a origem do Estado, é comum encontrarmos na literatura três grandes grupos: 1) Teorias que afirmam a formação natural ou espontânea do Estado. Essas teorias advogam dentre outras teses a hipótese da origem familiar ou patriarcal do Estado. 2) Teorias que afirmam ter o Estado a sua origem na conquista e na força, sendo o Estado um instrumento de dominação de um grupo sobre os demais, tese defendida por Franz Oppenheimer, dentre outros 3) Teorias da origem voluntária do Estado ou contratualistas, que defendem a idéia do “*contrato social*”, sustentada por nomes como Hobbes, Locke ou Rousseau, que advogam a tese de que o Estado se forma, não de uma maneira natural, mas porque os indivíduos voluntariamente o desejam. Vale ressaltar que embora defendam a idéia da origem voluntária do Estado, existem grandes diferenças entre as concepções do três pensadores citados.

capacidade, um atributo que, longe de ser algo novo, é tão antigo quanto o próprio surgimento da idéia de Estado.

Por sua vez, o termo “regulação”, em sentido estrito, compreende uma forma de intervenção específica do Estado no domínio econômico, por meio do estabelecimento e implementação de regras, consonantes com objetivos públicos, com a finalidade de propiciar o funcionamento equilibrado das atividades econômicas reguladas (MOREIRA, 1997).

Na maioria das vezes, mas nem sempre, essa intervenção se dá nos chamados serviços públicos⁴, cuja responsabilidade final, independentemente de quem os executa, é do Estado, e apresenta pressupostos, objetivos, e características peculiares, que as diferenciam da forma tradicional de intervenção do Estado, como será mostrado ao longo dessa dissertação. Nesse sentido a regulação representa a forma mais útil e efetiva de contribuição de um Estado que decide retirar-se da intervenção econômica direta, passando a ser um organizador das relações sociais e econômicas, reconhecendo para tanto que o mero e passivo poder de polícia sobre essas relações, já não é mais suficiente para o alcance dos objetivos maiores ligados ao interesse público (SALOMÃO FILHO, 2001).

Essa intervenção evoluiu ao longo do tempo na forma e nas estruturas pelas quais o Poder Público a exercia. Inicialmente essa ação de intervenção se dava através de instituições do Estado já existentes e que detinham outras atribuições. Posteriormente, em diferentes momentos, países, e formas, dotados de características heterogêneas, foram criados entes específicos para exercer essa intervenção, precursores dos atuais órgãos reguladores. Esses órgãos reguladores atuais recebem diferentes denominações. Nos Estados Unidos, são chamados genericamente de *independent regulatory commissions* ou comissões reguladoras independentes, na França são conhecidos como autoridades independentes, e no Brasil, na maioria dos casos, agências reguladoras.

⁴ O segundo tópico dessa dissertação é dedicado à discussão do conceito de serviço público.

Ocasionalmente, ainda em um mesmo país, recebem nomes diferentes. É o caso dos Estados Unidos, onde grande parte desses órgãos é chamada ainda de *Public Utilities Commissions* ou *Public Service Commissions*.

É importante ressaltar, que mesmo em seu sentido estrito, e observadas as características que as diferenciam da forma tradicional de intervenção do Estado na economia, o termo “regulação” admite diferentes perspectivas e enquadramentos. Segundo SALOMÃO FILHO (2001), essa discussão nos leva indubitavelmente às escolas teóricas que tencionam explicar o papel e o funcionamento do Estado na economia. O autor enumera três escolas de pensamento. A “Escola do Interesse Público” fundamenta sua tese, não na preservação do mercado, mas na busca do interesse público tal como definido na legislação. Já a “Escola Econômica da Regulação” ou “Escola Neoclássica”, entende ser a regulação um mecanismo de proteção do mercado e correção de suas falhas, que deve inclusive recriá-lo artificialmente quando for necessário. Por fim a “Escola Institucional” defende que a regulação deve ser compreendida como um espaço para a construção de soluções mais justas, todavia baseada e observando regras institucionais e procedimentais que contém em si valores já democraticamente estabelecidos e debatidos.

Em uma linha similar, Alexandre Aragão, em obra coordenada por Alketa Peci (PECI, 2007), afirma que a regulação assume três principais searas. A regulação dos monopólios é aquela que busca controlar os preços e qualidades dos serviços ou produtos quando a competição é restrita ou inviável, evitando prejuízos à economia popular. Por sua vez, a regulação para a competição objetiva estimular e garantir a livre concorrência nos mercados, direcionando estes para o interesse público quando for o caso. Por fim, a regulação dos serviços públicos, cujo fim é assegurar a universalização, qualidade e preço justo desses serviços, haja vista sua essencialidade ao bem-estar e desenvolvimento sócio-econômico.

Entre essas diferentes visões e perspectivas, a regulação vem tomando forma em vários países, graduando seus objetivos em função do contexto sócio-econômico, cultural, ideológico e institucional de cada país e de cada época, como veremos nos próximos tópicos.

2. SERVIÇOS PÚBLICOS

O conceito de serviço público não é algo unânime entre os que se dedicam ao tema. Assim como acontece em relação ao conceito de regulação, aqui também podemos identificar uma acepção ampla e outra mais restrita. Assim, em sentido amplo, Maria Sílvia Zanella di Pietro (1997, p. 98) conceitua serviço público:

“É toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente as atividades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.”

Uma outra definição abrangente é dada por Hely Lopes Meirelles (1997):

“Serviço Público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado. Fora dessa generalidade não se pode indicar as atividades que constituem serviço público, porque variam de acordo com a exigência de cada povo e de cada época. Nem se pode dizer que são as atividades coletivas vitais que caracterizam os serviços públicos, porque ao lado destas existem outras, sabidamente dispensáveis pela comunidade, que são realizadas pelo Estado como serviço público.”

Por sua vez, Élvia Fadul (2007, p. 13 – 14) assim define serviço público, classificando-os em serviço público e serviço de utilidade pública :

“Na legislação brasileira serviço público é todo aquele prestado pela administração pública ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer as necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado, e se classificam em serviços públicos e serviços de utilidade pública. Serviços públicos são os que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado. São considerados serviços privativos do poder público, pois só a administração deve prestá-los, sem delegação a terceiros (defesa

nacional, polícia, saúde pública). Serviços de utilidade pública são os que a administração, reconhecendo sua conveniência para a coletividade, presta-os diretamente ou permite que sejam prestados por terceiros, nas condições regulamentadas e sob seu controle, por conta e risco dos prestadores mediante remuneração dos usuários. Objetivam facilitar a vida do indivíduo na coletividade, pondo à sua disposição utilidades que lhe proporcionarão mais conforto e bem-estar (transporte coletivo, energia elétrica, gás, telefone).”

Para FADUL (2007), a idéia de serviço público está centrada na constatação de que algumas atividades de cunho social, não podem se submeter puramente à lógica comercial e à busca do lucro, haja vista a natureza dos objetivos e dos interesses que estão em jogo. Assim devem ser gerenciados dentro de critérios específicos, permitindo o acesso de todos a certos bens e serviços. Desta forma chega-se à constatação, segundo FADUL (2007) que certos serviços não podem obedecer à chamada lógica de mercado, pois o mercado não tem resposta para todas as necessidades coletivas, e esses serviços seriam instrumentos de liberdade, igualdade e solidariedade, indispensáveis ao equilíbrio social.

Segundo ZANELLA DI PIETRO (1997), existem determinados princípios que são inerentes ao regime jurídico dos serviços públicos : o da continuidade do serviço público, o da mutabilidade do regime jurídico, e o da igualdade dos usuários. O princípio da continuidade diz respeito à premissa segundo a qual, em condições normais, o serviço público não pode parar. O princípio da mutabilidade autoriza mudanças no regime de execução do serviço para adaptá-lo ao interesse público, pressupondo que este é variável no tempo. Por fim, pelo princípio da igualdade dos usuários, estabelece-se a idéia de que satisfeitas as condições legais, qualquer usuário tem direito à prestação do serviço, sem nenhuma distinção de caráter pessoal.

Desta forma, toda ação do Estado visando servir a sociedade configura-se como serviço público. Todavia, de maneira didática esses serviços podem ser classificados em três tipos: 1) Serviços de Soberania, compreendendo as funções

tradicionais do Estado como administração da justiça, das finanças, da defesa nacional, etc; 2) Serviços Sociais e Culturais, abrangendo os terrenos da educação, da saúde, da proteção social e da ação cultural, os quais desenvolveram-se fortemente desde meados do século XIX como uma resposta do Estado às demandas surgidas na Sociedade, decorrentes das mudanças sócio-econômicas e culturais ocorridas em função do desenvolvimento do capitalismo; 3) Serviços Econômicos que, assim como os serviços sociais, surgiram mais recentemente à medida que o Estado afirmava o seu papel para o atendimento de certas necessidades fundamentais na área da energia, do transporte, das comunicações, etc, tendo como diferencial o fato de serem prestados mediante pagamento por parte de quem deles se beneficia. Assim, de forma ampla, a definição de serviço público abrange os conceitos de *public administration* e *public utilities* britânicas.

Do ponto de vista formal, a Constituição Federal trata de forma ampla o conceito de serviço público, às vezes referindo-se a serviços que devem ser prestados diretamente pelo Estado, e em outros momentos referindo-se aos serviços que tanto podem ser prestados pelo Estado diretamente quanto podem ser delegados a terceiros, mantendo-se o controle e a responsabilidade final sobre a prestação dos mesmos pelo Poder Público, o que configuraria a idéia de utilidades públicas. Nesse caso, a Constituição discrimina quais desses serviços são de competência da União, definindo ainda de forma geral quando se dá a competência dos municípios, restando por exclusão a competência dos estados-membros da federação.

Os serviços públicos objetos da regulação, via de regra, são os serviços de infra-estrutura sócio-econômica passíveis de delegação ao setor privado, as chamadas utilidades públicas. Nessa dissertação usa-se o termo serviço público referindo-se a esses serviços, cuja tendência é o Estado delegar a operação à iniciativa privada, mantendo o controle indireto.

Por fim, sobre o regime jurídico desses serviços, nos ensina Zanella di Pietro (1997, p. 99):

“Quando, porém, se trata de serviços comerciais e industriais, o seu regime jurídico é o de direito comum (civil e comercial), derogado, ora mais, ora menos, pelo direito público. Em regra, o pessoal se submete ao direito do trabalho, com equiparação aos funcionários públicos para determinados fins; os contratos com terceiros submetem-se, em regra, ao direito comum; os bens não afetados à realização do serviço público submetem-se ao direito privado, enquanto os vinculados ao serviço têm regime semelhante ao dos bens públicos de uso especial. Aplica-se também o direito público no que diz respeito às relações entre a entidade prestadora do serviço e a pessoa jurídica política que a instituiu. Vale dizer, o regime jurídico, neste caso, é híbrido, podendo prevalecer o direito público ou o direito privado, dependendo do que dispuser a lei em cada caso; nunca se aplicará, em sua inteireza, o direito comum tal qual aplicado às empresas privadas.”

Discussões teóricas à parte, o fato é que a noção de serviço público, na acepção restrita a utilidades públicas, varia em função da época e do local, gravitando em torno dos conceitos de essencialidade e promoção do bem-estar social. Assim, o que em alguns países é considerado um serviço público, portanto sujeito ao controle do Estado, em outros não o é, haja vista o estágio de desenvolvimento sócio-econômico de cada um, embora haja um certo consenso acerca de um conjunto de atividades, como os serviços de energia e saneamento básico, por exemplo, que inequivocamente são caracterizados como serviços públicos. A definição formal do que deve ou não ser considerado serviço público deve ser buscada na legislação de cada país, e é nesse contexto que se dá a atividade de regulação.

3. AGÊNCIAS REGULADORAS: ORIGENS E EVOLUÇÃO

3.1. ORIGEM E EVOLUÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NOS EUA

A origem das instituições reguladoras remonta ao século XIX. A professora Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2006, p. 3), assim discorre sobre o assunto:

“Na Inglaterra, a partir de 1834, floresceram entes autônomos, criados pelo Parlamento para concretizar medidas previstas em lei e para decidir controvérsias resultantes desses textos; a cada lei que disciplinasse um assunto de relevo, criava-se um ente para aplicar a lei. Os Estados Unidos sofreram influência inglesa e, a partir de 1887, tem início a proliferação de *agencies* para regulação de atividades, imposição de deveres na matéria e aplicação de sanções.”

É comumente aceito pelos estudiosos do tema que a origem das agências reguladoras remonta da cultura anglo-saxã. Já anteriormente ao surgimento das primeiras *public utilities*⁵, o governo britânico e as colônias americanas regularam certos preços e serviços. Essas atividades reguladas normalmente não eram monopólio, todavia se referiam a produtos ou serviços de grande importância para a população (ALVES DA SILVA, 2003).

Em 1820, a cidade de *Washington* recebeu do Congresso dos Estados Unidos a atribuição de regular o preço do pão, do serviço de limpeza de chaminés e de amarras nos cais. Posteriormente, em 1839, a cidade de *Rhode Island* criou uma comissão reguladora, fato que se repetiu em *New Hampshire* em 1844 e em *Connecticut* em 1853. Essas instituições não detinham todas as atribuições da maioria das atuais agências reguladoras, estando limitadas a algumas atividades econômicas como, por exemplo, as indústrias de construção de estradas de ferro,

⁵ A expressão inglesa *Public Utilities* tem a mesma acepção de serviços públicos, quando considerado em seu caráter estrito, ou seja, serviços fundamentais para a sociedade, executados diretamente pelo Estado, ou delegados a terceiros, mas sob o controle do Poder Público, cuja utilização é cobrada diretamente dos seus usuários.

e sendo responsáveis por definir e monitorar os níveis de segurança, todavia sem controle sobre as tarifas praticadas (ALVES DA SILVA, 2003).

Numa evolução desses primeiros órgãos reguladores, as primeiras agências reguladoras estaduais começam a se estabelecer. Os estados de *Wisconsin*, *Minnesota*, *Iowa* e *Illinois*, de 1871 a 1874, criam comissões com o objetivo de efetuar o controle de tarifas, evitar a união entre empresas concorrentes nas estradas de ferro, e prevenir discriminações. Em 1907, em um formato já semelhante ao que existe atualmente, é criada em *New York* sua primeira *comission*⁶, e por volta de 1920 já existiam instituições com atribuições reguladoras em trinta e dois estados americanos. Essas instituições, que em grande parte atuavam nas estradas de ferro, receberam a incumbência de atuar também nos serviços de eletricidade, telefonia e ainda outros serviços, passando a ser denominadas de comissões de serviço público, em inglês *public service commissions* ou *public utility commissions* (ALVES DA SILVA, 2003). Atualmente todos os estados americanos contam com órgãos reguladores, sendo a maioria multissetoriais⁷, conforme a tabela 1.

Tabela 1: Instituições reguladoras estaduais nos Estados Unidos

Alabama	Alabama Public Service Commission
Alaska	Regulatory Commission of Alaska
Arizona	Arizona Corporation Commission
Arkansas	Arkansas Public Service Commission
	Arkansas Department of Information Systems
California	California Public Utilities Commission
Colorado	Colorado Public Utilities Commission
Connecticut	Connecticut Department of Public Utility Control
Delaware	Delaware Public Service Commission
District of Columbia	District of Columbia Public Service Commission
Florida	Florida Public Service Commission
Georgia	Georgia Public Service Commission
Guam	Guam Public Utilities Commission
Hawaii	Hawaii Public Utilities Commission

⁶ A maior parte dos estados americanos usa o termo *Public Service Commission* ou *Public Utilities Commission* para denominar os órgãos reguladores estaduais.

⁷ Agências reguladoras multissetoriais são aquelas que atuam em mais de um serviço público, por exemplo energia, gás natural, saneamento, telecomunicações, etc.

Idaho	Idaho Public Utilities Commission
Illinois	Illinois Commerce Commission
Indiana	Indiana Utility Regulatory Commission
Iowa	Iowa Utilities Board
Kansas	Kansas Corporation Commission
Kentucky	Kentucky Public Service Commission
Louisiana	Louisiana Public Service Commission
Maine	Maine Public Utilities Commission
Maryland	Maryland Public Service Commission
Massachusetts	Massachusetts Department of Public Utilities
Michigan	Michigan Public Service Commission
Minnesota	Minnesota Public Utilities Commission
Mississippi	Mississippi Public Service Commission
Missouri	Missouri Public Service Commission
Montana	Montana Public Service Commission
Nebraska	Nebraska Public Service Commission
Nevada	Nevada Public Utilities Commission
New Hampshire	New Hampshire Public Service Commission
New Jersey	New Jersey Board of Public Utilities
New Mexico	New Mexico Public Regulation Commission
New York	New York State Public Service Commission
North Carolina	North Carolina Utilities Commission
North Dakota	North Dakota Public Service Commission
Ohio	Ohio Public Utility Commission
Oklahoma	Oklahoma Corporation Commission
Oregon	Oregon Public Utility Commission
Pennsylvania	Pennsylvania Public Utility Commission
Puerto Rico	Puerto Rico Public Service Commission
Puerto Rico	Puerto Rico Telecommunications Regulatory Board
Rhode Island	Rhode Island Division of Public Utilities and Carriers and the Public Utilities Commission
South Carolina	South Carolina Public Service Commission
South Dakota	South Dakota Public Utility Commission
Tennessee	Tennessee Regulatory Authority
Texas	Texas Public Utility Commission
	Texas Natural Resource Conservation Commission
	Railroad Commission of Texas
Utah	Utah Public Service Commission
Vermont	Vermont Department of Public Service
	Vermont Public Service Board
Virgin Islands	Virgin Islands Public Services Commission
Virginia	Virginia State Corporation Commission
Washington	Washington Utilities and Transportation Commission
West Virginia	West Virginia Public Service Commission
Wyoming	Wyoming Public Service Commission
Wisconsin	Wisconsin Public Service Commission

Fonte: www.naruc.org

No âmbito federal, a evolução histórica das agências reguladoras americanas passa por quatro fases bem definidas. O marco inicial e a primeira fase das agências reguladoras deram-se em 1887, com a criação da *ICC – Interstate Commerce Commission*. A criação dessa comissão foi motivada por um conflito entre as empresas de transporte ferroviário, que buscavam aferir lucros exorbitantes nas tarifas que praticavam livremente, e os fazendeiros do Oeste⁸, que pressionavam as assembleias estaduais para controlar por meio de leis essas tarifas ferroviárias e o preço de armazenagem de cereais. Em função desse conflito criou-se a *ICC* e pouco tempo depois a *FTC – Federal Trade Commission*, ambas com o objetivo de atuar evitando condutas anticompetitivas de empresas e corporações monopolistas (GROTTI, 2006).

A segunda fase aconteceu em um momento marcado por crises na economia americana, já traumatizada com o *crash*⁹ da Bolsa de Valores de *New York*. No período de 1930 a 1945, em consonância com a política do *New Deal*¹⁰, liderada pelo Presidente Roosevelt, foram criadas várias instituições públicas, dentre elas, algumas agências de caráter regulador, que atuaram de forma intensa na economia, configurando um momento de refluxo do liberalismo americano. Tal fato, porém, não foi consenso, despertando um grande debate entre a elite política e intelectual americana, tradicionalmente partidária de presença discreta do Estado na economia (GROTTI, 2006). Todavia, em uma perspectiva histórica essa

⁸ Durante a década de 1880, os fazendeiros americanos, para defender seus interesses, se organizaram em um movimento conhecido como “Aliança dos Fazendeiros”. O objetivo declarado da organização era “unir os fazendeiros dos Estados Unidos da América para a sua proteção contra a elite política e econômica”. Dentre outras coisas a Aliança pressionava pela regulação, ou pela nacionalização, das ferrovias, incomodada com as tarifas que eram estipuladas livremente pelas empresas ferroviárias. (www.usa.gov)

⁹ O *crash* da Bolsa de Valores de *New York*, ocorreu em 29 de outubro de 1929, e caracterizou-se pela queda drástica dos valores das ações negociadas. Assim, milhares de acionistas perderam, literalmente, da noite para o dia, enormes somas em dinheiro. Muitos perderam tudo o que tinham. Esse evento marca no imaginário das pessoas o início da Grande Depressão, considerado o pior e o mais longo período de recessão econômica do século XX.

¹⁰ Em 1933, o Presidente americano *Franklin Delano Roosevelt* aprovou uma série de medidas de natureza econômica conhecidas como *New Deal*, que respaldaram, na década de 1930, um conjunto de ações de intervenção do Estado na economia, com o objetivo de por fim a Grande Depressão ocorrida naquela década.

fase representa a consolidação da regulação nos Estados Unidos. Sobre essa fase, assim relata Alketa Peci (2007, p. 74):

“Em termos históricos, a consolidação da regulação coincide com a Grande Depressão dos anos 1930 e é influenciada pelo peso crescente das teorias econômicas Keynesianas. Para muitos, a crise dos anos 30 era consequência direta da competição acirrada. Paralelamente, a influência das teorias econômicas keynesianas fortaleceu a convicção de que a regulação, enquanto intervenção do Estado na economia, pode aliviar os efeitos desta competição vista como “excessiva”. Conseqüentemente, a visão mais favorável em relação à regulação presente nos EUA a partir do início do século XX, levou à criação e crescimento das estruturas governamentais criadas com esta finalidade.”

Entre os anos de 1945 e 1965, ocorre a terceira fase, cujo marco foi a edição de uma lei geral de procedimento administrativo, em inglês *APA – Administrative Procedural Act*. Essa lei, uma espécie de lei geral das agências reguladoras americanas, trouxe unanimidade ao processo de tomada de decisões por essas instituições (GROTTI, 2006). Se a década de 1930 marcou a consolidação da regulação nos Estados Unidos, este período significou, principalmente a partir de 1960, o crescimento da atividade regulatória em vários setores. Ocorreu um incremento significativo nessa atividade, tendo em vista esforços dos governos federal e estaduais de implementar controles de preços e de entrada de mercados nos principais serviços públicos americanos, notadamente telecomunicações, ferrovias, aviação, energia elétrica, gás natural, e rodovias (PECI, 2007).

No período de 1965 a 1985, as agências reguladoras americanas são questionadas por supostamente não serem capazes de resistir ao imenso poder econômico e ao poder de influência dos entes regulados, normalmente grandes empresas. Essas empresas estariam conseguindo “impor” o teor da regulação a que seriam submetidas, por meio de mecanismos de pressão. Especificamente na década de 1970, esses questionamentos coincidem com as pressões inflacionárias resultantes das elevações no preço do petróleo. A crítica acentuou-

se no mandato do Presidente *Reagan*, período de exacerbação do liberalismo¹¹, tendo em vista a política de desregulamentação, ou *deregulation*. Acreditava-se que a regulação posta em prática pelas agências, longe de ser uma regulação para a competição, acabava por favorecer o inverso, ou seja, criava entraves por meio dos seus regulamentos a uma possível dinâmica competitiva dos mercados regulados (GROTTI, 2006).

Desde então e em um processo que continua atualmente, as agências reguladoras americanas tem sido objeto de reflexões e questionamentos, no sentido de que se consolide um padrão de regulação independente, porém com controles externos suficientes para que essa independência¹² não resulte em efeitos indesejáveis para a sociedade. A ênfase maior é dada atualmente para o desenvolvimento competitivo dos mercados. Em virtude de estratégias de diversificação horizontal, onde as empresas tendem a atuar em vários setores de infra-estrutura, a regulação com foco na defesa da concorrência assumiu uma dimensão de destaque.

Alguns pontos na evolução da atividade de regulação nos Estados Unidos merecem maior reflexão. O primeiro diz respeito à presença do Estado na economia americana. Tradicionalmente, o Estado americano, com raras exceções¹³, optou por não assumir o papel de “produtor” na economia, relegando esse papel à iniciativa privada, o que funcionou como estímulo ao desenvolvimento da regulação. Não sendo produtor, restou ao Estado intervir regulando a atividade econômica operada pelo setor privado. Portanto o grau de intervenção do Estado na economia americana sempre esteve diretamente relacionado com a intensidade em que a atividade regulatória foi exercida.

¹¹ A partir da década de 1970, intensificando-se nos anos 80, durante o governo do Presidente *Ronald Reagan*, ressurgiu nos Estados Unidos, um forte movimento político em defesa do *laissez-faire*, o que em termos práticos significou uma intensa pressão no sentido de desregulamentar a economia.

¹² O conceito de independência, atributo fundamental das agências reguladoras, será discutido posteriormente nessa dissertação no tópico dedicado às características fundamentais dos órgãos reguladores.

¹³ Essas exceções aconteceram principalmente em momentos incomuns, como a Segunda Guerra Mundial, e a Grande Depressão, e estiveram associadas a esforços para lidar com essas crises.

O segundo ponto refere-se ao conceito de administração pública nos Estados Unidos. A separação entre política e administração é uma concepção presente já nos discursos dos *founding fathers*¹⁴ americanos. Vários autores, dentre eles Woodrow Wilson, que ocuparia a presidência dos Estados Unidos, discorreram sobre o assunto, e em todos eles fica a clara noção que a dinâmica de governar possui duas dimensões complementares, porém distintas: decisão e execução. A decisão cabe à atividade política, enquanto a execução, por sua vez é tarefa da atividade administrativa. Por esse ângulo a administração não comporta um *modus operandi* político, uma vez que é um campo onde deve prevalecer o conhecimento técnico. Alguns autores, em uma visão crítica, chegaram mesmo a divergir da clássica divisão dos três poderes governamentais, sugerindo a existência do poder administrativo, como um quarto poder. Essa visão da administração pública influenciou fortemente a estruturação da máquina pública norte-americana, fazendo com que esses princípios, de forma geral, estivessem presentes na formatação das instituições públicas daquele país, criadas, ao menos em termos teóricos, para desempenhar a função administrativa do governo (PECI, 2007). No quadro institucional americano, características como um maior distanciamento e autonomia em relação ao Poder Executivo, não são traços exclusivos das agências reguladoras, embora nestas, via de regra, essas qualidades estejam presentes de forma mais marcante. Portanto o desenvolvimento da concepção de administração pública, na visão norte-americana predominante, onde se faz uma clara distinção teórica entre a função política e a função administrativa, contribuiu para a criação de agências reguladoras independentes, que na verdade nada mais são que instituições em cujas características, se pode identificar aspectos que corroboram essa separação entre política e administração, entre decisão e execução.

O terceiro ponto está relacionado à própria natureza da federação americana. O alto grau de autonomia dos estados-membros refletiu-se no

¹⁴ Grupo de personalidades e líderes políticos americanos, dentre eles Thomas Jefferson e Benjamin Franklin, com atuação decisiva no processo de independência e formação da federação norte-americana. Os *founding fathers* tornaram-se presidentes, ministros e parlamentares, exercendo um papel primordial na formação da cultura política americana.

desenvolvimento da regulação nos Estados Unidos. Embora, frequentemente a criação da *ICC – Interstate Commerce Commission*, instituição federal responsável pelo controle das tarifas ferroviárias interestaduais, seja apontada como o marco inicial da criação das agências reguladoras americanas, o fato é que ocorreram experiências estaduais anteriores à ICC. No período de 1871 a 1874 alguns estados americanos¹⁵ estabeleceram comissões de natureza regulatória. Tal fato sugere que o debate e a dinâmica da criação dessas instituições reguladoras, não esteve, como no Brasil, a reboque de uma reforma no âmbito federal, mas aconteceu antes, e de forma descentralizada no âmbito estadual, o que contribuiu para o desenvolvimento e consolidação do modelo. Enquanto nas duas primeiras décadas do século XX há uma proliferação de criação das *Public Utilities Comissions* nos Estados americanos, em contraste, o desenvolvimento expressivo da regulação federal americana só aconteceu em um primeiro momento, a partir do *New Deal*, na década de 1930, e posteriormente, a partir da década de 1960. Esse fato parece refletir o modelo federativo americano, onde a regra fundamental é a competência dos estados-membros, sendo a competência da União Federal a exceção.

Por fim, o último ponto a considerar é o caráter cíclico com que a regulação evoluiu nos Estados Unidos. Essa análise permite iluminar o debate que se trava em outros países como o Brasil, onde no atual momento é notório que a idéia de um estado regulador, não conta com o apoio firme do governo do Presidente Lula. Quando muito, convive-se com essa idéia. Todavia essa situação não é exclusiva da experiência brasileira no tema. Nos Estados Unidos, mesmo em um contexto cultural e ideológico propenso ao desenvolvimento da atividade de regulação, com todos os seus pressupostos de autonomia em relação ao Poder Executivo, a atividade de regulação apresentou avanços e recuos, variando conforme o momento histórico, o debate conceitual, e a visão da corrente política dominante sobre o papel do Estado na Economia.

¹⁵ No período de 1871 a 1874 os estados do *Wisconsin, Minnesota, Iowa e Illinois* estabeleceram comissões de natureza regulatória.

Como nos Estados Unidos, o papel de “produtor” não foi assumido pelo Estado, o caráter de intervenção na economia sempre esteve associado à regulação. Assim, momentos onde a idéia de intervenção na economia foi dominante no debate, corresponderam ao fortalecimento da atividade de regulação. Tome-se como exemplo o período da Grande Depressão e a política do *New Deal* no governo do Presidente Roosevelt. Por outro lado, momentos onde prevaleceu a crítica ao que seria um nível exacerbado de intervenção na economia, corresponderam à mitigação do poder das agências reguladoras. Foi o que ocorreu com a política da *deregulation*, ou desregulamentação da economia, no governo do Presidente Reagan, marcado por uma forte concepção liberalizante da economia e dos mercados.

Essa inconstância, variando do apoio à crítica à idéia da regulação, além de ser pautada pela economia, também pôde ser notada do ponto de vista conceitual, legal e jurídico. Em alguns momentos a legislação, a doutrina jurídica e a jurisprudência dos tribunais norte-americanos, assumiram posicionamentos que ratificaram os pressupostos essenciais das agências reguladoras. Foi assim, quando em outubro de 1933 o Presidente Roosevelt, exonerou, antes do término do mandato estabelecido, um conselheiro da *FTC – Federal Trade Commission*, órgão regulador federal americano, que havia sido nomeado na gestão anterior. A suprema Corte daquele país anulou a exoneração¹⁶. Essa decisão foi o marco definitivo acerca do entendimento sobre os mandatos dos diretores das instituições reguladoras norte-americanas.

Por sua vez, a edição do *Administrative Procedural Act - APA* pelo Congresso dos Estados Unidos, foi a resposta a um momento de crítica à forma de atuação das agências reguladoras. Mais recentemente, no governo Clinton, em 1993, foi editado um ato estabelecendo um certo nível de acompanhamento das atividades das agências reguladoras por parte de um órgão central do governo, o

¹⁶ Tendo o conselheiro da FTC, que havia sido exonerado, levado o caso à esfera judicial, a Suprema Corte americana entendeu que o princípio da independência daquela comissão reguladora, dotada por lei de autonomia, estava além da alegada conveniência administrativa do Presidente.

*Regulatory Working Group*¹⁷, o que significou uma tentativa do governo de impor algum nível de controle sobre as atividades das agências.

Apesar da divergência entre alguns autores acerca do país e da época onde surgiram as primeiras agências reguladoras, é notório que foi nos Estados Unidos que o tema da regulação, na acepção próxima ao que se tem hoje, desenvolveu-se de forma mais intensa a partir de discussões teóricas e experiências práticas.¹⁸ Não é incorreto afirmar que a experiência americana com a atividade de regulação constitui-se no contexto inspirador das reformas para implantação de modelos regulatórios, que décadas depois proliferaram em muitos outros países¹⁹. Por fim, vale salientar que a análise da evolução da experiência norte-americana com a atividade regulatória, guardada as peculiaridades daquele país, pode contribuir para clarear o debate e as dificuldades enfrentadas pelas agências reguladoras nos outros países.

¹⁷ Este ato, conhecido como *Regulatory Planning and Review*, submete as agências a procedimentos obrigatórios, para que comuniquem as suas ações regulatórias, antes de iniciá-las ao *Regulatory Working Group*, órgão central do governo americano. Este procedimento tem como objetivo, dentre outros, alertar as agências para possíveis contradições com as políticas públicas do governo (ARAGÃO, 2002).

¹⁸ Embora existam registros do início do século XIX de órgãos ingleses com características que os permitem identificá-los como precursores dos atuais órgãos reguladores, também é verdade que, à mesma época, isso ocorreu nos Estados Unidos, como é o caso da cidade de Washington em 1820.

¹⁹ Essa inspiração teórica no modelo americano não impediu adaptações de ordem prática, em função da legislação, de questões ideológicas, e da cultura de cada país. Por vezes, essas adaptações mescladas com especificidades locais, podem redundar em órgãos reguladores descaracterizados.

3.2. AGÊNCIAS REGULADORAS NA EUROPA

Ao contrário dos Estados Unidos, onde a participação da iniciativa privada nos setores de infra-estrutura da economia sempre foi a regra, os empreendimentos privados europeus nesses setores, no início do século XX, davam-se em escala consideravelmente menor. Nesse cenário, a visão da intervenção do Estado na economia, na ótica europeia, de maneira geral foi marcada por uma intensa participação do Estado nos setores de infra-estrutura, como forma de fortalecer as economias nacionais. A atuação do Estado como “produtor”, por meio de um modelo de organização empresarial público foi a tônica. Nesse sentido a regulação se deu de forma implícita²⁰, e teve como foco a proteção dos mercados domésticos (ALVEAL, 2003).

Esse panorama, caracterizado por empresas estatais operando em um ambiente protegido pela ação do Estado, ocasionou o crescimento expressivo das empresas atuantes nos setores de infra-estrutura, tais como energia elétrica, telecomunicações e distribuição de gás natural canalizado. O crescimento dessas empresas foi de certa forma sustentado pela preocupação do Estado em fortalecer sua economia interna. Todavia, essa política acabou por contribuir para o aprofundamento de problemas estruturais da economia europeia. No âmbito da crise do *welfare state*²¹ europeu, em um contexto de desequilíbrio fiscal, elevação do nível de desemprego, e baixo crescimento, o modo de intervenção do Estado na economia, adotado por grande parte dos países da Europa, passou a sofrer intensas críticas, sendo apontado como uma das causas, senão a principal causa dessa crise. Nesse cenário, a adoção de medidas liberalizantes que

²⁰ Regulação implícita é aquela que ocorre sem a presença de instituições reguladoras independentes. Constituem-se nas definições e regras impostas por meio de órgãos de governo, ou ainda por meio de empresas estatais que atuam como prestadoras de um dado serviço público e possuem algumas atribuições de regulamentar o setor em que operam.

²¹ O *Welfare State*, ou Estado do Bem-estar Social, desenvolve-se principalmente na Europa, tendo seus fundamentos implementados e defendidos no âmbito da social-democracia, com acentuada intensidade nos estados escandinavos. Os princípios do *Welfare State* sustentam a tese de que todos os indivíduos, desde o seu nascimento até sua morte, teriam direito a uma série de bens e serviços garantidos direta, ou indiretamente, via regulamentação da sociedade, pelo Estado. Esses direitos abrangem a assistência médica gratuita, assistência social, garantia de renda mínima, educação em todos os níveis, etc.

conseguissem destravar e dinamizar a economia, passou a compor a pauta das reformas econômicas dos países europeus. Assim, as políticas de privatização ganharam corpo na Europa, e as empresas estatais operantes nos setores de infra-estrutura, em função do acúmulo de capitais, fruto de décadas de proteção do Estado, ocuparam naturalmente lugar de destaque entre as empresas passíveis de serem privatizadas. Nesse sentido, criam-se as condições para uma nova forma de regulação desses setores de infra-estrutura, não mais implícita, mas baseada em instituições reguladoras criadas exclusivamente para esse fim, ao menos teoricamente com objetivos similares aqueles do sistema regulatório americano. Uma vez que o Estado deixa o papel de produtor, o controle sobre esses setores de infra-estrutura, que na verdade se configuram em serviços públicos essenciais, passa a ser efetivado pelo novo papel assumido pelo Estado, qual seja, o de regulador desses serviços.

Um aspecto extremamente relevante, a ser considerado na análise da evolução da regulação de serviços públicos na Europa, é a heterogeneidade política, ideológica e cultural dos seus países. Especificidades dos setores de infra-estrutura e características marcantes da formação sócio-econômica de cada país definem um contexto de diversidade onde se torna temeroso apontar um único modelo, como descreve Carmem Alveal (2003, p. 11):

“Na Alemanha e na maioria dos países da Europa Central e do Norte, a organização da rede (de infra-estrutura) sofreu ponderável influência de uma tradição econômica marcada pela força do federalismo e dos poderes locais, subordinando a importância relativa das regras de mercado a uma forte tendência de descentralização territorial e local²² e consolidando o sistema operacional do tripé usuário-operador-prefeito. Em contraste a essa tradição, em países como a França, a Itália e a Espanha, predominaram sistemas estatais e fortemente regulamentados”.

²² Segundo Carmem Alveal (2003, p. 11) “nestas experiências, a organização e a gestão dos serviços públicos locais tornou-se dependente das características locais e territoriais dos serviços prestados. No caso específico da Alemanha, a divisão de tarefas se dá entre o governo federal e os *Landers*, autoridades responsáveis pelas províncias.

Não obstante ter definido orientações gerais para os seus países-membros, no que diz respeito às políticas de privatização, desregulamentação e desverticalização dos serviços de infra-estrutura, a União Européia, reconhecendo a diversidade institucional e sócio-econômica de cada país, optou por uma implementação gradual e negociada das reformas regulatórias, de acordo com o princípio da subsidiaridade²³ (ALVEAL, 2003).

Assim, mesmo considerando que os processos de privatização e desverticalização se desenvolveram substancialmente na Europa, a heterogeneidade do contexto político, institucional, cultural e sócio-econômico de cada país, como já reconhecido pela própria União Européia, configura um conjunto diversificado de padrões de regulação atualmente vigentes nos países europeus. Todavia duas experiências podem ser reconhecidas como paradigmáticas e definidoras de modelos de regulação na Europa, seguidas com maior ou menor grau de diferenciação pelos outros países: as experiências do Reino Unido e da França.

²³ Adotado pela União Européia, este princípio reconhece a soberania nacional nas decisões políticas dos países que a compõem, todavia estabelece que essas decisões políticas não podem se contrapor às diretrizes emanadas das instituições colegiadas da União Européia (ALVEAL, 2003).

3.2.1. A EXPERIÊNCIA BRITÂNICA

Já antes do término da Segunda Guerra, em 1942, o Relatório *Benveridge*, um plano do governo britânico, previa que após a obtenção da vitória contra a Alemanha, a política econômica britânica deveria ter como principais objetivos uma ampla distribuição de renda, cujos fundamentos seriam priorizar investimentos em educação, saúde, e seguridade social.

Após o término do conflito mundial, os setores de infra-estrutura da economia inglesa encontravam-se consideravelmente comprometidos em sua capacidade de operação. Em 1945, o Partido Trabalhista Inglês vence as eleições. Esse momento é marcado por um alinhamento do Reino Unido com o padrão europeu de forte intervenção estatal na economia, justificado pela necessidade da presença e proteção do Estado para reconstruir esses setores destruídos ou seriamente avariados pela guerra.

Os fortes investimentos nesses setores de infra-estrutura na Europa, decorrente dentre outros fatores, de uma maior presença estatal na economia, e dos aportes oriundos do Plano *Marshall*²⁴, levaram a um considerável progresso nesses setores. Todavia esse período de crescimento e estabilidade começa a dar sinais de obsolescência, não só no Reino Unido, mas em toda a Europa, no final da década de 1960, e a instabilidade econômica evolui com intensidade na década de 1970, caracterizada como uma crise do Estado²⁵ Social-Burocrático do século XX, que se manifestou nas três formas que este assumiu: o Estado do

²⁴ O Plano *Marshall* foi uma iniciativa dos Estados Unidos, para a reconstrução dos países europeus aliados, cujas economias estavam devastadas devido à Segunda Guerra Mundial. A iniciativa foi batizada com o nome do Secretário do Tesouro dos Estados Unidos, George Marshall. Aproximadamente 13 bilhões de dólares, o que equivaleria hoje a algo em torno de 130 bilhões de dólares foram usados em assistência técnica e econômica a grande parte dos países europeus.

²⁵ Essa crise se manifestou em três vertentes : uma crise fiscal do Estado, marcada pelos gastos crescentes e superiores às receitas, uma crise no modo de intervenção do Estado no campo econômico e social, caracterizada pelo papel de “produtor” assumido excessivamente pelo Estado por meio de suas instituições e empresas estatais, e por fim, uma crise da forma burocrática de administração do Estado, marcado pelo foco nos controles e meios, relegando os resultados a um segundo plano, o que acabou por resultar em altos índices de ineficiência da máquina pública (BRESSER PEREIRA, 1998).

Bem-Estar Social, no primeiro mundo, o Estado Comunista, no chamado segundo mundo, e o Estado Desenvolvimentista, no terceiro mundo (BRESSER PEREIRA, 1998).

Essa crise agrava-se com os sucessivos choques nos preços mundiais do petróleo, e seus efeitos tornam-se visíveis no crescimento das taxas de inflação, associadas a um período de baixo crescimento econômico nos países desenvolvidos.²⁶ No Reino Unido, nesse contexto de crise, as críticas ao modo de intervenção do Estado Britânico no domínio econômico e social, ganham corpo. Associa-se a crise ao papel excessivo do Estado na vida nacional. Nesse cenário, em 1979, o Partido Conservador chega ao poder com *Margaret Thatcher*, e implementa uma radical mudança²⁷ no papel desempenhado pelo Estado Britânico no campo sócio-econômico.

Em 1984 o sistema de telecomunicações é privatizado, e em 1986 o mesmo acontece com o setor de gás natural. Em 1990, é a vez do setor de energia elétrica britânico passar por um processo de reestruturação e privatização das atividades de geração, transmissão e distribuição. Nesse contexto de reforma do papel do Estado na economia, são criados os órgãos reguladores britânicos.

Na verdade a criação dos órgãos reguladores no Reino Unido constituiu-se em um subconjunto das reformas de cunho liberal na Economia empreendidas no Governo *Thatcher*, subordinando-se conceitualmente a essa visão do papel do Estado. A orientação geral era no sentido de que não houvesse excessos. Assim, a regulação mais intensa destinar-se-ia, tanto quanto possível, somente aos setores monopolistas das indústrias de infra-estrutura.

²⁶ Conforme Bresser Pereira (1998, p. 34), “a grande crise econômica dos anos 80, reduziu as taxas de crescimento dos países centrais à metade do que foram nos vinte anos que se seguiram à Segunda Guerra Mundial, levou os países em desenvolvimento a ter sua renda por habitante estagnada por quinze anos, e implicou o colapso dos regimes estatistas do bloco soviético.”

²⁷ *Margaret Thatcher*, segundo Bresser Pereira (1998, p. 32) “foi provavelmente a governante mais autenticamente neo-liberal do nosso tempo.” Ocupou o cargo de primeira-ministra em mandatos sucessivos de maio de 1979 a novembro de 1990.

O setor de telecomunicações, desde a sua privatização em 1984, foi o primeiro a se submeter aos novos órgãos reguladores britânicos, sendo que alguns desses órgãos, de caráter executivo já existiam antes da privatização. Nesse mesmo ano foi criado por lei o *OFTEL – Office of Telecommunications*, para regular os serviços de telefonia, com a principal missão de promover e manter a efetiva competição no setor. A *BSC – Broadcasting Standards Commission* foi instituída em 1986, para regular as transmissões de televisão e rádio. Outras funções no setor de telecomunicações eram compartilhadas pela *Radiocommunications Agency*, constituída como uma agência executiva do Departamento de Indústria e Comércio do Governo do Reino Unido, pela *ITC – The Independent Television Commission*, e finalmente pela *Radio Authority*. Em 2003, essas cinco instituições foram extintas, dando origem ao *OFCOM – Office of Communication*, que substituiu todas as outras, incorporando as suas funções.

No setor de Gás Natural, foi instituído o *OF GAS – Office of Gas Supply*, em 1986, para monitorar e regular o setor, por ocasião da privatização da empresa monopolista *British Gas*. Para regular os serviços de energia elétrica privatizados foi criado, em 1989, ano anterior ao processo de privatização, o *OFFER – Office of Electricity Regulation*. Em 1999, as duas instituições regulatórias foram fundidas para a criação do *OF GEM – Office of Gas and Electricity Markets*, que assumiu as funções das duas anteriores.

Dentre as críticas que tem sido feitas ao modelo britânico, destacam-se aquelas que dizem respeito à real independência dessas instituições reguladoras. Em alguns casos, como por exemplo, o *OFCOM*, as decisões regulatórias são tomadas por um diretor-geral, e não em regime de colegiado. Em outros casos esses reguladores são nomeados pelos ministérios ao qual estão vinculados, o que pode deixar dúvidas quanto à capacidade de tomar decisões que não estejam em consonância com as políticas governamentais.

No campo oposto, também têm sido feitas críticas ao poder excessivo do regulador. Em um contexto de idéias liberais, dominantes no período de criação

desses órgãos, o princípio de *checks and balances*²⁸, foi implementado no panorama regulatório britânico com uma intencional distribuição, e em alguns casos, superposição de funções, entre órgãos reguladores como, por exemplo, a existência da *Competition Commission*, do *OFT – Office of Fair Trading*, que detém algum controle sobre a atividade da indústria, além daquela exercida pelos reguladores setoriais específicos.

A ascensão dos trabalhistas ao poder com a eleição de Tony Blair, em maio de 1997, conduz naturalmente a um processo de revisão do papel dos órgãos reguladores britânicos. Ainda em 1997, por iniciativa do governo foi elaborado estudo acerca do modelo de regulação britânico, que redundou em algumas mudanças como, por exemplo, a fusão de algumas instituições reguladoras. Um outro ponto, é que ao menos teoricamente, a ênfase da regulação muda da promoção da competição, para a proteção dos interesses dos consumidores²⁹.

Esse movimento de revisão da regulação por parte do governo trabalhista levou a criação do *GEMA – Gas and Electricity Markets Authority* e do *GECC – Gas and Electricity Consumers Council*, aos quais o *OFGEM*, órgão regulador dos setores de gás e energia, deveria reportar-se em algumas circunstâncias, colocando em posição de fragilidade a sua capacidade de atuar de forma independente. Sem dúvida, o *OFGEM* foi a instituição reguladora mais questionada no governo trabalhista. Uma série de leis retirou competências do organismo, distribuindo entre outras instituições, num movimento contraditório com o que ocorreu no setor de comunicações.

A experiência britânica com órgãos reguladores setoriais específicos esteve inegavelmente atrelada às reformas liberais implementadas no governo *Thatcher*.

²⁸ O princípio de *checks and balances*, ou sistema de freios e contrapesos, é uma das pedras angulares da Teoria da Separação dos Poderes, e do liberalismo político. Na verdade, desde Aristóteles, passando por Locke, até Montesquieu, em seu livro “O Espírito das Leis”, a idéia de separação de poderes está presente. A noção de que é necessário distribuir o poder entre várias instituições, para que uma possa moderar a outra, está presente na obra de Montesquieu, quando concluiu que “só o poder freia o poder”.

²⁹ Como o próprio estudo sobre a regulação no Reino Unido entende que a melhor forma de defender os interesses dos consumidores é garantindo a competição, na prática essa mudança de foco não significa grande alteração no *modus operandi* dos órgãos reguladores.

Assim, deve ser entendida como conseqüência lógica da mudança de paradigma no papel assumido pelo Estado, que de produtor de bens e serviços nos setores de infra-estrutura, passa a desempenhar o papel de controlar, de monitorar, de supervisionar, enfim, de regular esses setores. No governo conservador, as agências são fortalecidas enquanto instituições, mas persegue-se um modelo de regulação leve focado no estímulo à competição. Com a chegada dos trabalhistas ao poder, esse modelo é questionado, com críticas tanto ao que seria uma excessiva independência dessas instituições, tanto quanto ao modelo que deveria ser centrado mais na proteção dos interesses do consumidor. Todavia, a despeito das críticas inerentes à visão que cada governo tem do assunto, é válido afirmar que a experiência britânica com órgãos reguladores alcançou um patamar de maturidade institucional, o que permite vislumbrar a permanência do modelo.

3.2.2. A EXPERIÊNCIA FRANCESA

A noção de serviço público na França, na acepção das *Public Utilities* anglo-saxãs, surge por volta de 1805, quando Napoleão institui um fundo para financiar o serviço de entrega de mensagens e correspondências realizado por empresas privadas, e evolui ao longo das próximas décadas por meio dos entendimentos firmados pelos tribunais franceses. Em 1833, a legislação francesa reconhece as estradas de ferro, como *chose publique*³⁰ e define a concessão como a forma de gestão de um bem reconhecido como público, embora operado por particulares. Em 1873, um acórdão do Tribunal dos Conflitos reconhece a responsabilidade do Estado em relação a prejuízos causados às pessoas pelos prestadores dos serviços públicos, e a competência do órgão jurisdicional administrativo para julgar tais casos. Por este acórdão a noção de serviço público surge no direito francês. Em 1889, os serviços de telefonia são nacionalizados e integrados ao serviço postal e de telégrafos. Em 1921, em um novo entendimento, o Tribunal dos Conflitos admite a existência de serviços públicos que funcionam nas mesmas condições de uma empresa privada, e dá origem à noção de serviço público industrial e comercial. Em 1937, o serviço ferroviário é nacionalizado, o mesmo acontecendo em 1946 com o setor de gás e energia elétrica.

No pós-guerra, a França, em um movimento idêntico aos dos outros países europeus, opta por uma política de intensificação da presença do Estado na economia. Todavia, recentemente por conta das diretrizes emanadas da União Européia, o movimento é inverso, no sentido de estimular o setor privado, e garantir a competição nos mercados. Assim, em 1985, a União Européia reconhece que se um operador público não tem condições de atender a todo o mercado, os seus direitos exclusivos de operação, ou seja, o monopólio, não se justifica mais. Em 1987, a Comissão Européia propõe certa liberalização no setor de telecomunicações. Em 1988 é elaborada norma³¹ no âmbito da União

³⁰ Coisa pública.

³¹ Diretiva 88/301/CEE, de 16 de maio de 1988.

Européia, que impõe a separação entre operador e regulador, e em 1990, nova norma³², desta feita que decide abrir o mercado à concorrência, em alguns serviços de telecomunicações. Em 1993 a Comissão Européia decide pela liberalização total desses serviços, a contar a partir de 1998.

Essa tendência de liberalização e abertura de mercado³³ que ocorreu no setor de telecomunicações repetiu-se com maior ou menor intensidade nos setores de energia elétrica, transportes ferroviários e distribuição de gás. Nesse contexto, surgem as autoridades reguladoras nacionais francesas, atuando na área de telecomunicações, serviços postais, energia elétrica e gás natural. A *ART – Autorité de Régulation des Télécommunications*, foi criada em 1996, tendo assumido também a função de regulação dos serviços postais em 2005, e mudado sua denominação para *ARCEP – Autorité de Régulation des Communications Électroniques et des Postes*. No setor de Energia o órgão regulador é a *CRE – Commission de Régulation de L'énergie*, criado no ano de 2000, e expandido em 2003 para compreender também a regulação da produção e distribuição de gás natural.

O modelo regulatório adotado pela França é um importante paradigma para economias com forte tradição em intervenção estatal. A competência para nomear os dirigentes dos órgãos reguladores franceses é dividida, em proporções idênticas, entre as três mais importantes autoridades políticas do Estado: o Presidente da República, o Presidente da Assembléia Nacional, e o Presidente do Senado. O Primeiro-Ministro, responsável pela condução da administração, não tem poder para nomear os dirigentes desses órgãos, cabendo a atribuição ao Chefe de Estado e aos presidentes das Casas Legislativas. Esse fato simboliza a natureza de órgão de Estado e não de Governo, assumido pelas autoridades regulatórias francesas. A direção dessas instituições é composta por um colegiado

³² Diretiva 90/388/CEE, de 28 de junho de 1990.

³³ Vale ressaltar que, a despeito da onda de liberalização da economia capitaneada pelas diretrizes da União Européia, o Estado Francês ainda mantém quotas majoritárias em empresas dos setores ferroviário, energia elétrica, telecomunicações e aviação, embora essa seja uma tendência declinante.

de diretores, que detém mandato, não podendo ser reconduzidos, nem exonerados, a não ser por descumprimento da lei e dos regulamentos.

Todavia vale fazer uma consideração acerca das instituições qualificadas na França como autoridades independentes. Na verdade essa definição extrapola o conjunto dos órgãos reguladores, que na verdade constituem-se em uma espécie do gênero “autoridades independentes”. Essas instituições tencionam assegurar, em certos domínios sensíveis da vida sócio-econômica francesa, uma arbitragem imparcial e uma abordagem pluralista, que se traduzem nas condições de designação do seu corpo diretor. Essas instituições se dividem em dois grupos: aqueles que tratam dos direitos do cidadão, e aquelas que tratam da regulação da economia. Nesse segundo grupo encontram-se os órgãos reguladores franceses. Em 2006, existiam na França 39 instituições³⁴ qualificadas como autoridades independentes.

A experiência com a regulação de setores de infra-estrutura da economia na França é fortemente marcada por dois fatores. Em primeiro lugar, pela visão francesa de serviço público, o que pressupõe a essencialidade desses serviços para a integração da nação. Esse raciocínio leva à necessidade da presença do controle do Estado sobre esses setores de infra-estrutura, numa escala maior do que aquele praticado no Reino Unido³⁵. Em segundo lugar, como nos demais países, a reforma regulatória francesa segue a reboque das transformações econômicas de caráter liberalizantes, ditadas pela União Européia como diretrizes aos seus países membros.

³⁴ O formato dessas instituições varia de acordo com a lei que as instituiu. Como exemplo podemos citar : *HAS – Haute Autorité de Santé, CSA – Conseil supérieur de l’audiovisuel, Conseil de la Concurrence, Commission pour la Transparence Financière de la Vie Politique, CSC - Commission de la Sécurité des consommateurs, Commission des infractions fiscales, Commission Bancaire, CADA – Commission d’accès aux documents administratifs, Agence d’évaluation de la recherche et de l’enseignement supérieur.*

³⁵ No Reino Unido, principalmente na Era *Thatcher*, a regulação, ao menos teoricamente, só deveria ser aplicada com mais intensidade àqueles setores onde a competição ainda não fosse efetiva. À medida que houvesse incremento nos níveis de competição, a necessidade de regulação diminuiria, ou talvez não fosse necessária. Essa linha não condiz com o modelo francês, onde embora levem-se em consideração a dinâmica dos mercados, existe uma premissa da importância da presença do Estado ao menos controlando por meio da regulação setores que se constituem em serviços públicos essenciais para a integração da nação.

Por fim, e seguindo uma dinâmica que parece ser comum na evolução da experiência com órgãos reguladores nos demais países, o tema avançou na França, em maior ou menor intensidade, encontrou apoio ou críticas mais intensas no meio político, em função da alternância de poder. Assim a alternância entre socialistas e conservadores na presidência da República³⁶, e na obtenção de maioria no parlamento, tem pautado também a intensidade e a forma como se desenvolve na França a regulação dos setores de infra-estrutura, caracterizados como serviços públicos. Apesar dessa variação, convém observar, que no contexto de integração entre os países-membros da União Européia, há cada vez mais uma convergência nas macro-políticas adotadas para esses setores de infra-estrutura, o que leva a crer, que a despeito da multiplicidade de padrões institucionais vigentes em cada país, as reformas regulatórias continuarão avançando nesses países. A recente vitória de *Nicolas Sarkozy*³⁷, de linha conservadora, e que manifestou várias vezes durante a campanha o seu ponto-de-vista por uma economia de mercado mais dinâmica, reforça essa idéia.

³⁶ Em alguns períodos da história francesa recente, o cargo de presidente foi ocupado por um partido, e o de primeiro-ministro por outro, o que ficou conhecido como *coabitação*, uma vez que o peculiar sistema francês confere também à presidência atribuições importantes, e não somente a função de chefe de estado. Foi o caso de *François Mitterrand*, como presidente, e *Jacques Chirac* como primeiro-ministro, e mais recentemente *Jacques Chirac*, desta vez como Presidente, e *Lionel Jospin* como primeiro-ministro.

³⁷ *Nicolas Sarkozy* venceu a eleição para a Presidência da República em maio de 2007, e em junho do mesmo ano, seu partido também venceu as eleições legislativas.

4. ASPECTOS FUNDAMENTAIS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

4.1. A MODERNA REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E SEUS OBJETIVOS

A moderna regulação de serviços públicos³⁸ consiste em uma forma de intervenção do Estado nos setores de infra-estrutura da economia, considerados serviços essenciais, sobre os quais o Estado detém a responsabilidade final. Essa intervenção se dá de forma indireta e parte do paradigma do Estado regulador em oposição ao Estado produtor de bens e serviços³⁹.

Os setores de infra-estrutura da economia, grande parte considerados serviços públicos, como por exemplo, energia elétrica, telefonia, transportes e saneamento básico, são absolutamente imprescindíveis à vida moderna. Por um lado a qualidade com que esses serviços são prestados é fundamental ao bem-estar da população, e por outro, funcionam como indutores e pré-requisitos para a expansão da economia de um país.

O objetivo da regulação, em uma acepção ampla, é o equilíbrio sistêmico dos setores regulados, o que se traduz em benefícios para a sociedade, haja vista serem absolutamente relevantes para o desenvolvimento sócio-econômico. Na prestação desses serviços públicos podemos distinguir três atores característicos, cada um com interesses específicos, peculiares e legítimos do ponto de vista de cada um deles. O primeiro desses atores é o operador do serviço público, ou seja, a empresa que detém a concessão para a sua exploração. Os interesses do operador passam por ganhos significativos que permitam aferir a melhor taxa de retorno possível. Na outra ponta temos o usuário, o cidadão que paga uma tarifa

³⁸ Como se verá nos tópicos seguintes, essa regulação “moderna” que se dá nos serviços públicos, apresenta pressupostos, objetivos, e características de funcionamento que a diferenciam da regulação *latu sensu* tradicional, atributo intrínseco de qualquer forma de Estado.

³⁹ Observa-se que, em termos conceituais, as reformas regulatórias estão associadas a uma mudança de paradigma no papel do Estado na economia, normalmente relacionada ao abandono ou flexibilização do papel de produtor ou operador direto dos serviços de infra-estrutura pelo Estado, papel assumido total ou parcialmente pela iniciativa privada.

pelo serviço prestado, o qual espera-se que seja da melhor qualidade pelo menor preço possível. E como terceiro ator, temos o Estado, caracterizado como Poder Concedente, responsável último pelo serviço prestado, cujos interesses legítimos estão relacionados a aspectos sociais como, por exemplo, a universalização⁴⁰ dos serviços públicos, e a políticas públicas definidas no âmbito do poder político vigente.

Como se pode perceber, os interesses dos diversos atores envolvidos com a prestação dos serviços são muitas vezes conflitantes. Anseios por um melhor nível de qualidade, ou pela universalização desses serviços, demandam investimentos que acabam por refletir-se na tarifa cobrada, o que por certo desagrade aos usuários. Cabe à moderna regulação de serviços públicos, então, equilibrar todos esses interesses, ponderando a natureza e a relevância de cada um deles, priorizando alguns, em detrimento de outros, tendo em vista a sustentabilidade e o desenvolvimento desses setores que são absolutamente essenciais para a sociedade. Vale ressaltar que a regulação deve se dar em consonância com as políticas públicas setoriais, estabelecidas pelos governos democraticamente eleitos, configurando-se em um dos instrumentos para a sua implementação.

Todavia, não obstante o equilíbrio sistêmico do setor regulado possa ser definido como um objetivo maior da atividade de regulação, a percepção e as nuances desse equilíbrio variam nas experiências práticas com regulação nos mais diversos países, e ainda em um mesmo país em função do momento histórico. Em uma perspectiva notadamente liberal da economia, o equilíbrio perseguido pela regulação se efetiva ao passo em que a competição no setor esteja, na medida do possível, assegurada. Nesses casos trata-se de atuar no sentido de corrigir ou minimizar as falhas de mercado garantindo um ambiente de

⁴⁰ Universalizar um serviço público significa deixá-lo potencialmente à disposição e ao alcance de qualquer cidadão. O conceito de universalização compreende aspectos físicos do serviço público, no que diz respeito ao alcance físico da rede de serviço, e também aspectos econômicos, no que refere-se à razoabilidade do valor a ser pago pelo serviço, sem o que, mesmo estando à disposição não haverá amplo uso.

competição⁴¹. É a vertente assumida pela regulação nos Estados Unidos. Em uma outra perspectiva, mais voltada à importância do serviço público como um direito do cidadão a ser garantido pelo Estado, o equilíbrio setorial objetivado pela regulação assume uma posição focada na presença do Estado atento à prestação do serviço público, e pronto para corrigir prováveis desequilíbrios que prejudiquem a sociedade. É o modelo adotado pela França⁴².

A atividade de regulação toma forma nos organismos específicos criados para esse fim, as instituições reguladoras, que dependendo do país, recebem várias denominações, como agências reguladoras independentes, comissões de serviços públicos, autoridades reguladoras independentes e outros. Essas instituições exercem um conjunto de outras atividades que implica submeter os setores regulados à sua competência de normatização, fiscalização, aplicação de sanções, definições tarifárias, e mediação de conflitos entre as partes envolvidas na prestação do serviço público.

Antes de entrar em uma discussão detalhada acerca dos aspectos fundamentais das agências reguladoras, é importante salientar que as experiências de vários países, na estruturação dessas instituições, nos revelam uma considerável diversidade de formatos. Ainda em um mesmo país, órgãos reguladores podem apresentar padrões de formatação diferentes. Isso decorre, dentre outros fatores, do contexto ideológico, da tradição e da forma como a administração pública é vista em diferentes nações, das características jurídico-institucionais peculiares a cada país, e finalmente da dinâmica do setor a ser regulado.

⁴¹ A evolução da tecnologia, e os novos arranjos institucionais, tornam possível, cada vez mais, a introdução de competição em setores considerados até pouco tempo como monopolistas. Tome-se como exemplo o caso da telefonia, fortemente influenciado pela evolução da tecnologia, e ainda o de energia, tornado possível pelo interligação e compartilhamento das linhas de transmissão, bem como pela competição entre diferentes fontes de energia. Além disso é possível estimular a competição pela entrada no mercado por meio de licitações, e ainda minimizar os riscos do monopólio através de técnicas como o uso de empresas de referência para balizar os custos e investimentos declarados pelas empresas monopolistas.

⁴² Embora existam algumas diferenças de perspectivas, as características e os fundamentos são em essência os mesmos, guardadas as peculiaridades institucionais e da administração pública de cada país.

Não obstante a existência de diferentes formatos de instituições reguladoras, é possível identificar um conjunto de pressupostos e características essenciais, que as diferenciam do conjunto dos outros órgãos públicos⁴³, e sem os quais a capacidade efetiva de regulação é mitigada, senão inviabilizada.

⁴³ Dependendo do país, essa diferenciação é mais ou menos perceptível. Nos Estados Unidos, por exemplo, embora seja perfeitamente possível fazer essa diferenciação, muitas das características das instituições reguladoras americanas, também encontram-se presentes nas demais agências administrativas. Isso decorre da visão predominante naquele país de separação entre política e administração pública.

4.2. PRESSUPOSTOS PARA A REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Podemos distinguir claramente três condições ou pressupostos que devem estar presentes na estrutura sócio-econômica de um país, sem os quais, não é possível ou não se justifica, de forma plena, a atividade de regulação de serviços públicos.

O primeiro pressuposto refere-se ao respeito à economia de mercado, tendo como elementos os princípios da eficiência econômica e da legitimidade da obtenção de lucros. Tendo em vista a racionalidade técnica inerente à ação das agências reguladoras, a não aceitação desses princípios descaracteriza a atividade regulatória. Numa perspectiva histórica verifica-se que a regulação de serviços públicos origina-se nos Estados Unidos e posteriormente desenvolve-se em outros países, tendo como pano de fundo uma sociedade que em dado momento assume ou aceita essas diretrizes econômicas.

O segundo pressuposto é a necessidade de separação entre as funções de operador e de regulador do serviço público. Para que haja regulação é necessário que existam regulados, o que não ocorre quando as funções de operar e controlar o setor estão a cargo de uma mesma instituição. O objetivo macro pelo qual se justifica a regulação, ou seja, o equilíbrio do setor regulado, só é possível quando o regulador se posiciona de forma equidistante entre os três pólos da prestação do serviço público: a empresa operadora, o usuário do serviço, e o Poder Concedente representado pelo Governo. Assim, esta equidistância deixa de existir quando não há esta distinção clara entre regulador e operador. A necessidade dessa separação de funções como condição para o desenvolvimento da atividade regulatória, foi assim abordada por Floriano Marques Neto (2003, p. 11):

“Embora se pudesse falar, num contexto de intervenção direta do Estado no domínio econômico, do exercício de uma função regulatória subjacente à atuação do operador público num determinado setor econômico, não creio ser correto utilizar o conceito de regulação neste contexto. Como veremos, o conceito de regulação por mim adotado afasta os mecanismos de

intervenção direta como forma de regulação. Se a atividade regulatória estatal constitui uma espécie de intervenção (indireta) na ordem econômica, a assunção pelo Estado ou por ente controlado seu da exploração de atividade econômica não caracteriza intervenção reguladora. A exploração direta pelo Estado de atividade econômica é verdade, influencia a atuação dos atores privados, cumpre um papel de ordenação, algum controle e, eventualmente, estabelece algum padrão de regulamentação sobre o setor. Porém isso não é suficiente para caracterizar uma atuação estatal de caráter regulatório pois : i) mesmo estatal, o interesse do agente econômico tem como núcleo os interesses da empresa ou do seu controlador, e não do sistema como um todo e muito menos dos utentes da utilidade econômica explorada pelo agente econômico público; ii) o exercício da função regulatória pressupõe, por óbvio, a existência de regulados; a concentração de papéis de regulador e operador leva à descaracterização da atividade regulatória, pois faz com que a suposta “regulação” seja exercida não em benefício do indivíduo e da sociedade, mas que torne a eles sujeitos da regulação; iii) os instrumentos regulatórios estão ligados ao exercício das funções públicas o que não me parece compatível com o regime jurídico das empresas estatais (configuração típica dos entes estatais que exploram atividade econômica), nem com os interesses econômicos próprios de quem opera uma atividade econômica (ainda que em regime de privilégio, exclusividade ou monopólio); iv) o máximo que poderíamos identificar num contexto de intervenção estatal direta sobre o domínio econômico é que o agente estatal exerça atividade regulamentar sobre a atividade (o que nem mesmo é pacífico, pois a regulamentação não se voltava ao exercício da atividade como um todo, mas especificamente se destinava a impor regras de fruição aos usuários de bens e serviços, regras estas editadas pelo ente estatal muitas vezes em seu benefício), o que está longe de coincidir com todo o plexo das atividades regulatórias.”

O terceiro e último pressuposto é a vigência de um estado democrático, sem o qual não faz o menor sentido a atividade de regulação. O objetivo maior de buscar o equilíbrio sistêmico do setor regulado, mediando os legítimos interesses dos atores envolvidos com a prestação do serviço público, demanda uma contínua interação com esses atores e, além disso, demanda adicionalmente um adequado nível de permeabilidade da instituição reguladora a esses interesses. Isso só é

possível realizar por meio de intensa interlocução com os atores dos setores regulados. Essa interlocução deve ser aberta, pública, transparente, para evitar riscos de captura da instituição reguladora por esses interesses. Depreende-se que a atuação regulatória é muito mais pautada por um caráter de mediação, de ponderação, de persuasão baseada em critérios técnicos, do que por um viés de imposição rígida de normas⁴⁴. A possibilidade de esse *modus operandi* tomar forma integralmente em um regime autoritário⁴⁵ é remota.

Por fim vale ressaltar não exatamente o que seria um quarto pressuposto, mas uma condição que guarda relação direta com o bom andamento das atividades de regulação: a existência de marcos regulatórios adequados para cada setor regulado, que estabeleçam de forma clara as diretrizes setoriais, e a divisão de papéis entre as instituições que operam no setor. Sobre o assunto assim se posiciona Marcelo Barros Gomes (2007, 182):

“Os marcos regulatórios variam bastante em cada país. Um modelo menos independente é o usual modelo de regulação em que os processos de concessão, regulamentação e fiscalização ocorrem no âmbito da própria estrutura ministerial. Um modelo de maior independência implica o estabelecimento de um ente regulador autônomo para as tomadas de decisões, sem a possibilidade de revisão de seus atos pelo executivo político.”

A rigor, o modelo em que os processos de regulamentação e fiscalização ocorrem no âmbito da própria estrutura ministerial, não se configuraria em um cenário alinhado com a regulação em seus fundamentos mais modernos,

⁴⁴ Não se quer com isso afirmar que as agências reguladoras prescindam de instrumentos coercitivos. A capacidade de aplicar sanções decorrentes de descumprimentos de determinações emanadas da autoridade reguladora é uma das características essenciais que devem estar presentes nessas instituições. O que se quer dizer é que o processo de elaboração de normas, diretrizes e padrões regulatórios deve ser sempre precedido da participação de todos os interessados, cujos interesses legítimos serão considerados pela agência em um processo de conciliação e ponderação desses interesses. É uma postura que leva em consideração as razões de todos os envolvidos, que estimula a participação, portanto incompatível com regimes autoritários não abertos ao debate. Uma vez que a decisão seja tomada, o ente regulador deve usar os meios disponíveis, o que inclui a aplicação de sanções, para garantir o seu cumprimento.

⁴⁵ Embora existam instituições reguladoras em regimes autoritários, como por exemplo na China, é incorreto afirmar que essas instituições possuem todas as características das suas congêneres em regime democrático.

adequando-se mais ao que alguns autores chamam de regulação implícita, o que seria na verdade um meio termo entre a operação direta da atividade econômica pelo Estado, ou a intervenção indireta por meio de entes reguladores dotados de independência decisória.

Todavia ressalta-se a relação fundamental e absolutamente imprescindível entre o marco regulatório estabelecido e o formato da regulação que será possível empreender, bem como com os seus objetivos formais, e a efetividade de sua ação.

4.3. CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS

Além dos objetivos e pressupostos, existe um conjunto de características essenciais que deve compor o formato institucional e o modo de operação das agências reguladoras, e sem as quais a regulação de serviços públicos perde muito de sua efetividade. Esse conjunto é formado pelos seguintes requisitos: independência decisória, autonomia administrativa, amplitude de poderes, processualidade, competência técnica, e interlocução com a sociedade.

Essas características, em parte, precisam estar previstas no instrumento legal que cria as agências reguladoras. Por outro lado a atitude e os posicionamentos assumidos por essas instituições, notadamente pela sua direção, é que conferem concretude e permitem por em prática tais características.

Na medida em que esses requisitos não sejam atendidos, tem-se como consequência instituições inaptas a empreender uma regulação efetiva, desprovidas da força necessária, sujeitas em maior grau a um processo de captura por interesses de um dos atores envolvidos com a prestação do serviço público, quer seja a empresa concessionária, quer sejam os usuários, quer seja o Poder Concedente. A ocorrência desse processo de captura representa, em última análise, grandes riscos regulatórios, cujos desfechos sempre tem como maior prejudicado a sociedade e o interesse público.

4.3.1. INDEPENDÊNCIA DECISÓRIA

Dentre as características essenciais de uma agência reguladora, possivelmente a que mais se sobressai é a capacidade de tomar decisões, no seu âmbito de atuação, com independência em relação a todos os atores envolvidos na prestação do serviço público regulado. Como a agência media interesses das partes envolvidas, buscando o equilíbrio do setor, não se pode conceber nesse contexto, uma instituição que guarde dependência de algum desses atores, a saber, agente econômico operador do serviço público, usuários do serviço, e o Poder Concedente, representado pelo governo vigente.

A necessidade de independência em relação ao agente econômico operador do serviço público é notória. A definição das estruturas organizacionais e regimentais das agências reguladoras deve afastar, ao menos formalmente, qualquer nível de subordinação ao agente econômico. Nem se poderia cogitar o contrário. Todavia, acima dos aspectos formais de constituição das agências, existem riscos de captura⁴⁶ da instituição reguladora pelos interesses do operador do serviço público. Em algumas situações, existe a possibilidade de que o poderio econômico desses agentes acabe encontrando formas de influenciar, além do aceitável, as decisões do órgão regulador. Isso não necessariamente ocorre de maneira ilícita, mas por meio de mecanismos mais sutis de imposição de interesses. A experiência americana nos revela momentos em que esse fenômeno intensificou-se, como nos relata Dinorá Grotti (2006, p. 4):

“Entre os anos de 1965-1985 defrontou-se o sistema regulatório americano com um problema que desvirtuou as finalidades da regulação desvinculada do poder político: a captura das agências reguladoras pelos agentes econômicos regulados. Explique-se: os agentes privados, com seu colossal poder econômico e grande poder de influência, diante de entes reguladores

⁴⁶ A captura está relacionada ao comportamento do regulador em resposta à pressão exercida pelos grupos de interesse nos setores regulados, constituindo-se em um risco do modelo regulatório, caracterizado pela identificação do regulador com a racionalidade e os pontos de vista de um desses grupos de interesse. Assim, no caso dos serviços públicos, é possível que o regulador sofra um processo de captura de qualquer um dos atores envolvidos com o serviço público : empresa operadora do serviço, usuários, Poder Concedente.

que dispunham de completa autonomia perante o poder político, não encontraram dificuldades para implantar um mecanismo de pressão que acabasse por quase que determinar o conteúdo da regulação que iriam sofrer. Os maiores prejudicados, por conseqüência, foram os consumidores.”

A dificuldade de se contrapor a esse risco de captura, que põe em xeque a independência das agências, decorre principalmente de três fatores. Em primeiro lugar, decorre da impossibilidade de garantir que as definições legais, estruturais, e regimentais dos órgãos reguladores consigam neutralizar o risco de captura⁴⁷. Em segundo lugar, decorre da possibilidade de que o fluxo de informações do regulador para o regulado encontre canais privilegiados. Em terceiro lugar, decorre do imperativo de permeabilidade da agência aos interesses legítimos da empresa regulada, como uma das partes envolvidas no processo regulatório. Como já se discutiu anteriormente, a instituição reguladora deve estar aberta aos interesses das partes envolvidas na prestação do serviço público. Embora isso não signifique atendê-los acriticamente, uma vez que esses interesses podem representar riscos ao equilíbrio do setor, pressupõe uma interlocução freqüente com o agente econômico regulado, que pode usá-lo a seu favor exercendo pressão excessiva contra o regulador.

Um outro aspecto a considerar é a possibilidade de que dirigentes ou outros profissionais que ocupem cargos de relevo nas agências reguladoras possam ser recrutados para ocupar cargos nos agentes econômicos operadores dos serviços públicos. Conhecedores das nuances do processo regulatório, e eventualmente detendo alguma influência informal no órgão regulador, em função de contatos pessoais, em tese tal fato gera na sociedade descrédito quanto à atuação da instituição reguladora. Nesse sentido o mecanismo conhecido como quarentena, ou seja, o impedimento de que em um certo período ex-dirigentes de instituições reguladoras possam ser recrutados para trabalhar em empresas reguladas,

⁴⁷ Muito embora a concepção da estrutura organizacional da agência reguladora possa potencializar a influência no conteúdo da regulação, por parte dos atores envolvidos na prestação do serviço público regulado. Algumas agências, por previsão legal, possuem em sua diretoria colegiada membros representantes dos agentes econômicos prestadores dos serviços públicos e dos consumidores. Nesses casos, embora haja equilíbrio, uma vez que o número de representantes de um é o mesmo do outro, potencialmente podem-se criar canais institucionais para que essa influência se manifeste.

minimiza em parte, embora não resolva completamente o problema (MARQUES NETO, 2003).

No campo oposto está a independência da agência reguladora em relação aos consumidores, aos usuários dos serviços públicos. Embora seja inquestionável que a regulação deve se dar em benefício da sociedade, representada em parte pelos consumidores para os quais o serviço público é prestado, e que estes estão em situação desproporcional de força em relação aos agentes econômicos operadores dos serviços públicos, isso não pode levar a instituição reguladora a assumir uma postura de órgão de defesa do consumidor. Tal postura pode levar a situações onde o interesse da sociedade é sobreposto pelo interesse dos consumidores, e estes nem sempre são consonantes.

O interesse público nem sempre coincide com o interesse dos consumidores. Este se move por questões circunscritas a si mesmo, eminentemente de curto prazo, enquanto aquele deve levar em consideração o setor regulado como um todo, as possíveis externalidades⁴⁸, e os impactos de longo prazo decorrentes de qualquer medida. Tome-se como exemplo as questões acerca do valor da tarifa a ser cobrada do usuário para que este possa fazer uso do serviço público. Via de regra, o interesse do consumidor será obter uma menor tarifa. Todavia, nem sempre o interesse público está na contenção da tarifa no nível pretendido pelo usuário do serviço. Uma vez que outros aspectos de relevância social podem estar associados ao valor da tarifa, como por exemplo, o subsídio cruzado⁴⁹ entre consumidores de classes sócio-econômicas diferentes, é razoável supor que o interesse público esteja em um nível tarifário que possa

⁴⁸ “De uma maneira geral, uma externalidade é um custo ou benefício gerado por uma atividade econômica que não é arcado ou apropriado pelo agente responsável pela atividade econômica. Assim, quando há uma externalidade, o mercado não é capaz de gerar uma alocação de recursos ideal – para tal se torna necessária alguma espécie de intervenção. O Estado deve procurar “internalizar” as externalidades, ou seja, fazer com que o agente arque com os custos ou desfrute dos benefícios de sua atividade. Na ausência de intervenção, um bem cuja produção causa uma externalidade positiva (benefício social) tende a ser sub-ofertado enquanto outro que resulta num custo social tende a ser sobre-ofertado” (BREGMAN, 2006).

⁴⁹ O subsídio cruzado é uma técnica usada na formulação de preços onde certos segmentos de clientes, idealmente os de maior poder aquisitivo, mas nem sempre, arcam com parte dos custos de outros segmentos. O subsídio cruzado é uma das estratégias usadas para viabilizar a universalização dos serviços públicos.

viabilizar o subsídio, sem o qual aquele consumidor menos aquinhado não teria como usufruir o serviço público.

Um outro ponto é que nem todas as pessoas têm à sua disposição a possibilidade de usar um determinado serviço público, ou seja, o serviço não é ofertado a todos, isto é, não é universalizado. Em outros casos, mesmo sendo ofertado a todos, algumas pessoas não tem condições econômicas de adquiri-los. Então temos consumidores efetivos, aqueles que concretamente são usuários de um dado serviço público, e consumidores potenciais, aqueles que por uma ou outra razão, não são usuários do serviço, embora quisessem sê-lo. O interesse público é que o serviço seja universalizado e que todos possam usá-lo se assim o desejarem. Ocorre que o interesse do consumidor efetivo pode, em algumas ocasiões, ir de encontro ao interesse do consumidor potencial (MARQUES NETO, 2003).

Um exemplo disso é a universalização do serviço de energia elétrica. É evidente que fornecer energia a um determinado consumidor de uma cidade com milhões de habitantes é mais barato do que fornecer energia a um consumidor de uma comunidade rural com dezenas de habitantes. Do ponto de vista meramente da ciência econômica, é óbvio que os ganhos de escala permitem que a tarifa em uma grande cidade seja calculada em um nível bem menor que aquela em uma comunidade rural. Neste caso, a devida taxa de retorno dos investimentos necessários em equipamentos e linhas de transmissão, se rateada somente entre os moradores da pequena comunidade, encarecerá de tal forma a tarifa, que inviabilizará o fornecimento de energia. Uma das possíveis soluções para esse problema é o rateio desses custos entre todos os usuários⁵⁰. É evidente que isso implicará em aumento na tarifa dos atuais consumidores. Nesse exemplo, se a instituição reguladora ceder a pressões dos consumidores urbanos, terminará por

⁵⁰ Uma outra possibilidade de solução para esse problema pode ser o chamado subsídio direto, ou seja, o governo pagar total ou parcialmente a tarifa de alguns consumidores. Em um contexto de necessária austeridade fiscal pelo qual devem se pautar os governos, essa é uma alternativa que deve ser ponderada com prudência, embora em alguns casos possa se justificar.

contrariar o interesse público, em função dos entraves à universalização do serviço.

Convém notar que embora enfraquecidos, enquanto usuários individualizados, os consumidores contam com instrumentos de pressão consideráveis quando se organizam em associações, e ainda por meio da imprensa, de entidades da sociedade civil, e de segmentos da classe política. Todavia, a desproporcionalidade de forças entre usuários e agente econômico operador do serviço público, deve ser reconhecida pelo ente regulador e levada em consideração no processo regulatório. A agência, assim como acontece em relação ao operador, também deve ser permeável aos interesses do consumidor, o que não significa aceitá-los de forma imponderada. Todavia a agência deve guardar independência e não atuar meramente como órgão de defesa dos interesses do consumidor, sob pena de em algumas ocasiões ir de encontro ao interesse público, uma vez que estes nem sempre coincidem.

A terceira dimensão da independência das agências é também a mais difícil de ser viabilizada, e a que mais causa polêmica, e a que mais tem interferido no dia-a-dia dessas instituições: a independência do poder político. A capacidade que a agência deve deter de tomar decisões, no seu âmbito de atuação, sem que o seu conteúdo possa ser determinado pelo poder político, determina uma das diferenças fundamentais entre as instituições reguladoras e outras entidades públicas.

Essa questão causou polêmica em todos os países onde os entes reguladores tomaram forma. Mesmo nos Estados Unidos, onde o debate sobre a separação entre política e administração pública há muito foi superado (PECI, 2007), ao menos conceitualmente, ocorreram diversos momentos onde a independência das agências em relação ao governo foi questionada.

É importante aprofundar a reflexão acerca da acepção do termo independência. As agências são órgãos públicos, e como tais, devem estar sujeitos aos controles da Administração Pública. Assim as agências devem se

submeter às normas de caráter geral vigentes no setor público, como as normas orçamentárias, a legislação sobre licitações, e aos controles típicos do Tribunal de Contas.

Além disso, o escopo de atuação das agências é delimitado pela legislação que as criou, pelas leis que tratam do setor regulado, e pelo contrato de concessão firmado entre o Poder Público e o agente econômico prestador do serviço. Um outro aspecto que deve ser considerado é que a definição das políticas públicas setoriais⁵¹, atribuição do poder político, condiciona a atuação das instituições reguladoras e o manejo das políticas regulatórias⁵². Em outras palavras, as políticas regulatórias têm como um de seus principais objetivos a implementação das políticas públicas setoriais. Como afirma Floriano Marques Neto (2003, p. 39):

“...compete ao regulador introduzir no setor regulado as pautas de interesse geral contidas nas políticas públicas, atuando no sentido de que o sistema regulado absorva essas pautas, retomando o seu equilíbrio interno.”

Na verdade, poder-se-ia falar em interdependência, uma vez que o poder político depende das agências para ver implementada a sua política pública setorial, e a atuação das agências é condicionada em parte pelo teor dessas políticas públicas. Como se pode observar, a independência das agências aqui aludida só pode ser tomada como absoluta no que diz respeito à capacidade de

⁵¹ As políticas públicas são aquelas oriundas da combinação das políticas de Estado e políticas de governo. As políticas de Estado são aquelas dotadas de maior estabilidade, de alcance mais amplo, e definidas em Lei, numa interação dos poderes Executivo e Legislativo. Representam a visão macro, e os objetivos que o Estado tem para um determinado setor, em um dado contexto histórico. A sua alteração pressupõe alterações constitucionais ou legais. Por sua vez, as políticas de governo configuram-se como sendo a visão e os objetivos que o governo vigente tem para um determinado setor. É mais instável, porque passa por um ciclo de definição e redefinição conforme as alternâncias do poder político, próprias de um regime democrático, e é condicionada pela política de Estado. A combinação dessas regras amplas (políticas de Estado) com as regras definidas pelo poder político vigente (políticas de governo) para um dado setor constituem as políticas públicas setoriais. (MARQUES NETO, 2003)

⁵² As políticas regulatórias correspondem aos meios, instrumentos, e forma de ação, utilizados pela instituição reguladora para atingir os seus objetivos. Uma vez que um desses objetivos é a implementação das políticas públicas setoriais, fica claro que estas condicionam em parte aquelas. Como afirma Floriano Marques Neto (2003, p. 39) : “Não se admite que o manejo das políticas regulatórias contrarie, negue ou esvazie as políticas públicas. Porém, será no âmbito das políticas regulatórias que será definido o timing e o resultado de uma política pública setorial.”

tomar decisões no seu âmbito de atuação, sem que essas decisões possam ser submetidas à confirmação, revisão, ou qualquer outra interferência do Poder Político.

Essa característica é necessária porque o poder político, enquanto governo vigente, é um dos pólos na prestação do serviço público, juntamente com os usuários e o agente econômico prestador do serviço. Como a agência precisa manter-se equidistante desses pólos, a fim de garantir o equilíbrio dos interesses envolvidos, submeter-se ao poder político significaria inviabilizar esse equilíbrio.

A rigor, a história é repleta de momentos em que a intervenção do governo em setores de infra-estrutura da economia, considerados serviços públicos, foi danosa e logrou desequilibrar o setor, porquanto não teve como meta o desenvolvimento ou aperfeiçoamento do setor em si, mas objetivos outros de natureza econômica, fiscal, ou políticas, muitas vezes conflitantes com as políticas de Estado definidas em lei para um determinado setor. Podemos citar a título de exemplo, alterações tarifárias para conter artificialmente os índices inflacionários, ou ainda medidas populistas tomadas com o intuito de agradar a população em momentos de disputa política. Nesses casos, em defesa da política de Estado, das prerrogativas previstas no contrato de concessão, da segurança jurídica e do equilíbrio do setor regulado, a Agência pode e deve contrapor-se ao interesse do governo, o que seria impossível se não houvesse independência decisória.

Florianos Marques Neto (2003, p. 32) nos fala de duas espécies de independência: orgânica e administrativa. A independência orgânica diz respeito à existência de mecanismos garantidores de que os agentes reguladores não estarão subordinados à vontade política do poder central. Os mecanismos clássicos mais efetivos são dois: a ausência de controle hierárquico e a estabilidade de mandatos dos dirigentes.

A ausência de controle hierárquico é o cerne da independência decisória. É a garantia formal de que as decisões da agência, no seu âmbito de atuação, não serão frutos de aprovação prévia, revisão ou ainda qualquer tipo de interferência

do poder central com vistas à modificação do seu teor. Sem essa previsão, que deve estar presente na legislação, o sentido da regulação, em suas premissas modernas, inexistente.

Mesmo havendo a previsão legal de ausência de controle hierárquico, o poder central poderá de fato exercer esse controle sobre as agências, caso possa nomear e exonerar *ad nutum*⁵³. Daí decorre a importância de que se tenha a definição de mandatos e a impossibilidade de exoneração, salvo em casos excepcionais como, por exemplo, descumprimento da legislação do setor, práticas de atos de improbidade, condenação criminal.

Embora no Brasil a questão da estabilidade dos mandatos ainda possa ser objetivo de críticas de cunho ideológico, é bem verdade que na Europa e nos Estados Unidos esse é um aspecto formador das agências reguladoras já bem consolidado. Vale ler o relato de Floriano Marques Neto (2003, p. 33) acerca do embate acontecido nos Estados Unidos, na década de 1930, quando o então Presidente *Roosevelt* tentou demitir um dirigente da *FTC – Federal Trade Commission*, nomeado pelo seu antecessor, quando ainda faltavam cinco anos para o término do seu mandato.

“É interessante notar que foi justamente este aspecto (estabilidade dos dirigentes das Agências) que, levado à apreciação da Suprema Corte Americana, ensejou a decisão que passou a admitir a existência destes órgãos (protegidos face ao Chefe do Executivo). Trata-se do célebre caso *Humphrey X EUA*, julgado em 1935 onde se discutia basicamente o direito do regulador (*William E. Humphrey*) seguir à frente do *Federal Trade Commission* para a qual ele havia sido nomeado pelo Presidente *Hoover* para um mandato de sete anos (que só se expiraria em setembro de 1938). Ao assumir o governo, o Presidente *Roosevelt* pretendia nomear algum próximo seu para substituir *Humphrey*. Este, porém, não aceitando retirar-se do cargo, foi demitido por *Roosevelt* em outubro de 1933. Faltando-lhe ainda

⁵³ Expressão latina que significa literalmente “a um aceno da cabeça”. Está ligada ao tempo em que os imperadores romanos exerciam um tal controle do poder que um simples aceno de sua cabeça podia significar uma decisão de vida ou de morte. Hoje a expressão é utilizada para caracterizar uma decisão que depende exclusivamente do arbítrio de uma das partes envolvidas.

cerca de cinco anos de mandato, assegurado por lei federal (o *Federal Trade Commission Act*), *Humphrey* recorre ao judiciário pedindo que fosse indenizado pelo prazo restante. A questão chega à Suprema Corte em 1935, e na oportunidade, decide por distinguir as *executive agencies* das *independent agencies*, admitindo para estas a possibilidade de serem imunes ao controle do chefe do Executivo e a admissibilidade de que por lei os seus dirigentes sejam investidos na função por prazo de mandato. É importante notar que o Presidente *Roosevelt* que iniciou seu mandato confrontando a independência da *FTC*, logo se apercebeu da importância destes mecanismos de intervenção estatal, passando para a história como o governante americano que mais alavancou a autonomia das agências.”

Tem-se, portanto que a independência decisória das agências reguladoras em relação ao agente econômico prestador do serviço público, aos usuários desse serviço, e ao Poder Político, ou seja, ao governo vigente, é característica fundamental dessas instituições e condição *sine qua non*⁵⁴ para que possa atuar mediando o equilíbrio dos legítimos interesses de cada um desses atores, de forma a manter o equilíbrio do setor regulado.

⁵⁴ Expressão latina que significa “sem o qual não pode ser”. Refere-se a uma ação ou condição indispensável à realização de alguma coisa.

4.3.2. AUTONOMIA ADMINISTRATIVA

A autonomia administrativa refere-se à capacidade da instituição reguladora gerir com liberdade os meios necessários para a sua atuação. Sem essa autonomia a independência decisória pode se inviabilizar. A autonomia administrativa compreende duas dimensões fundamentais: a autonomia de gestão, e a autonomia financeira (MARQUES NETO, 2003). Todavia essa autonomia não implica em ampla liberdade para agir como bem entender. Persistem os controles e amarras próprios do setor público previstos em legislação e implementados pelas instituições de controle como as controladorias do Poder Executivo e o Tribunal de Contas.

A autonomia de gestão diz respeito à competência que a instituição reguladora deve deter, para definir a alocação do seu orçamento, bem como as suas prioridades. Essas definições tomam forma nos instrumentos de planejamento e nas práticas administrativas das agências, que devem ser elaboradas e executadas sem interferências de outras instâncias do Governo. Diz respeito também a capacidade de se organizar funcionalmente, e de conduzir questões internas de cunho administrativo, de forma autônoma.

Por sua vez, a autonomia financeira se dá quando os recursos financeiros necessários à atuação da Agência, não são dependentes da vontade do poder político, ou seja, quando a instituição reguladora não depende de dotações do tesouro. Caso isso não acontecesse, a independência decisória restaria extremamente fragilizada, uma vez que o Poder Executivo poderia usar a liberação de recursos como moeda de troca para ver as suas visões prevalecerem no processo regulatório.

Daí decorre a necessidade de que o financiamento das atividades das agências reguladoras seja obtido por meio de taxas cobradas dos agentes econômicos prestadores dos serviços públicos, que por sua vez as recolhem dos usuários, uma vez que essas taxas normalmente estão inclusas no valor total da tarifa.

Em face da alternância do poder político, onde muitas vezes correntes antagônicas se sucedem no governo, são freqüentes os casos onde o Poder Executivo, não podendo confrontar a independência decisória da instituição reguladora, haja vista que essa é definida em lei, maneja a máquina pública de forma a “engessar” a atuação do regulador. Isso se concretiza nos procedimentos burocráticos que não tem fim⁵⁵, e ainda mais intensamente no contingenciamento de recursos impostos às agências reguladoras. Essa situação leva o órgão regulador a uma situação de ineficiência, o que pode levar ao descrédito pela sociedade.

⁵⁵ Alguns procedimentos do dia-a-dia de uma instituição reguladora devem ser submetidos a um encaminhamento burocrático controlado pelo Poder Executivo, como as publicações na Imprensa Oficial. Não significa que a agência tenha que se submeter a algum tipo de autorização para o procedimento, mas na prática significa que esse procedimento só se completa após os encaminhamentos necessários por parte do Poder Executivo. Quando esses encaminhamentos burocráticos demoram em demasia, algumas ações da agência reguladora que deles dependem ficam em compasso de espera, o que se traduz em uma ineficiência do regulador, que não deixa de ser imposta pelo Poder Executivo. Demoras excessivas em processos licitatórios ou em realização de concursos públicos são exemplos disso.

4.3.3. AMPLITUDE DE PODERES

Condizente com a missão de resguardar o equilíbrio sistêmico do setor regulado, as instituições reguladoras atuam em vários flancos, o que compreende uma série de competências, funções e atribuições, de natureza diversa e com finalidades específicas. Essas capacidades denotam a complexidade da atuação do órgão regulador, haja vista que entre elas encontram-se atribuições de natureza executiva, de natureza quase-legislativa e de natureza quase-jurisdicional⁵⁶.

A capacidade normativa ou regulamentar corresponde à competência de editar normas para os setores regulados. Essas normas ou regulamentos referem-se a aspectos gerais da prestação do serviço público relacionados a temas como qualidade, segurança, obrigações e direitos dos usuários, dentre outros, e decorrem de dois aspectos. O primeiro deles é a necessidade de complementar as definições legais e de políticas públicas que normalmente são amplas e não chegam ao nível de detalhes. O segundo aspecto, que também demanda a ação normativa do regulador, origina-se nas mudanças pelas quais passa a prestação do serviço público em função de inovações de qualquer ordem, principalmente motivadas pelo avanço e pelo surgimento de novas tecnologias.

Uma outra atribuição dos entes reguladores é a competência de fiscalização. A atuação fiscalizadora do ente regulador é possivelmente a faceta menos suscetível a polêmicas entre aquelas que constituem as funções das agências. A fiscalização se dá no intuito de verificar o cumprimento por parte do agente econômico prestador do serviço público das normas contidas nas leis que regem o setor, no contrato de concessão, e nas próprias resoluções normativas do regulador. Em intensa relação com a atribuição de fiscalização, as agências também devem deter competências sancionatórias, ou seja, a possibilidade de aplicar sanções aos operadores do serviço público, em função do descumprimento

⁵⁶ Vários autores usam o termo “quase-legislativa” e “quase-jurisdicional” referindo-se à algumas funções e competências das agências reguladoras, que embora não sejam competências legislativas, nem jurisdicionais *strictu sensu*, muito se assemelham a estas na sua forma e na sua essência.

de normas. Essas sanções podem variar das mais brandas, uma advertência formal, por exemplo, passando por multas pecuniárias, chegando em casos extremamente graves envolvendo reincidência, à possibilidade de perda da concessão por parte do operador do serviço público. Sem a capacidade de impor sanções, em virtude de falhas na prestação do serviço, a ação da instituição reguladora perde muito de sua efetividade, como bem nos ensina Egon Bockmann Moreira (2007, p. 97):

“À parte as considerações quanto à atenuação contemporânea do caráter cogente do Direito Econômico (consensualidade, *soft law*, auto-regulação, etc.), fato é que as autoridades reguladoras disciplinam condutas, estabelecem deveres e proibições, vigiam e punem. E a idéia de sanção é inerente às competências de ordens e controles. Caso as agências não detivessem competência sancionatória, muitas de suas atribuições restariam emasculadas. Haveria toda uma estrutura regulatória do exercício da conduta dos agentes em setores com extremo poder econômico, despida de conseqüências imediatas quanto à violação das regras.”

A competência de mediação, por sua vez, consiste na capacidade que deve possuir o ente regulador de buscar a conciliação de conflitos. Esses conflitos ocorrem entre os atores envolvidos na prestação do serviço público, sendo mais comum entre os usuários e o agente econômico prestador do serviço, embora não se descartem conflitos envolvendo o Poder Concedente. Não havendo possibilidade de um consenso na composição dos interesses conflitantes entre esses diferentes atores, cabe ao ente regulador o julgamento de mérito da questão, dando ganho de causa a uma das partes conflitantes. A decisão final em caso de conflitos se dá no âmbito de um colegiado de diretores das instituições reguladoras, não cabendo revisão da decisão em nenhuma outra instituição do Poder Executivo, restando para tal a via judicial. Nesse ponto, a experiência americana, inspiradora das reformas de cunho regulatório, nos revela que o Poder Judiciário, quando provocado, se atém a questões de forma, quase sempre ratificando o mérito da decisão proferida pela Agência Reguladora.

Alguns autores enfatizam essa necessidade de atuação preferencial das agências reguladoras pela via da consensualidade, o que as diferenciaria do conjunto das outras instituições públicas, dotadas de postura mais impositiva. A visão de Gaspar Ariño Ortiz (1999, p. 598 – 599) sobre o tema, revela de forma clara essa posição:

“A função do regulador não é tanto de “se impor” aos regulados, mas de convencer, persuadir, levar as partes a uma solução convencional, na medida do possível. [...] Em muitas das questões que se colocam ao regulador não existe apenas uma única solução “justa”, devendo quase sempre articular uma composição entre interesses contrapostos, uma transição, uma arbitragem. O desejável é que a decisão seja, em princípio, aceita pelas partes, o que será facilitado quando a autoridade reguladora, com o passar do tempo adquira a maturidade e experiência necessárias para cumprir a sua missão, isto é, quando ganhe o respeito dos operadores do sistema e, além da competência legal goze da “*Auctoritas*” moral sobre os mesmos.”

Uma outra competência do ente regulador é a atribuição, que esse deve possuir, de analisar e aprovar as alterações na tarifa cobrada pelo uso do serviço público. Na verdade essa competência se desdobra em uma série de outras ações menores voltadas a monitorar as informações de natureza econômico-financeira que deverão embasar estudos técnicos com vistas à definição ou aprovação da tarifa. Nesses casos a premissa da modicidade tarifária⁵⁷, conjugada ao equilíbrio financeiro da concessão, e às previsões do contrato de concessão, deverão pautar a atuação do ente regulador.

Por fim, as agências reguladoras devem possuir competência de recomendação. Nas palavras de Floriano Marques Neto (2003, p. 26):

⁵⁷ A modicidade tarifária não é um conceito absoluto, ao contrário, deve ser ponderado levando-se em consideração os requisitos de qualidade com que o serviço é prestado.

“...prerrogativa, muitas vezes prevista na lei que cria a agência, do regulador subsidiar, orientar ou informar o poder político, recomendando medidas ou decisões a serem editadas no âmbito das políticas públicas.”

Vale ressaltar que embora possua a prerrogativa de subsidiar o poder político, este não está vinculado às orientações do ente regulador, embora não pareça razoável que as desconsidere. Na verdade essa prerrogativa de informar deve ser direcionada não somente ao poder político, mas deve estar aberta a toda a sociedade. A divulgação das informações, diagnósticos, e sugestões da instituição reguladora acerca dos setores regulados além de fomentar o controle social e *accountability*, legitima tecnicamente a atuação das agências.

Conclui-se que as agências reguladoras possuem uma ampla gama de prerrogativas e atribuições, que se constituem, para alguns autores, em verdadeiros poderes, de que podem dispor no processo regulatório. Embora fuja ao escopo desse estudo, vale registrar que no âmbito jurídico parte da doutrina questiona o fato de um órgão administrativo deter atribuições típicas dos outros poderes, nesse caso a função normativa, considerada quase-legislativa, e a função de mediação de conflitos, considerada quase-jurisdicional. Questões jurídicas à parte, o fato é que a história da evolução dessas instituições⁵⁸, nos mostra que o manejo dessas competências constitui-se condição indispensável para a efetivação da ação regulatória.

⁵⁸ Nos Estados Unidos, que inquestionavelmente se constituem na fonte inspiradora das reformas de cunho regulatório em todo o mundo, essas prerrogativas estão presentes, variando em forma e intensidade de acordo com o setor regulado.

4.3.4. PROCESSUALIDADE

Quando se analisam as características essenciais de uma agência reguladora, nota-se que o conjunto de prerrogativas a ela atribuídas a diferenciam das demais instituições públicas. Com efeito, aspectos como estabilidade de mandatos dos dirigentes, competência regulamentar, competência fiscalizatória, prerrogativa de impor sanções, função de mediar e julgar conflitos, aliados a existência de recursos financeiros próprios e a inexistência de submissão hierárquica a qualquer outra autoridade do governo configuram um perfil de instituição com um intenso poder em potencial no seu escopo de atuação.

Diante de todas essas prerrogativas, e como forma de evitar riscos contra os atores envolvidos no processo regulatório por um excesso de poder do regulador, principalmente contra os usuários dos serviços públicos e contra os agentes econômicos prestadores do serviço, o que poderia acontecer em função de possíveis oscilações na forma de ação das agências, sua atuação deve ser pautada pela previsibilidade na forma de agir, consubstanciada na processualidade e na padronização dos procedimentos.

Sobre esse assunto assim se posiciona Floriano Marques Neto (2003, p. 29):

“O manejo da ampla gama de poderes que detêm as agências obriga que, no seu exercício, estejam elas absolutamente adstritas ao devido processo legal, na sua acepção mais ampla (devido processo legal substantivo). Não é por outro motivo que a peça chave do direito administrativo americano seja o *Federal Administrative Procedure Act* editado para disciplinar a atividade das agências reguladoras independentes no direito americano. É fato que, concentrando poderes como acima demonstrado, coloca-se a necessidade de que a atividade das agências seja rigorosamente submetida a normas processuais.”

Assim, é necessária a observância de procedimentos detalhados, respeito aos prazos, formas definidas para o exercício do contraditório, regras de participação dos atores sujeitos à regulação, bem como de qualquer segmento da sociedade.

A regulação de serviços públicos deve ser pautada por um caráter de mediação entre diversos segmentos, o que pressupõe um diálogo constante com os atores partícipes desse processo, uma vez que não deve se dar em bases meramente impositivas e autoritárias. A interlocução e participação dos interessados no processo de regulação devem se realizar de forma pré-determinada e padronizada, obedecendo a regras específicas, com critérios de proporcionalidade, para evitar a excessiva influência de uma das partes envolvidas no processo, e em última análise o risco de captura da agência. Nesse sentido, o respeito à processualidade minimiza esse risco.

Na verdade a processualidade, nos seus aspectos formais, é característica de qualquer instituição pública, uma vez que a administração pública é inegavelmente calcada na formalidade dos seus atos. No caso específico das agências reguladoras, para além dessa acepção de processualidade, que se refere aos aspectos procedimentais, deve-se buscar um sentido mais amplo para o termo, que diz respeito à idéia de processo compreendendo os direitos das partes envolvidas e o estímulo à sua participação no processo regulatório.

4.3.5. INTERLOCUÇÃO COM A SOCIEDADE

A conduta autoritária e impositiva no processo de elaboração de regulamentos, controles, fiscalizações, enfim, no processo regulatório, não coaduna com a idéia de permeabilidade aos interesses das partes envolvidas na prestação dos serviços públicos, e de equilíbrio desses interesses. Na verdade essa idéia configura-se no conceito essencial à diferenciação entre a moderna regulação e a ação tradicional do Estado no controle desses serviços⁵⁹.

A necessidade de uma intensa interlocução da instituição reguladora com a sociedade está intimamente ligada a três fatores. O primeiro deles refere-se ao caráter de mediação e diálogo que a regulação assume. A composição técnica das melhores soluções e encaminhamentos referentes aos setores regulados demanda o conhecimento das motivações, pontos de vista, e interesses legítimos das partes envolvidas. Cabe ao ente regulador a ponderação desses interesses, o que pressupõe o conhecimento detalhado de todos eles. Isso só é possível por meio do diálogo freqüente com a sociedade. Não somente com os atores clássicos envolvidos na prestação do serviço público, isto é, operador, usuário e governo, mas com outros segmentos organizados representativos da sociedade civil que possam expressar suas visões sobre o serviço regulado.

O segundo ponto diz respeito à independência do agente regulador. À medida que diferentes interesses conflitantes tenham oportunidade de participar do processo regulatório, isso minimiza a possibilidade de captura da agência por uma das partes, haja vista propiciar uma certa vigilância por parte de cada uma delas sobre a atuação do regulador. Na verdade, nessas condições, resta à agência uma atuação eminentemente técnica, que leve em conta as políticas públicas, as regras setoriais e o equilíbrio do setor regulado.

⁵⁹ É óbvio que mesmo sem agências reguladoras o Estado sempre atuou nos setores econômicos caracterizados como serviços públicos, quer seja operando-os diretamente, quer seja emitindo normas, e implementando controles por meio de órgãos públicos. Todavia essa atuação tradicional dava-se em bases, premissas e características bem diferentes daquelas que definem a moderna regulação. O caráter auto-suficiente, fechado, e autoritário dessa atuação era a regra.

O terceiro aspecto refere-se à efetivação de mecanismos de controle social e *accountability*, tanto dos regulados, quanto dos reguladores, possibilitada pela contínua interação das agências com os segmentos representativos da sociedade.

Nesse sentido a modelagem das instituições reguladoras deve prever mecanismos para a implementação dessa interlocução com a sociedade. Com efeito, a previsão legal ou regimental de práticas como a realização de consultas e audiências públicas, reuniões de diretoria abertas à sociedade, e outras iniciativas do gênero colaboram para a efetivação desse diálogo. Todavia, para além dessas previsões formais, a atitude assumida pelo ente regulador deve ser de total transparência e de contínua abertura à participação da sociedade.

Uma das críticas mais contumazes dirigidas às entidades reguladoras, é que estas não possuem legitimidade democrática para supostamente subtrair dos agentes políticos eleitos a prerrogativa de definir as políticas públicas setoriais. Na verdade essa crítica constitui-se em um sofisma. Em primeiro lugar, a definição das políticas públicas continua sendo do poder político eleito para tal. A agência reguladora deve contribuir subsidiando com a sua visão técnica essa definição, e atentando para que a formulação dessas políticas não coloque em risco o equilíbrio e a auto-sustentabilidade do setor regulado. Portanto a instituição reguladora não deve tomar para si uma atribuição própria do poder político, mas agir no sentido de que essa atribuição de formular políticas se dê respeitando as políticas de Estado, que possuem caráter mais estável, e o equilíbrio do setor. Todavia, em termos práticos, na hipótese desse fenômeno ocorrer, fazem-se necessários mecanismos de controle social e *accountability* para neutralizar essa possibilidade. Sobre o assunto assim nos ensina Marcelo Barros Gomes (2007, p. 183):

“Essa dicotomia foi inicialmente tratada por Max Weber que, apesar de não abordar a questão nesses termos, descreveu o processo de formação da burocracia e o distanciamento do processo burocrático do processo político. *Woodrow Wilson* (1887), em trabalho intitulado *Public Administration*, criou as bases da formação da administração pública norte-americana, que

deveria ser composta por um corpo técnico distinto para implementar as políticas públicas definidas pelo Congresso. Portanto, aos políticos caberia a formulação das políticas públicas e à burocracia, sem interferência direta dos primeiros, a sua implementação. Ressalte-se que reformas administrativas recentes visam muitas vezes devolver aos políticos o controle da burocracia que, de certa forma, “capturou” os agentes públicos formadores de políticas públicas (agentes políticos). Os agentes públicos não eleitos avançaram sua esfera inicial de atribuições e, por uma série de fatores passaram, na prática, a formular e implementar as políticas públicas. A independência das agências pode ser analisada como um potencial assalto a essa relação dicotômica, caso os regimes de transparência e *accountability* sejam fracos.”

Em segundo lugar a suposta ausência de legitimidade democrática não se sustenta. As agências reguladoras, quando criadas em regimes democráticos, são constituídas por leis aprovadas nos parlamentos de cada país. Desta forma, são criadas e têm seus mecanismos de funcionamento definidos conforme as regras legais e em um contexto de consonância com os princípios da democracia. Isso por si só bastaria para dar-lhes legitimidade democrática, como a qualquer outra instituição pública.

Todavia, mesmo provando-se, em linhas gerais, ser falso esse argumento, a percepção de parte da sociedade é de que ele é verdadeiro. Devido à racionalidade eminentemente técnica, e a observação rigorosa das regras setoriais especificadas nas leis, nas normas e nos contratos de concessão, o que acontece por vezes contrariando posições da maioria da população⁶⁰, a atuação das agências reguladoras pode ser percebida como autoritária e antidemocrática. Nesse sentido é interessante atentar para as colocações de CUÉLLAR (2001) sobre essa questão, nas quais observa a necessidade de criar um espaço público de discussão, como legitimação do processo regulatório mediante, por exemplo, a

⁶⁰ Um exemplo concreto é o processo de revisão tarifária dos operadores dos serviços públicos. Por vezes, a agência reguladora, fundamentada tecnicamente, e em estrita consonância com as regras setoriais, toma decisões que desagradam a maioria da população, uma vez que esta vê unicamente na contenção do valor da tarifa o interesse público, enquanto para a Agência o interesse público pode estar na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato que permita a auto-sustentabilidade e o desenvolvimento do serviço público prestado.

participação pública na edição dos atos normativos, e a obrigação da Administração, ao expedir o regulamento, motivar as recusas às sugestões e críticas daqueles que desejarem participar do processo. Com isso, estar-se-ia contribuindo para suprir o suposto déficit democrático da regulação.

Nesse sentido a abertura da agência reguladora à sociedade pode mitigar a percepção negativa que esta possa ter acerca da atuação do regulador. A transparência, e mais do que isso, uma atitude de interação e de indução à participação, é extremamente necessária.

Por fim, como já enfatizado, a interação da sociedade com a instituição reguladora também é desejável à medida que favorece o controle social de sua atuação, evitando eventuais excessos decorrente da sua amplitude de poderes⁶¹.

⁶¹ Em alguns casos a própria modelagem institucional das agências reguladoras prevê um mecanismo formal de participação da sociedade, na maioria das vezes como colegiados consultivos presentes na estrutura organizacional dessas instituições.

4.3.6. ESPECIALIDADE TÉCNICA

A rigor, os requisitos de especialidade técnica são desejáveis a qualquer instituição pública na área de sua atuação, todavia nas agências reguladoras, mais que desejáveis, são dramaticamente necessários. A razão para tanto se resume no fato de que deve imperar no processo regulatório uma racionalidade substancialmente técnica, referendada por vários aspectos. Sobre esse assunto, nos ensina Floriano Marques Neto (2003, p. 20):

“...é típico da atividade regulatória que o ente regulador seja detentor de profundo conhecimento sobre o setor regulado e que, portanto, sua atuação seja focada na sua área de especialidade. Neste sentido, a especialidade se presta não apenas a garantir maior eficiência regulatória, como também se põe como um instrumento para reduzir a assimetria informacional (entendida como o déficit existente entre o patamar de informações que o regulado possui sobre a atividade, em relação ao arcabouço de informações acervadas pelo regulador). A especialidade, portanto, relaciona-se diretamente com a legitimação técnica dos entes reguladores.”

As agências reguladoras já sofrem questionamentos quanto a um suposto caráter antidemocrático, uma vez que estariam subtraindo do poder político a prerrogativa de definir os rumos dos setores submetidos à regulação. Embora tal raciocínio constitua-se em um sofisma, é inegável que é defendido por segmentos da sociedade. A partir do momento em que os requisitos de altos níveis de especialização técnica não forem observados na estruturação e na atuação de um ente regulador, estará criado o cenário propício para mais questionamentos quanto à sua necessidade. Torna-se difícil justificar a existência de um órgão regulador, dotado de independência decisória, cujos diretores detêm mandatos, não submetidos ao poder político, quando estes não apresentam um elevado grau de especialização e competência técnica, que torne evidente o seu domínio sobre o assunto, nos seus vários aspectos. A caracterização dessa especialidade não deve ser restritiva, levando em conta, não somente a formação acadêmica, mas também a habilidade e experiência em aspectos correlatos ao tema e necessários à regulação.

Em termos práticos, essa legitimação técnica se revela no quadro de pessoal das agências, e com muita visibilidade, nos perfis que compõem a sua direção. A nomeação de pessoas, para ocupar os cargos de direção nos entes reguladores, cuja formação não se coaduna com os requisitos de especialização necessária, possibilita grandes riscos para o conteúdo da regulação, e para as imagens das agências. A experiência recente no cenário nacional é esclarecedora e definitiva quanto a essa questão. Grande parte dos diretores das agências reguladoras nomeados no Governo do Presidente Lula não tem o perfil adequado, sendo oriundos do cenário político, muitos deles vinculados aos partidos da base de sustentação ao governo.

A recente crise no setor aéreo, culminada com o acidente no aeroporto de Congonhas envolvendo um *airbus* da companhia TAM, com grande número de vítimas fatais, expôs com toda a dramaticidade que envolveu o caso, a inadequação dos perfis técnicos da maioria dos diretores da ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil. Sem entrar no mérito das responsabilidades da Agência nesse caso, ficou a percepção de uma agência ineficiente, incapaz de lidar com os temas de sua área de atuação.

Situações desse tipo levam, não sem motivos, a questionamentos acerca dos fundamentos essenciais dos entes reguladores como, por exemplo, os mandatos dos dirigentes. Pressionado por situações de crises setoriais decorrentes de nomeações inadequadas para conduzir as agências reguladoras, o poder político normalmente transfere o ônus da crise, responsabilizando o formato, ou a natureza dos órgãos reguladores, o que teria subtraído a capacidade de ação do governo.

Portanto, em função das razões expostas, e do imperativo de mediar os interesses dos usuários, concessionários, e Poder Concedente, de forma imparcial e pautado em uma racionalidade eminentemente técnica, é essencial que a estruturação dos entes reguladores dê máxima atenção ao perfil dos seus componentes.

5. AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL: ORIGENS E CONTEXTO

5.1. A REFORMA DO ESTADO E A CRIAÇÃO DAS AGÊNCIAS NO BRASIL

Embora o surgimento das agências reguladoras no Brasil se dê na década de 1990 no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, é interessante notar que ao longo do século XX ocorreram tentativas de incorporar ao cenário institucional brasileiro, entidades com características próprias da moderna regulação de serviços públicos.

Já na primeira metade do século XX, surgem algumas autarquias com finalidades de atuar regulamentando setores específicos da economia, como o Departamento Nacional do Café e o Instituto do Açúcar e do Alcool. Embora, não detivessem todas as principais características que definem as atuais instituições regulatórias, não deixam de ser uma primeira tentativa do Estado de intervir indiretamente em alguns setores da economia. Sobre o assunto, esclarece Alexandre Santos de Aragão (2002, p. 49 – 50)

“Antes das agências reguladoras independentes que começaram a ser criadas no bojo do Programa Nacional de Desestatização – PND, já havia sido criada uma série de órgãos e entidades reguladores, tais como o Banco Central do Brasil, o Instituto do Alcool e do Açúcar – IAA, o Instituto Brasileiro do Café – IBC, e a Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Nenhum deles, contudo, tinha ou tem o perfil de independência frente ao Poder Executivo afirmado pelas recentes leis criadoras das agências reguladoras e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF.”

Um caso particularmente interessante, e que denota uma certa intenção de implantar o modelo regulatório no Estado brasileiro, diz respeito a uma instituição que nem sequer chegou a ser criada: a Comissão Federal de Recursos Hidráulicos. Nos primeiros anos da década de 1930, discutiu-se a implantação no setor de energia elétrica, de uma instituição similar às *commissions* americanas, com todas as características presentes nas instituições reguladoras daquele país (MEDEIROS, 2003).

A exposição de motivos do Código de Águas previa a criação da Comissão Federal de Recursos Hidráulicos, bem como de comissões estaduais quando necessário. Os comissários seriam em número de sete, indicados pelo Presidente da República, com aprovação do Congresso, com notáveis conhecimentos técnicos e administrativos, e teriam os mesmos vencimentos e as mesmas garantias dos ministros do Tribunal de Contas, o que equivale dizer, teriam estabilidade de mandatos. A finalidade da Comissão era regulamentar a indústria hidroelétrica no país. A exposição de motivos também deixava claro a amplitude de poderes da Comissão, citando explicitamente que não pertenceria nem ao Poder Legislativo, nem ao Poder Executivo, e nem ao Poder Judiciário, mas apresentariam características de cada um desses poderes. Citava claramente ainda as atividades de fixação de tarifas, fiscalização, regulamentação e resolução de conflitos, bem como o caráter definitivo de suas decisões, as quais nenhum outro órgão da administração poderia revisar, enfim, estavam presentes todas as principais características das atuais agências reguladoras. Todavia, apesar de constar na exposição de motivos do Código de Águas, a Comissão Federal de Recursos Hidráulicos acabou sendo descaracterizada e substituída pelo Conselho Nacional de Águas e Energia – CNAEE, que não detinha a mesma gama de poderes e atribuições. Possivelmente o pressuposto mais significativo para a existência de instituições reguladoras não estivesse presente à época, qual seja, um modelo de intervenção na economia que privilegiasse a atuação da iniciativa privada como operador dos serviços de infra-estrutura, e resguardasse para o Estado o papel de regulamentar, de fiscalizar, de mediar conflitos, enfim, de regular a atividade econômica (MEDEIROS, 2003).

Todavia, é fato inequívoco que a gênese das agências reguladoras brasileiras se dá na década de 1990, no primeiro governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso. A criação dessas agências se dá em um contexto de reforma do estado brasileiro, posto em prática, em parte, nesse governo, cuja formulação ficou a cargo do MARE – Ministério da Administração e Reforma do Estado, no que diz respeito à mudanças no aparelho estatal.

Na verdade o movimento de reforma do Estado foi mais amplo, e não se restringiu somente ao aspecto administrativo. Envolveu também mudanças paradigmáticas na economia, principalmente na forma de intervenção estatal no domínio econômico. Na verdade a tendência a uma reforma ampla decorreu de um diagnóstico de crise profunda do Estado, que se manifestou de forma generalizada em diversos países, embora com diferentes graus de intensidade, a partir do final da década de 1970. Nas palavras de Bresser Pereira (1998, p. 34):

“A grande crise econômica dos anos 80 reduziu as taxas de crescimento dos países centrais à metade do que foram nos vinte anos que se seguiram à Segunda Guerra Mundial, levou os países em desenvolvimento a ter sua renda por habitante estagnada por quinze anos, e implicou o colapso dos regimes estatistas do bloco soviético.”

Essa crise assumiu várias vertentes. Por um lado, e de forma mais visível, houve a ocorrência da crise fiscal, que se materializou na incapacidade do Estado de gerar poupança, em função de receitas que não acompanhavam os gastos em constante evolução, ao mesmo tempo em que perdia a capacidade de contrair empréstimos em condições razoáveis. Diante de demandas sociais crescentemente assumidas pelo Estado de cunho social⁶² do século XX, o fato de não contar com recursos em volume suficiente para suportá-las, comprometeu a capacidade do Estado de implementar políticas públicas, o que levou a uma situação de perda de credibilidade que, em última análise, concorreu para o surgimento de crises políticas. Os sintomas dessa crise fiscal ficaram evidentes no fenômeno inflacionário e nos problemas relacionados à dívida externa (BRESSER PEREIRA, 1998).

Além da crise fiscal, mas subsidiando esta, a crise do Estado manifestou-se no modo de intervenção na economia. O papel de produtor de bens e serviços, tão intensamente assumido pelo Estado nas décadas anteriores, no âmbito da política

⁶² Usa-se aqui a expressão Estado de cunho social do século XX em contraposição ao Estado liberal do século XIX. Enquanto este basicamente ocupava-se da defesa nacional, da administração da justiça, e da administração fazendária, aquele incorporou muitas outras demandas decorrentes da modernização e incremento da complexidade da sociedade capitalista, como educação, saúde, seguridade social, serviços públicos de infra-estrutura, atividades econômicas, etc.

de substituição de importações, apresentava sinais de esgotamento. Em um mundo cada vez mais globalizado e competitivo, empresas estatais, via de regra, operando em ambientes marcados pela influência política e pela gestão burocrática, tornaram-se potencialmente sujeitas à captura por interesses privados, políticos ou corporativistas. A eficiência, enquanto valor fundamental a ser perseguido por qualquer empresa no sistema capitalista, ficou em um segundo plano, condicionado aos movimentos políticos e corporativistas (BRESSER PEREIRA, 1998).

Um terceiro aspecto da crise do Estado refletiu-se na administração pública. Fruto da reforma burocrática, implantada na Europa, no final do século XIX, nos Estados Unidos, no início do século XX, e no Brasil, a partir do governo do Presidente Getúlio Vargas, a administração burocrática notabilizou-se por centrar-se no excesso de procedimentos, na ênfase mais aos meios que aos fins, e na obsessão pelos mecanismos de controle prévios, condição em dado momento, necessária para a superação da forma patrimonialista⁶³ de gerir o Estado. Embora tenha logrado considerável êxito no combate ao patrimonialismo, a administração burocrática mostrou-se insuficiente para fazer funcionar de forma eficiente a máquina pública, e sua crescente complexidade, no Estado de cunho social do século XX⁶⁴ (BRESSER PEREIRA, 1998).

⁶³ Segundo vários autores, podemos sistematizar a administração pública em três formas : o modelo patrimonialista, o modelo burocrático, e o modelo gerencial. A forma patrimonialista de administração confunde o patrimônio público com o privado. Era a forma adotada nas monarquias absolutistas onde o patrimônio público era o patrimônio do Rei. Modernamente, embora não seja aceita enquanto prática, o patrimonialismo assume formas mais sutis como o clientelismo, o corporativismo, e a captura. O modelo burocrático, teorizado por Max Weber, parte da implantação de um domínio racional-legal, baseado nas melhores técnicas e nos procedimentos formais, para implementar um nível de controle e de impessoalidade que permita combater e superar o patrimonialismo. Todavia a excessiva obsessão pelo universo de procedimentos rígidos, fez com que o foco da administração burocrática estivesse centrado nos meios e não nos resultados, o que acabou por forjar uma cultura burocrática onde a eficiência não é priorizada. Por fim, o modelo gerencial tenta flexibilizar a rigidez burocrática mudando o foco de sua ação dos meios para os fins. Não trata de renegar todos os postulados burocráticos, mas de aplica-los seletivamente, mais ou menos, dependendo da atividade em questão, e introduzir alguns elementos e visões típicas da administração privada como forma de priorizar a eficiência da máquina pública voltada ao atendimento do cidadão, que passa, nesse paradigma a ser tratado como cliente.

⁶⁴ À medida em que no modelo burocrático de administração pública, a ênfase não é na busca por resultados, mas no controle dos meios para atingi-los, o atendimento às demandas sociais, como educação, saúde,

Por fim, um quarto aspecto da crise do Estado, ocorrida particularmente no Brasil, e forjada em consequência dos aspectos anteriores, principalmente pelo esgotamento da capacidade de ação do Estado, foi a crise política. O diagnóstico e enfrentamento de todas essas dimensões que caracterizaram a crise do Estado aconteceram em diferentes momentos, como relata Bresser Pereira (1998, p. 43):

“ A resposta da sociedade brasileira aos quatro aspectos da crise do Estado – fiscal, da forma de intervenção, administrativo e político – foi desequilibrada e ocorreu em momentos diferentes. A resposta à crise política foi a primeira: em 1985 o país completou sua transição democrática; em 1988, consolidou-a com a aprovação da nova Constituição. Já em relação aos outros três aspectos – a crise fiscal, o esgotamento do modo de intervenção, e a crescente ineficiência do aparelho estatal - , o novo regime democrático instalado no país em 1985 pouco ajudou. Pelo contrário, em um primeiro momento agravou os problemas, constituindo-se em um caso clássico de resposta voltada para trás. A reforma do Estado começou timidamente nos anos 80, em meio a uma grande crise econômica, que chega ao auge no início de 1990, quando o país passa por um episódio hiperinflacionário. A partir de então, a reforma tornou-se imperiosa. O ajuste fiscal, a privatização e a abertura comercial, que vinham sendo ensaiados nos anos anteriores, são então atacados de frente. A reforma administrativa, entretanto, só se tornou um tema central no Brasil em 1995, após a eleição e a posse de Fernando Henrique Cardoso.”

Com efeito, esse processo de reforma, principalmente no que diz respeito ao modo de intervenção do Estado na economia, representou uma mudança de paradigma. À lógica do Estado empresário, produtor de bens e serviços, sobrepõe-se a racionalidade do estado regulador, que não opera diretamente a atividade econômica, mas que a controla, regulamentando-a e monitorando-a, de forma a preservar a sua capacidade de implementação de políticas sociais distributivas, e agindo para coibir abusos e combater as falhas de mercado. Essa perspectiva enxerga no mercado um aliado no desenvolvimento sócio-econômico,

segurança, seguridade, e serviços públicos, esteve comprometido por um alto grau de ineficiência na prestação do serviço. Obviamente, que essa ineficiência não foi determinada somente pela administração burocrática, mas também por outros motivos como a formulação de políticas públicas inadequadas, e a crise fiscal que subtraiu substantivamente do Estado a capacidade de ação.

embora não prescindia da intervenção estatal indireta. É nesse contexto e sob essa visão do papel do Estado, que surgem no Brasil as agências reguladoras.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, principal documento sobre a reforma administrativa implantada no governo Fernando Henrique Cardoso, estabelecia três tipos de atividades que compunham a atuação do Estado: as atividades exclusivas, os serviços sociais e científicos não-exclusivos ou competitivos, e a produção de bens e serviços para o mercado. Nessa perspectiva, as atividades exclusivas do Estado seriam de responsabilidade de um núcleo estratégico, composto pela Presidência da República, pelo Congresso, pelos Tribunais Superiores, e pela cúpula dos ministérios, e também de responsabilidade de entidades descentralizadas: as agências executivas e agências reguladoras. No núcleo estratégico seriam definidas as políticas de Estado, materializada na legislação, e as políticas setoriais de governo, que juntas formariam as políticas públicas. Por sua vez, às agências executivas e reguladoras caberia a execução dessas políticas públicas por meio de diversas atividades como, por exemplo, regulamentar, mediar conflitos, fiscalizar, tributar, policiar, etc.

Quanto aos serviços sociais e científicos não-exclusivos ou competitivos, como escolas, hospitais, centros de pesquisa, e equipamentos culturais, estes não seriam monopólio estatal, podendo ser operados pelo setor privado. Todavia pela sua importância fundamental para a sociedade, o Estado financiaria instituições públicas, porém não estatais, que operariam nesses setores em regime de competição com a iniciativa privada: as Organizações Sociais⁶⁵.

⁶⁵ Embora fuja ao escopo desse trabalho discutir a natureza dessas instituições, vale dizer que a suposta vantagem das Organizações Sociais estaria em sua formatação jurídico-institucional, que permitiria alcançar um maior grau de eficiência, uma vez que não estariam tão presas a amarras burocráticas típicas dos órgãos genuinamente estatais, o que possibilitaria uma gestão voltada para operação em um ambiente de competição com empresas privadas. Desta forma o Estado não renunciaria a necessidade de investimentos públicos em áreas extremamente necessárias para a sociedade, mas o faria por meio de instrumentos institucionais adequados : entidades públicas não-estatais. Bresser Pereira (1998) chama esse fenômeno de publicização, e cita como exemplos grande parte das universidades americanas, e no Brasil as universidades católicas brasileiras, ou as Santas Casas de Misericórdia, instituições que recebem verbas públicas, mas não fazem parte do aparelho estatal, não estando subordinada ao governo.

Por fim, a produção de bens e serviços para o mercado deveria ficar com a iniciativa privada. Embora em dado momento o Estado tenha atuado como produtor, isso se justificava à época porque em determinados setores os investimentos eram extremamente elevados, e o setor privado não tinha como fazê-lo. Todavia, em função da crise fiscal, da burocracia em excesso, o que levaria à ineficiência, e da operação sujeita à acomodação de interesses políticos, a opção por manter empresas estatais produzindo bens e serviços para o mercado estaria superada.

Um caso a parte são os serviços públicos de infra-estrutura, de natureza monopolista, e objetos de concessão. Embora se caracterizem como produção de bens e serviços para o mercado, portanto pela lógica da Reforma do Estado, devam ser operados pela iniciativa privada, são tão importantes para o desenvolvimento sócio-econômico que o Estado não pode se abster em controlá-los, e o meio de efetivação desse controle foi a implementação das agências reguladoras. Sobre o assunto assim se posiciona Bresser Pereira (1998, p. 98):

“Durante muito tempo, estatização e privatização foram objeto de amplo debate ideológico. Hoje esse debate está superado. Existe um relativo consenso de que é necessário privatizar – dada a crise fiscal – e conveniente privatizar, devido à maior eficiência e à menor subordinação a fatores políticos das empresas privatizadas. O único setor da produção de bens e serviços para o mercado, sobre o qual pode haver dúvidas legítimas acerca da conveniência de privatizar, é o dos monopólios naturais. Nestes, para se poder privatizar, é necessário estabelecer agências reguladoras autônomas, que sejam capazes de impor os preços que prevaleceriam se houvesse mercado.”

Portanto, é nesse cenário de mudança de paradigma no papel do Estado, como de fato aconteceu em vários outros países onde se estabeleceram reformas regulatórias, aqui teorizado e posto em prática, ao menos parcialmente, pelo Governo Fernando Henrique Cardoso, e tendo como causa imediata o processo de privatização dos setores de infra-estrutura, que surgem no Brasil as agências reguladoras.

5.2. O PERFIL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS

De todas as entidades criadas pela reforma administrativa no governo Fernando Henrique Cardoso, as agências reguladoras representaram a principal e mais marcante inovação em termos de institucionalidade no aparelho estatal brasileiro. A Tabela 2 abaixo lista por ordem cronológica, as agências reguladoras federais, a sua área de atuação, bem como a lei e o ano em que cada uma delas foi instituída.

Tabela 2: Agências Reguladoras Federais no Brasil

Agência	Descrição	Ano	Lei	Área de Atuação	Vinculação
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica	1996	9.427	Energia Elétrica	Ministério de Minas e Energia
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações	1997	9.472	Telecomunicações	Ministério das Telecomunicações
ANP	Agência Nacional do Petróleo, gás natural e biocombustíveis	1997	9.478	Petróleo, gás natural e biocombustíveis	Ministério de Minas e Energia
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária	1999	9.782	Controle sanitário da produção e comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária; controle sanitário dos portos, aeroportos e fronteiras.	Ministério da Saúde
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar	2000	9.961	Saúde suplementar	Ministério da Saúde
ANA	Agência Nacional de Águas	2000	9.984	Recursos hídricos	Ministério do Meio-Ambiente
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres	2001	10.233	Transporte e infraestrutura rodoviária e ferroviária	Ministério dos Transportes
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários	2001	10.233	Transporte aquaviário e infraestrutura portuária e aquaviária	Ministério dos Transportes
ANCINE	Agência Nacional do Cinema	2001	2.228 ⁶⁶	Indústria Cinematográfica e Videofonográfica	Ministério da Cultura
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil	2005	11.182	Aviação Civil	Ministério da Defesa

⁶⁶ A ANCINE, diferentemente das demais agências federais não foi criada por lei, mas por medida provisória.

A ANEEL, a ANATEL, a ANTT, a ANTAQ e a ANAC formam um grupo de agências que atuam em setores de infra-estrutura considerados serviços públicos: energia elétrica, telecomunicações, transporte terrestre, transporte aquaviário e aviação civil. As outras agências não regulam propriamente serviços públicos, mas mercados específicos ou setores cuja presença indireta do Estado se faz necessário em virtude de razões sociais, ou estratégicas.

A ANEEL é a mais antiga⁶⁷ das agências reguladoras federais. A sua criação, em 1996, esteve a reboque do novo modelo de concessões de serviços públicos de energia elétrica, o qual possibilitou a participação da iniciativa privada nesse setor. A Agência atua nas áreas de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica. A Lei de criação da ANEEL prevê a possibilidade de que a agência federal delegue para as agências reguladoras estaduais parte de suas atribuições

A ANATEL foi criada pela Lei Geral das Telecomunicações em 1997, fato que ocorreu também no bojo da ampla mudança do papel do Estado no setor. A Agência atua no campo das telecomunicações, incluindo telefonia, fixa e móvel, televisão por assinatura, e radiodifusão⁶⁸. A ANATEL não delega as suas atividades para agências estaduais, operando com escritórios regionais.

A ANTT e a ANTAQ embora operem em áreas diferentes, tem características institucionais muito semelhantes, uma vez que foram criadas pela mesma Lei, em 2001. A ANTT atua no transporte ferroviário e rodoviário, tanto de cargas, quanto de passageiros, bem como na controle da exploração da infra-estrutura rodoviária e ferroviária. Especificamente no setor de transporte rodoviário de passageiros sua competência se restringe às viagens interestaduais e internacionais, ficando as viagens intermunicipais sob competência dos estados.

⁶⁷ Tomando-se como parâmetro as leis de criação das agências reguladoras. Nesse caso a Aneel é a mais antiga, muito embora a Anatel, apesar de ser criada por lei posterior à da Aneel, tenha sido estruturada e iniciado suas operações um pouco antes.

⁶⁸ O termo radiodifusão abrange geradoras e retransmissoras de TV, rádios FM, OM, OC, OT e rádios comunitárias.

Por sua vez, a ANTAQ opera regulando os serviços de transporte aquaviário e o controle da exploração da infra-estrutura portuária e aquaviária.

Completando o conjunto das agências que atuam em setores, caracterizados como serviços públicos, a mais recente das agências criadas, a ANAC, instituída em 2005, atua nas atividades de aviação civil, infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do país.

Um segundo grupo de agências é formado por aquelas que atuam em mercados específicos. A ANP na área de petróleo, gás natural e biocombustíveis, e a ANCINE na indústria cinematográfica e videofonográfica. No primeiro caso a justificativa para a criação do órgão regulador advém da importância estratégica do mercado de petróleo e similares. No caso da ANCINE, a instituição está mais para agência de fomento, embora também envolva aspectos de regulamentação e fiscalização do setor.

Um terceiro grupo é formado pela ANVISA e ANS e atua em setores relacionados à saúde da população. A ANVISA detém uma área de atuação potencialmente imensa, uma vez que, a rigor, o controle sanitário da produção e comercialização de produtos, bem como de portos, aeroportos e fronteiras é de sua competência. A ANS tem como campo de atuação o setor de assistência suplementar à saúde, leia-se, planos de saúde. A Agência regula as relações dos planos com os consumidores e médicos prestadores de serviços. A criação da ANS tornou-se necessária em função do aumento vertiginoso desse mercado nos últimos anos, o que de certa forma denota o descrédito da população com o sistema de saúde público.

Por fim, a ANA atua na regulação do uso de um bem público, especificamente as águas dos rios e lagos de domínio da União, implementando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Tendo em vista a essencialidade dos mananciais de água para a atual e futuras gerações, justifica-se a existência de uma instituição de caráter técnico, formatada como agência reguladora, atuando nesse setor.

Não há no panorama constitucional brasileiro uma definição formal que configure um modelo padrão de agência reguladora. Assim, cada uma das agências federais brasileiras tem sido criadas com atribuições e características específicas, embora guardem um conjunto de aspectos em comum.

Todas obedecem ao formato de autarquia em regime especial, o que, discussões jurídicas à parte, significa seguir um modelo padrão autárquico de autonomia administrativa, reforçada pelo fato dos seus diretores serem detentores de mandato, o que em tese, potencializaria essa autonomia. Nesse ponto convém ressaltar que diferentemente das outras agências, os diretores da ANVISA, ANS, e ANA, só adquirem estabilidade decorridos quatro meses de suas nomeações. Até esse período, pode haver a demissão imotivada dos diretores dessas instituições.

Ainda quanto aos diretores e mandatos, com exceção da ANTAQ que possui somente três membros em sua diretoria, todas as outras agências possuem estruturas de direção com previsão para cinco membros. Os mandatos de cada diretor não são coincidentes, com tempo de duração, variando de cinco anos, caso da ANATEL e ANAC, três anos, a exemplo da ANVISA e ANS e quatro anos para as demais. Em todas, sem exceção, os diretores devem ser nomeados pelo Presidente da República, atendidos os requisitos de capacitação técnica, e submetidos à prévia aprovação do Senado. O dirigente máximo dessas agências é também nomeado pelo Presidente da República entre os membros da diretoria de cada instituição, e cumpre um mandato, que varia conforme cada agência.

Do ponto de vista do modelo organizacional e de governança há uma considerável diversidade. Algumas apresentam em suas estruturas conselhos de caráter consultivo, que tem o objetivo de funcionar como instâncias de participação da sociedade na agência ou como fóruns de aconselhamento técnicos. A ANATEL, a ANVISA, a ANS e a ANAC, tem em sua legislação previsão para o funcionamento de conselhos consultivos. No caso da ANATEL, existem ainda os comitês técnicos formados por representantes da Agência e de

vários outros segmentos da sociedade, para subsidiar o Conselho Diretor da ANATEL em relação a temas específicos.

Um outro aspecto interessante diz respeito à existência de ouvidorias nessas instituições. Algumas, como a ANA e a ANP, não possuem tal estrutura. A ANP mantém um centro de relações com o consumidor, todavia este não tem as atribuições típicas de uma ouvidoria. As demais possuem ouvidoria, sendo que em algumas delas o ouvidor está vinculado hierarquicamente à direção colegiada da instituição, enquanto que em outras o ouvidor é nomeado pelo Presidente da República para um mandato fixo, tendo total independência hierárquica em relação à diretoria, devendo inclusive fazer apreciações críticas da atuação da Agência. Nesse segundo caso, enquadram-se a ANATEL, ANS, ANTT e ANTAQ.

Um aspecto polêmico diz respeito ao contrato de gestão. A lei de criação da maioria das agências não prevê esse instrumento. A exceção fica por conta da ANEEL, ANVISA e ANS, nas quais há previsão de implementação de um contrato de gestão com os ministérios aos quais se vinculam, estabelecendo metas específicas para cada exercício. Considerando, que não há relação de subordinação entre as agências e os ministérios vinculantes, admite-se o risco de que o contrato de gestão possa ser usado como instrumento para mitigar a autonomia dos entes reguladores, que se tornariam assim meros departamentos dos ministérios.

Passada já uma década da criação das primeiras agências reguladoras federais brasileiras, nota-se que embora criadas a partir de um ideário comum, evidenciado nas diretrizes da Reforma do Estado, empreendida no governo Fernando Henrique Cardoso, há uma diversidade de objetivos e características próprias de cada uma dessas instituições. Algumas se enquadram mais claramente no modelo de entidade reguladora de serviços públicos, de caráter monopolista⁶⁹, como é o caso da ANEEL e da ANATEL. Outras regulam serviços

⁶⁹ Muito embora as evoluções tecnológicas ponham em cheque a condição monopolista desses mercados. Exemplo claro desse fenômeno é a telefonia celular.

públicos onde há um maior grau de competição como, por exemplo, a ANTAQ, ANTT e ANAC. Outras ainda regulam mercados específicos como a ANP, e a ANCINE, sendo que esta está mais para agência de fomento. As demais atuam em áreas correlatas à saúde, ANS e ANVISA, onde se justifica a presença indireta do Estado no Setor.

Claramente, a ANEEL e ANATEL estabeleceram as operações regulatórias mais abrangentes⁷⁰. Isso decorre da própria dinâmica dos mercados de energia e telefonia, submetidos a uma brusca mudança de paradigmas, em virtude dos processos de privatização decorrentes da reforma do Estado, o que demandou uma atuação regulatória mais intensa nesses setores.

Conclui-se que a reforma regulatória no Brasil esteve condicionada e a reboque, ao menos no seu estágio inicial, de uma mudança de paradigma no papel do Estado na economia. Essencialmente, os processos de privatização, que consubstanciaram a transformação do modelo de Estado, de provedor ou produtor para controlador e regulador, foram responsáveis por justificar a necessidade de criações das agências reguladoras. Se por um lado, o debate relativo ao papel do Estado na economia foi intenso, o mesmo não se pode dizer sobre o debate acerca do papel da administração pública em contraposição ao papel do poder político, muito embora, o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, proposto no governo Fernando Henrique, abordasse o tema. Dessa forma, ressentiu-se da falta de uma maior conscientização acerca da divisão de papéis entre política e administração pública, como aconteceu nos Estados Unidos, o que tem contribuído para conflitos e desentendimentos acerca do papel das agências reguladoras no Brasil, em face dos interesses específicos de cada governo eleito.

⁷⁰ Aqui não se está fazendo juízo de valor quanto a atuação dessas agências, mas somente afirmando que a abrangência e a visibilidade dessas suas instituições diferenciou-se do conjunto das demais, em função das mudanças consideráveis nesses dois setores, principalmente a privatização, o que demandou respostas regulatórias mais urgentes.

5.3. O PERFIL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS ESTADUAIS

O movimento de criação das agências reguladoras estaduais também esteve, ao menos no seu início, subordinado à reforma do Estado brasileiro. As primeiras agências estaduais foram criadas paralelamente ao processo de privatização das companhias de eletricidade dos estados, e à criação das primeiras agências federais.

O arranjo adotado pela maioria foi o de agências multi-setoriais, seguindo o modelo norte-americano. A primeira agência criada foi a AGERGS, do Rio Grande do Sul, em 1997, seguida pela CSPE, de São Paulo no mesmo ano. Ainda em 1997, no final do ano, foi criada a ARCE, no Ceará. Atualmente, existem agências reguladoras atuando em 15 estados da federação.

Não obstante a maioria das agências estaduais tenha optado pelo arranjo multi-setorial, há uma grande diversidade de características entre elas. Algumas observam os fundamentos essenciais que devem estar presentes em um órgão regulador. Outras, por sua vez, desvirtuaram consideravelmente o modelo, o que às vezes torna difícil a caracterização de algumas dessas instituições como entes reguladores.

As agências estaduais regulam os serviços públicos cuja competência é dos estados da federação, embora nada impeça que possam receber a delegação para atuar em setores ligados à esfera federal ou municipal. De fato, é o que acontece no setor de energia elétrica. Sendo um serviço público cuja titularidade é da União, a atuação das agências estaduais só é possível nesse setor mediante delegação da ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica.

A Tabela 3 abaixo, lista as agências estaduais existentes, o seu campo de atuação e o ano de criação.

Tabela 3: Agências Reguladoras Estaduais no Brasil

Unidade da Federação	Agência	Ano	Área de atuação⁷¹
Amazonas	ARSAM	1999	Energia Elétrica, Transportes Rodoviário e Hidroviário, Saneamento
Pará	ARCON	1997	Energia, Transportes Rodoviário e Hidroviário
Ceará	ARCE	1997	Energia, Transporte Rodoviário, Saneamento, Gás Canalizado
Rio Grande do Norte	ARSEP	1999	Energia Elétrica, Gás Natural
Paraíba	ARPB	2005	Energia Elétrica, Gás Canalizado, Saneamento
Pernambuco	ARPE	2000	Energia Elétrica, Saneamento, Transporte Rodoviário, Gás Canalizado, Lotéricas, Organizações Sociais
Alagoas	ARSAL	2001	Energia Elétrica, Gás Canalizado, Transporte Rodoviário, Saneamento
Bahia	AGERBA	1998	Energia elétrica, Gás Canalizado, Transportes Rodoviário e Hidroviário, Rodovias, Terminais Rodoviários, Hidroviários e Aeroviários
Mato Grosso	AGER	1999	Energia Elétrica, Transporte Rodoviário, Rodovias, Gás Natural, Saneamento
Mato Grosso do Sul	AGEPAN	2001	Energia Elétrica, Transporte Rodoviário, Gás Canalizado, Saneamento
Goiás	AGR	1999	Energia Elétrica, Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros, Saneamento Básico
Espírito Santo	ASPE	2004	Energia Elétrica, Gás Natural
Rio de Janeiro	AGETRANSP	2005	Transportes Aquaviário, Ferroviário, Metroviário, Rodovias
Rio de Janeiro	AGENERSA	2005	Gás Canalizado, Saneamento Básico
São Paulo	CSPE	1997	Energia Elétrica, Gás Canalizado
São Paulo	ARTESP	2002	Transportes, Rodovias
Rio Grande do Sul	AGERGS	1997	Energia Elétrica, Transportes, Gás Canalizado, Saneamento, Rodovias, Portos e Hidrovias, Irrigação

⁷¹ O termo “Transportes” refere-se especificamente a transportes intermunicipais de passageiros, seja rodoviário, hidroviário ou ferroviário. As áreas de atuação foram retiradas dos *sites* das agências na internet.

6. A REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO ESTADO DO CEARÁ

6.1. ORIGENS E CONTEXTO DE CRIAÇÃO DA ARCE

O projeto de criação da ARCE esteve a cargo da empresa de consultoria econômica *Maxwell Stamp*, com sede em Londres, a quem coube coordenar um consórcio formado pelo *Institute of Public Utilities* pertencente à *Michigan State University*, pela *Deloitte Touche Tohmatsu*, e pelas firmas de advocacia *Arent Fox Kintner Plotkin & Kahn*, americana, e *Suchodolski Advogados Associados*, de São Paulo. Esse trabalho foi desenvolvido no período de agosto a dezembro de 1997, incluindo ainda a participação de uma equipe do *IFC – International Finance Corporation*, instituição integrante do Banco Mundial, e de uma equipe representante do Governo do Estado do Ceará⁷².

O objetivo do Consórcio era criar um roteiro com todas as etapas e definições necessárias à criação de uma agência reguladora no Estado do Ceará. Dado que a meta de tempo estabelecida pelo Governo do Estado para a criação da ARCE foi considerada extremamente ambiciosa pelo próprio Consórcio, os esforços foram centrados na produção dos materiais necessários à implantação da Agência, tais como a minuta de lei de criação, a definição das responsabilidades regulatórias em cada setor de atuação, a moldura institucional, incluindo recomendações sobre a estrutura organizacional, projeções de orçamentos para os primeiros anos da nova entidade, quadro de pessoal necessário com indicativos qualitativos e quantitativos, um plano de treinamento e desenvolvimento de recursos humanos, e um resumo dos próximos passos após a implantação da Agência.

Durante o trabalho conduzido pelo Consórcio houve interlocução com os técnicos que formavam a equipe contraparte do projeto, com representantes do governo ligados aos setores de infra-estrutura, com o CODES – Conselho

⁷² Segundo o Relatório Final apresentado pela *Maxwell Stamp*, o conteúdo do trabalho foi exaustivamente discutido com autoridades do governo, inclusive do primeiro escalão, bem como com representantes do meio empresarial.

Estadual de Desestatização, com representantes do Ministério de Minas e Energia e do então existente DNAEE – Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica, com membros da Eletrobrás, BNDES, CHESF, bem como reuniões específicas com representantes da iniciativa privada, ligada aos setores de infraestrutura.

Observa-se que o processo de criação da ARCE foi disparado pela reforma do papel do Estado na economia, ocorrida no nível federal, mais especificamente pela possibilidade, ou melhor, pela certeza de privatização da Companhia de Eletricidade do Ceará – Coelce, em virtude das reformas no ambiente legal efetivadas em 1995⁷³, que definiriam novas regras para a outorga de concessões e permissões de serviços públicos, possibilitando o movimento de desestatização que logo viria a acontecer. De fato, a concepção de um modelo de agência reguladora no Estado Ceará aconteceu paralelamente ao processo de privatização da Coelce, a ponto da posse do primeiro conselho Diretor da ARCE acontecer quatro dias depois do leilão público de privatização da Companhia de Eletricidade do Ceará, que ocorreu na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro⁷⁴.

Em dezembro de 1997, foi aprovada na Assembléia Legislativa do Estado do Ceará, a Lei 12.786, que instituiu a ARCE, que de forma geral seguiu o modelo proposto pela *Maxwell Stamp*⁷⁵. Em julho de 1998, foi expedido o Decreto N° 25.059, regulamentando a Lei de criação da Agência, e em dezembro do mesmo ano foi aprovada a Lei 12.874, aprovando o plano de cargos e carreiras dos servidores da Instituição. Posteriormente, em 2006, essa lei foi revogada pela Lei 13.743, aprovando um novo plano de cargos.

⁷³ Leis 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e 9.074, de 07 de julho do mesmo ano, além da Lei 9.427, de 26 de dezembro do ano seguinte, que instituiu a ANEEL.

⁷⁴ O leilão de privatização da Coelce aconteceu em 02 de abril de 1998. A posse dos membros que compuseram o primeiro Conselho Diretor da ARCE aconteceu em 06 de abril de 1998.

⁷⁵ Um dos aspectos em que em a Lei 12.786, não acompanhou o modelo proposto pela consultoria *Maxwell Stamp*, diz respeito à prévia aprovação pela Assembléia Legislativa do nome indicado pelo governador para assumir o cargo de conselheiro-diretor. Esse aspecto estava previsto na minuta de lei que integrava o trabalho desenvolvido pela consultoria, mas não foi incorporado ao projeto de lei enviado à Assembléia.

A nomeação dos membros do primeiro Conselho Diretor da ARCE aconteceu em 27 de março de 1998⁷⁶, tendo estes tomado posse em seis de abril de 1998. Observa-se que o critério técnico foi observado na primeira composição do Conselho Diretor. O primeiro presidente do Conselho Diretor foi o jurista Hugo de Brito Machado, juiz federal aposentado, tendo inclusive presidido o Tribunal Regional Federal da 5ª região, com sede em Recife. Os outros conselheiros-diretores foram os engenheiros civis Jurandir Marães Picanço Júnior e José Bonifácio de Sousa Filho. O primeiro deles, oriundo dos quadros da Coelce, foi o último presidente antes da privatização da Companhia, e participou ativamente de todo o processo de transferência do seu capital para a iniciativa privada e de discussões para a implantação da agência reguladora, tendo sido ainda Secretário de Ciência e Tecnologia no segundo governo de Tasso Jereissati, e o outro conselheiro, José Bonifácio de Sousa Filho, é oriundo da REFFSA, posteriormente tendo ocupado a Diretoria Administrativa da Coelce, e ainda atuado na administração direta como subsecretário de Estado. Um traço comum aos três conselheiros que formaram o primeiro Conselho Diretor da ARCE, é que pertenceram ao quadro docente da Universidade Federal do Ceará, o que reforça a tese do perfil técnico das nomeações.

Em agosto de 1999 a ARCE firmou convênio com a ANEEL, onde a agência federal delegava competências para a atuação da ARCE na fiscalização dos aspectos técnicos e comerciais do serviço de distribuição de energia elétrica, bem como para a mediação dos conflitos entre usuários e concessionária. O convênio, que já estava previsto no contrato de concessão do serviço de energia elétrica, constituiu-se no marco que possibilitou o início da atuação concreta da Agência.

Um ponto a ressaltar é que a criação da ARCE, bem como das demais agências reguladoras estaduais, pautou-se completamente pela lógica das mudanças na forma de intervenção do Estado na economia, ou seja, pela necessidade de um instrumento estatal que detivesse uma capacidade de atuação redefinida em um novo cenário, onde o Estado não mais atuaria no papel de

⁷⁶ Nomeação publicada no Diário Oficial do Estado de 31 de março de 1998.

produtor ou de provedor, mas sim de controlador, de regulamentador, de fiscalizador, de mediador, em uma palavra, de regulador das utilidades públicas.

Não que essa lógica, de cunho econômico, justificadora da necessidade da existência de entes reguladores, fosse desprovida de coerência. Todavia, a essa lógica faltou o componente “administração pública”. A existência de agências reguladoras acentua uma necessidade, já pré-existente, de uma nova forma de entender a Administração Pública, onde a definição de papéis entre os componentes Política e Administração é bem clara: à Política cabem as macro-definições, e à Administração, cabe a implementação dessas macro-definições, consubstanciadas em regulamentos, ou quaisquer outros tipos de ações, executadas dentro de uma racionalidade substancialmente técnica, e primordialmente livre de interferência política. Ora, se toma-se como verdadeiro que as agências reguladoras devem atuar conforme esse paradigma de administração pública, é extremamente necessário que essa visão de administração seja compartilhada pela sociedade, tenha parcela significativa de defensores no meio político, na burocracia, e nos segmentos formadores de opinião. Do contrário as agências reguladoras encontrarão substancial resistência à sua atuação. Essa resistência é oriunda principalmente do meio político, incomodado com a incapacidade de interferir nas suas ações, e do meio burocrático tradicional, cuja visão não se coaduna com os requisitos de autonomia, independência decisória, transparência, *accountability*⁷⁷, dentre outros atributos que compõem esse modelo de Administração Pública. A experiência norte-americana sobre o tema é definitiva, tendo inclusive esse debate de há

⁷⁷ A noção de *accountability* pressupõe a existência do poder e a necessidade de que este seja controlado. *Accountability* significa prestação de contas, mas não somente no sentido estrito do controle de gastos, mas no sentido amplo da responsabilização do Poder Público, ou àqueles que agem em seu nome, em virtude do descumprimento dos seus objetivos, quer seja por ineficiência, quer seja por negligência. A implementação de mecanismos de *accountability*, não deve estar a cargo somente dos órgãos de controle, mas deve estar dispersa entre as várias entidades do Estado, que os devem possibilitar principalmente exercendo a transparência, e também das organizações representativas da sociedade civil. O controle social é o meio que a sociedade detém para empreender ações de *accountability*.

muito sido encerrado naquele país⁷⁸. No Brasil, a nível federal, ainda se tentou algo nesse sentido a partir das discussões levantadas pelo MARE – Ministério da Administração e Reforma do Estado, acerca de um novo modelo de Administração Pública, mesmo assim com resultados insatisfatórios. No Ceará, nem isso aconteceu, não houve debate amplo que envolvesse a classe política, a classe burocrática, os outros poderes, e a sociedade civil.

Portanto, a necessidade de criação de uma agência reguladora no Estado do Ceará foi conduzida, apresentada e justificada unicamente pela mudança da forma de intervenção do Estado na economia, deixando de lado o debate acerca de um novo modelo de administração pública, modelo esse absolutamente necessário para que a agência possa operar de forma adequada. Essa foi uma lacuna na implementação do novo ente regulador⁷⁹.

Um outro problema também ligado à lógica puramente econômica da implementação da agência reguladora, diz respeito à representatividade dos grupos que foram convidados a conhecer e discutir a nova instituição. Conforme se depreende da leitura do relatório final da consultoria *Maxwell Stamp*⁸⁰, a prioridade foi dada a atores ligados aos setores a serem privatizados, quer fossem representantes de esferas estatais, ou ainda da iniciativa privada, com pouca ou nenhuma participação de instâncias representativas dos outros poderes e da Sociedade Civil. Com a limitação desse debate a ARCE já nasce pouco conhecida e pouco compreendida pela sociedade, fato que como veremos persiste até hoje.

⁷⁸ Vide capítulo anterior dessa dissertação intitulado “ORIGEM E EVOLUÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NOS EUA”.

⁷⁹ É evidente que a mudança e aceitação de um novo paradigma de administração pública, principalmente em um Estado de longa tradição de clientelismo na política, não se opera facilmente. Envolve mudanças culturais e de costumes que não se processam somente no curto prazo, todavia o que se quer dizer é que esse tema nem fez parte no debate ou nas proposições de criação da ARCE.

⁸⁰ O relatório final intitulado *Final Report – Design Phase for the Establishment of a Multi-Sectorial Regulatory Agency*, foi concluído em dezembro de 1997, mesmo mês em que foi criada a Arce, o que sugere que o seu teor foi praticamente seguido integralmente.

6.2. ANÁLISE DO PERFIL INSTITUCIONAL DA ARCE

A ARCE foi instituída em dezembro de 1987, conforme a Lei 12.786, no formato de autarquia em regime especial, vinculada à Procuradoria Geral do Estado, dotada de autonomia orçamentária, financeira, funcional e administrativa com o objetivo de regular os serviços públicos delegados.

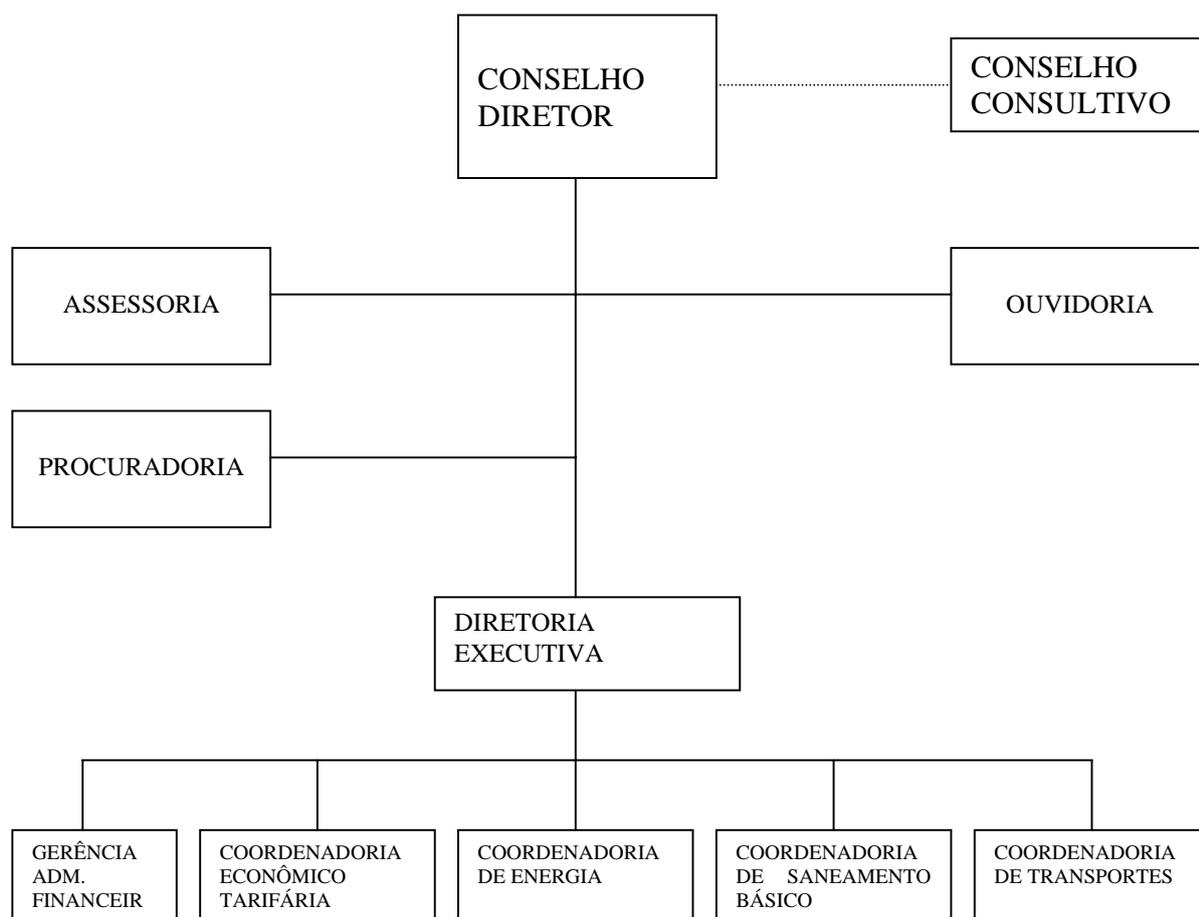
Segundo a Lei que a instituiu, os objetivos fundamentais da ARCE são os seguintes: 1) promover e zelar pela eficiência econômica e técnica dos serviços públicos delegados, submetidos à sua competência regulatória, propiciando condições de regularidade, continuidade, segurança, atualidade, universalidade e modicidade das tarifas; 2) proteger os usuários contra o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; 3) fixar regras procedimentais claras, inclusive em relação ao estabelecimento, revisão, ajuste e aprovação de tarifas, que permitam a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessões e termos de permissões de serviços públicos; 4) atender, através das entidades reguladas, às solicitações razoáveis de serviços necessárias à satisfação das necessidades dos usuários; 5) promover a estabilidade nas relações entre o poder concedente, entidades reguladas e usuários; 6) estimular a expansão e a modernização dos serviços delegados, de modo a buscar a sua universalização e a melhoria dos padrões de qualidade, ressalvada a competência do Estado quanto à definição das políticas de investimento; e 7) estimular a livre, ampla e justa competição entre as entidades reguladas, bem como corrigir os efeitos da competição imperfeita.

A atuação efetiva da ARCE é condicionada pela delegação de competência do Poder Concedente à Agência, para regular um serviço público específico. O papel regulatório desempenhado pela Agência compreende as seguintes atribuições básicas: 1) regulação econômica, por meio do estabelecimento de tarifas que reflitam o mercado e os custos reais de produção, de modo, a incentivar os investimentos privados, e propiciar a modicidade tarifária; 2)

regulação técnica e controle dos padrões de qualidade, fazendo cumprir as normas setoriais, visando garantir a continuidade, segurança, e confiabilidade na prestação do serviço público; e 3) atendimento ao usuário, compreendendo o recebimento, processamento e provimento de reclamações relacionadas com a prestação de serviços públicos delegados.

Para cumprir essas atribuições a ARCE conta com uma estrutura organizacional composta por Conselho Diretor, Conselho Consultivo, Diretoria Executiva, Assessorias, Procuradoria Jurídica, Ouvidoria, Gerência Administrativo-Financeira, e Coordenadorias Técnicas de Regulação. A figura 1, abaixo exibe o organograma da Instituição.

Figura 1: Organograma da ARCE



O Conselho Diretor é o órgão deliberativo superior da ARCE, organizado em regime colegiado, de dedicação exclusiva, sendo formado por três conselheiros nomeados pelo Governador do Estado, para mandatos de quatro anos, não coincidentes, admitida uma única recondução, desde que satisfaçam, dentre outras, as seguintes condições: 1) ser brasileiro; 2) ser residente no Estado; 3) possuir reputação ilibada e insuspeita idoneidade moral; 4) ter notável saber jurídico, ou econômico, ou administrativo ou técnico em área sujeita ao exercício do poder regulatório da ARCE; 5) não ser acionista, quotista ou empregado de qualquer entidade regulada; e 6) não ser filiado e nem ter atuação político-partidária. A presidência do Conselho Diretor é exercida em esquema de rodízio, cabendo a cada conselheiro exercer alternadamente por um ano a função de Presidente do Conselho Diretor. A este cabem algumas prerrogativas diferenciadas, como a representação da Instituição, todavia o processo decisório não é monocrático, sendo as decisões submetidas à apreciação da diretoria colegiada.

O processo de seleção dos conselheiros é público. A partir da publicação de edital de convocação no Diário Oficial do Estado, qualquer pessoa tem um prazo de dez dias para se candidatar ao cargo apresentando *curriculum vitae* junto à PGE - Procuradoria Geral do Estado. Uma comissão de três procuradores, designada pelo Procurador-Geral do Estado, é formada para analisar a documentação apresentada pelos candidatos, e preparar um relatório sobre as qualificações apresentadas, que é enviado ao Governador para subsidiar a sua escolha. Todavia, antes de enviar o relatório ao Governador, a relação com os candidatos qualificados deve ser publicada no Diário Oficial, e dado um prazo de cinco dias onde qualquer cidadão pode se manifestar fornecendo dados à comissão sobre os nomes qualificados, inclusive podendo impugnar qualquer dos candidatos, que nesse caso terá direito a manifestação de defesa.

Nesse ponto sugere-se que seja dada publicidade não somente da lista com os candidatos qualificados, mas também dos *curriculuns* dos candidatos. Como o objetivo da divulgação dos candidatos qualificados é permitir a

participação, e o controle social do processo, é salutar que seja dada a sociedade o conhecimento das competências e experiências dos candidatos, sem o que a possibilidade de participação e controle social restringe-se bastante. Uma possibilidade é a divulgação dessas informações nos sítios da Procuradoria Geral do Estado na *internet*.

Dois dos fundamentos essenciais de uma agência reguladora são a especialidade técnica, e a independência decisória. Portanto, dependendo do perfil escolhido, a nomeação da direção superior de uma agência, pode comprometer seriamente esses dois fundamentos, levando a resultados indesejados⁸¹. Daí, a importância ímpar do processo de escolha e nomeação dos conselheiros das agências reguladoras.

Observa-se, pelo histórico de nomeações para o Conselho Diretor da ARCE, a observância, em geral, aos critérios e pré-requisitos estabelecidos em lei. Até a presente data, já foram realizadas, ao longo da existência da Agência, seis nomeações para o cargo de Conselheiro-Diretor⁸², tendo predominado a nomeação de engenheiros, no total de quatro, seguido de um jurista, e de uma arquiteta⁸³. As entrevistas e a análise curricular dos conselheiros nos permite concluir pela predominância do critério técnico na escolha dos membros do Conselho Diretor. Todavia, chama a atenção a pouca participação da sociedade nesse processo de escolha, embora o mecanismo de nomeação dos conselheiros da ARCE abra espaço para a participação social. Mesmo tendo sido publicado no Diário Oficial, e em jornal de grande circulação, o processo tem passado

⁸¹ A experiência brasileira, tanto a nível federal, quanto a nível estadual registra casos de nomeações que fogem a esses padrões. O caso mais recente e mais representativo é o da ANAC, onde a maioria dos diretores não apresenta conhecimentos técnicos do setor de aviação civil.

⁸² Os conselheiros nomeados desde a criação da ARCE foram : Hugo de Brito Machado (jurista), Jurandir Marães Picanço Júnior (Engenheiro Civil), José Bonifácio de Sousa Filho (Engenheiro Civil), Marfisa Maria de Aguiar Ferreira Ximenes (Arquiteta), Lúcio Correia Lima (Engenheiro Civil), e José Luiz Lins dos Santos (Engenheiro Civil).

⁸³ Embora a formação acadêmica não seja em um dos setores de infra-estrutura regulados pela ARCE, a arquiteta Maria Marfisa Aguiar Ferreira Ximenes detém vasta experiência com serviços públicos de infra-estrutura, tendo sido Secretária de Infra-Estrutura do Estado, e presidente da Companhia Docas do Ceará.

despercebido, inclusive pela mídia. Considerando que o salário, considerando a realidade do poder executivo estadual⁸⁴, situa-se entre os melhores, é de se estranhar a pouca procura pelo cargo. Possivelmente a resposta possa estar em uma conjunção de fatores, mas entre eles está principalmente o desconhecimento da ARCE pela sociedade. Nesse ponto é necessário que a própria Agência tome para si a responsabilidade de comunicar o processo de seleção, sem prejuízo da prerrogativa formal de dar publicidade por parte da Procuradoria Geral do Estado. Isso pode ser feito principalmente por meio de sua assessoria de imprensa, visando comunicar aos veículos da mídia, ou ainda em outros canais disponíveis como o sítio da Agência na Internet. A instituição ARCE deve ser a maior interessada em ter, à disposição do Governador, um amplo leque de nomes que atendam os pré-requisitos técnicos para compor o seu Conselho Diretor.

Dois aspectos ainda devem ser considerados em relação à nomeação dos conselheiros-diretores da ARCE. O primeiro deles diz respeito à nomeação de um representante do quadro próprio da Agência, algo que não está previsto na Lei de criação da Instituição⁸⁵. Dentre os seis conselheiros já nomeados, um deles é oriundo do quadro de pessoal próprio da Agência⁸⁶, mas isso se deu por uma questão circunstancial, e não por um dispositivo legal. Considerando que o quadro de pessoal próprio da ARCE é formado por especialistas com vivência prática na atividade de regulação, é de se esperar que esse conjunto possa se constituir em uma excelente fonte de profissionais aptos a assumir a posição de conselheiro da Agência. Além disso, a presença de um membro do Conselho Diretor, oriundo do quadro próprio da Instituição, em tese⁸⁷, reforça mais ainda os requisitos de independência decisória do ente regulador, funcionando como contraponto a

⁸⁴ Tendo como base julho de 2007, o salário bruto de um conselheiro da ARCE foi de R\$ 9.940,07 .

⁸⁵ Essa característica não é uma novidade. A AGERGS, agência do Rio Grande do Sul, já possui em sua legislação a previsão de nomeação de um representante do seu quadro próprio para compor a diretoria da Instituição.

⁸⁶ Atualmente, conselheiro-diretor, Lúcio Correia Lima é analista de regulação, engenheiro civil, egresso do quadro de pessoal próprio da ARCE.

⁸⁷ É evidente que essa tese estará condicionada à personalidade e ao perfil de liderança da pessoa indicada.

nomeações que possam ter viés político, hipótese possível mesmo com todas as amarras do processo de escolha pública e os pré-requisitos previstos em lei.

O outro aspecto refere-se à participação do Poder Legislativo na escolha dos diretores das agências reguladoras. A legislação que instituiu as agências federais incorporou, sem exceção, a regra da prévia aprovação pelo Senado Federal dos nomes enviados pelo Presidente da República para compor a diretoria das agências⁸⁸. O processo consiste de sabatina ao nome escolhido pelo Presidente. Embora, não seja garantia contra indicações políticas, uma vez que normalmente o governo detém maioria no Poder Legislativo, constitui-se em mais um esforço visando dar transparência e legitimidade ao processo de nomeação. Entende-se ser desejável à ARCE, a incorporação dessa característica em sua legislação, embora não se possa deixar de considerar o risco de transformar o processo de nomeação dos diretores da Agência em instrumento de barganha política entre o Executivo e o Legislativo, o que poderia surtir efeito contrário ao esperado.

A outra instância superior da ARCE é o Conselho Consultivo. Embora não tendo nenhum caráter deliberativo, esse Conselho constitui-se no espaço formal de representação e participação da sociedade na Agência. Os seus membros são nomeados por decreto do Governador do Estado para mandato de três anos, sem direito à recondução, não sendo remunerados pelo exercício da função. Os membros são vinculados aos seguintes órgãos ou entidades: 1) Assembléia Legislativa; 2) Promotoria de Defesa do Consumidor; 3) Secretaria da Controladoria e Ouvidoria⁸⁹; 4) Poder Executivo; 5) concessionária ou permissionária de serviço público delegado; 6) entidade representativa dos usuários.

⁸⁸ A ARCON, agência do Pará, também tem em sua lei de criação essa previsão. A experiência francesa, vai além, pois a nomeação é proporcionalmente dividida entre o chefe de estado e o Poder Legislativo. As agências reguladoras estaduais norte-americanas, em geral, também submetem a nomeação da diretoria ao Poder Legislativo.

⁸⁹ Na legislação, a menção é à Ouvidoria Geral do Estado, todavia há muito essa instituição foi transformada, inicialmente na SOMA – Secretaria da Ouvidoria e Meio-Ambiente, e mais recentemente a SECON – Secretaria da Controladoria, incorporou as funções de ouvidoria da já também extinta SOMA.

Dentre as principais atribuições do Conselho Consultivo destacam-se: 1) produzir, semestralmente ou quando oportuno, apreciações críticas sobre a atuação da ARCE, encaminhando-as ao Conselho Diretor, à Assembléia Legislativa e ao Governador do Estado; 2) examinar críticas, denúncias e sugestões feitas pelos usuários e com base nestas informações fazer proposições ao Conselho Diretor; 3) opinar quanto aos critérios para fixação e revisão, ajuste e homologação de tarifas; e 4) aconselhar quanto às atividades de regulação desenvolvidas pela ARCE.

Como se pode perceber o Conselho Consultivo é um espaço representativo, de controle social, e que se constitui em um instrumento de *accountability*, portanto plenamente justificável. De forma geral esse modelo existe na experiência nacional e internacional. Um outro aspecto importante é que um Conselho Consultivo atuante contribui para elevar os níveis de legitimidade da atuação da Agência, uma vez que atende aos anseios de acompanhamento das ações do ente regulador, demanda de segmentos da sociedade⁹⁰. Todavia desde a criação da ARCE, o Conselho Consultivo foi muito pouco operante. Possivelmente a ARCE não percebeu a exata dimensão da importância da existência desse Conselho, assumindo quanto a ele uma postura de obrigação formal. Embora a nomeação seja do Governador do Estado, cabe à ARCE agir de forma pró-ativa solicitando as entidades representativas que indiquem nomes, e alertando ao Governo da importância do funcionamento do Conselho Consultivo.

As outras unidades organizacionais da ARCE são a Procuradoria Jurídica, a Assessoria, a Ouvidoria, a Diretoria-Executiva, a Gerência Administrativo-Financeira e as Coordenadorias de Regulação, estas divididas por área técnica. Um aspecto inovador e progressista da legislação da Agência é a reserva feita aos funcionários concursados da Instituição, em relação à ocupação dos cargos de chefia e assessoria. A ARCE conta com treze funções comissionadas de regulação, o que equivale aos cargos de assessor e coordenador das unidades

⁹⁰ A recente crise aérea, e a inoperância e captura da ANAC frente aos interesses das companhias aéreas, é um exemplo concreto de razão para o acompanhamento crítico de um ente regulador por parte de estruturas como conselhos consultivos. Definitivamente as agências reguladoras não são infalíveis.

organizacionais da Instituição. Somente os membros do quadro próprio da Agência podem ocupar essas funções. Na verdade procurou-se fortalecer o corpo técnico, blindando, em tese, a Agência quanto a interferências políticas, possibilitadas a partir de nomeações vinculadas a interesses político-partidários. Essa característica presente na formatação institucional da ARCE reforça as prerrogativas técnicas que devem fundamentar a existência de uma agência reguladora. De fato, quando um novo conselheiro é nomeado, não é possível trazer um *staff* externo, como é de costume na administração pública tradicional, o que se configura em uma situação menos propícia a condução política ou personalista da Agência. A única exceção a essa regra é o cargo de Diretor-Executivo, que pode ser nomeado livremente desde que atenda os pré-requisitos técnicos, e seja decisão unânime do Conselho Diretor.

O quadro próprio da ARCE é constituído de 40 servidores, sendo 36 concursados referente aos cargos de analista de regulação e procuradores, e ainda três conselheiros-diretores e 1 diretor-executivo, estes ocupantes de cargos comissionados, sendo os conselheiros detentores de mandato. Os analistas de regulação estão divididos nas especialidades de administrador, analista de sistemas, contador, engenheiro civil especialista em transportes, engenheiro civil especialista em saneamento básico, engenheiro mecânico, e advogado. A tabela 4 abaixo demonstra os quantitativos previstos em lei para o quadro de pessoal próprio da ARCE.

Tabela 4: Quadro de Pessoal da ARCE (previsão legal)

Cargo	Quantidade
Conselheiro-Diretor	3
Diretor-Executivo	1
Analista de Regulação	33
Procurador Autárquico	3
Total	40

Constata-se o reduzido quadro de pessoal, o que configura uma situação paradoxal, em contraposição ao escopo de atuação da ARCE, que tende a crescer, seja em função de assumir a regulação de novos setores onde atualmente a Agência ainda não atua, seja decorrente de se tornar mais conhecida e conseqüentemente mais demandada pelos usuários dos serviços públicos. O pequeno quadro de pessoal constitui-se em um ponto crítico da Agência, e preocupação presente em praticamente todas as entrevistas realizadas com representantes da Instituição. De fato, quando se pensa na magnitude dos setores de energia elétrica e saneamento básico, por exemplo, onde os clientes contam-se aos milhões, e os equipamentos técnicos das empresas concessionárias encontram-se dispersos em todas as regiões do Estado, há que se concordar com as preocupações evidenciadas no discurso dos técnicos e dirigentes da Agência. Além do pessoal próprio a ARCE conta com pessoal terceirizado, mas estes ocupam funções de apoio administrativo como secretariado, teleatendimento, etc. Uma alternativa da qual a Agência tem se utilizado para minimizar o problema do reduzido quadro de pessoal, é a contratação de consultorias para apoio em questões técnicas específicas.

Como órgãos de apoio o Conselho Diretor conta com a Procuradoria Jurídica e a Assessoria. A Procuradoria Jurídica tem como principal função assessorar juridicamente o Conselho e as outras áreas da Agência, elaborando pareceres jurídicos a fim de subsidiar o processo decisório do Conselho Diretor, bem como exercer a representação judicial da ARCE.

A assessoria, embora representada no organograma da ARCE como uma unidade organizacional, na verdade constitui-se em um conjunto de assessores, que a rigor, não perfazem um setor específico, ao menos esse é o conceito presente na legislação da Agência. Aos cinco assessores previstos, caberia assistir o Conselho Diretor e a Diretoria Executiva nas suas tarefas. Todavia, a prática e a déficit na quantidade de técnicos da Agência, fez com que os assessores fossem considerados como um setor específico com atribuições típicas de departamento. Atualmente a Assessoria responde pela coordenação de

várias funções da Agência como planejamento, comunicação social, assessoria de imprensa, realização de audiências públicas, relações institucionais, elaboração do relatório anual da Agência, bem como conduz projetos específicos atribuídos pelo Conselho Diretor como a coordenação da realização de concurso público, gestão de contratos específicos, realização de pesquisas, elaboração de normas internas, coordenação do sistema de avaliação de desempenho, e outros congêneres. Embora haja a previsão da nomeação de até cinco assessores, atualmente só existem dois. A razão para tanto, é a impossibilidade de deslocar efetivos da Agência de outros setores para a Assessoria, haja vista o pequeno quadro próprio existente na Agência.

O único órgão de execução de atividades finalísticas subordinado diretamente ao Conselho Diretor da ARCE, é a Ouvidoria da Agência. Coordenada por um Ouvidor-Chefe, é responsável por receber, processar e dar provimento às reclamações dos usuários relacionadas com a prestação dos serviços públicos regulados. Todos os outros setores de execução subordinam-se à Diretoria Executiva.

A Diretoria Executiva é o principal órgão de execução da ARCE. Deve coordenar as atividades das áreas sob seu controle direto, cumprindo as diretrizes e metas indicadas pelo Conselho Diretor. Estão diretamente sob o controle da Diretoria Executiva os seguintes setores: Gerência Administrativo-Financeira, Coordenadoria Econômico-Tarifária, Coordenadoria de Energia, Coordenadoria de Saneamento Básico, e Coordenadoria de Transportes.

Da forma como foi proposto pela *Maxwell Stamp*, e em essência incorporado na Lei de Criação da ARCE e no respectivo decreto que a detalhou, o Diretor-Executivo tem atribuições extremamente amplas, uma vez que coordena os setores administrativo e técnico. Questiona-se, dada a experiência prática que a atuação da Agência tem revelado, se essas atribuições não estariam superdimensionadas para uma única pessoa. Um outro aspecto, é que como a legislação determina que o Presidente do Conselho Diretor é o ordenador de

despesas da Agência, este acaba se vendo inserido em uma rotina administrativa que não coaduna com o papel principal do Conselho, que deve se concentrar no acompanhamento das questões mais relevantes de cada setor, incluindo a regulamentação setorial, as decisões tarifárias, o julgamento de conflitos, bem como as análises setoriais periódicas objetivando monitorar a evolução da prestação dos serviços públicos regulados.

Uma possível alternativa para contornar essa dificuldade seria a existência de duas diretorias no nível executivo, uma de cunho técnico, outra ligada a aspectos de gestão, o que adequaria as responsabilidades atuais superdimensionadas de um único diretor-executivo, cabendo ao Diretor de Gestão a condução dos assuntos administrativos e a ordenação de despesas, o que aconteceria por delegação do Conselho Diretor. Ao diretor técnico caberia a supervisão e acompanhamento de todos os aspectos técnicos executados pelas coordenadorias de regulação.

6.3. ANÁLISE DA ATUAÇÃO DA ARCE

A ARCE atua atualmente regulando quatro áreas: 1) energia elétrica; 2) saneamento básico compreendendo abastecimento de água e esgotamento sanitário; 3) Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros; e 4) Distribuição de Gás Canalizado.

Em cada uma dessas áreas a atuação regulatória da ARCE se reveste de características próprias, em consonância com as leis e contratos de concessão inerentes a cada setor, bem como com o teor e natureza do instrumento usado para delegar a atividade de regulação à Agência⁹¹. Assim, as características essenciais que devem fundamentar a atuação de um ente regulador, no caso da ARCE, apresentam variações de setor para setor. Vale ressaltar que no setor de saneamento básico, a Agência não atua no município de Fortaleza, uma vez que o Poder Concedente, o Município de Fortaleza, não delegou à Agência a regulação do Setor. No restante dos municípios onde a CAGECE opera, a atuação da ARCE é possível mediante um convênio firmado entre a Agência, a Concessionária e a SEINFRA – Secretaria de Infra-estrutura do Estado do Ceará.

O grau de intensidade ou a abordagem usada pela Agência em cada uma dessas funções dependerão, como dissemos anteriormente, das leis setoriais, do contrato de concessão, e do teor da delegação efetivada pelo Poder Concedente à ARCE. Assim, a depender de cada serviço público, a regulação pode ser mais ou menos intensa, mais ou menos abrangente, tomar uma forma ou outra, o que muitas vezes confunde a população quanto à atuação da Agência. Tome-se como exemplo a questão dos reajustes e revisões tarifárias. Como a titularidade dos serviços públicos de energia elétrica é da União, e não dos estados, a atuação da ARCE só é possível porque a ANEEL delegou à agência cearense parte de suas funções, como a fiscalização da qualidade do serviço, e a mediação de conflitos

⁹¹ Esses instrumentos podem tomar forma de leis, cláusulas no contrato de concessão do serviço público, ou convênios efetivados entre a agência reguladora e outra instituição que represente o Poder Concedente. A regulação pode tomar forma e intensidade diferentes em função do teor e da natureza desses instrumentos. Quando a delegação se dá por lei, a regulação ganha mais força e estabilidade.

entre concessionária e usuários. Todavia as análises tarifárias permanecem com a agência federal. Desta forma, a ARCE não possui nenhuma ingerência no processo de reajustes e revisões tarifárias do setor elétrico. Já nos casos dos serviços de distribuição de gás canalizado, e no serviço de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, qualquer alteração nas tarifas, quer seja reajuste, quer seja revisão tarifária, necessita da homologação da ARCE para entrar em vigor, o que decorre de previsão contratual no primeiro caso, e legal, no segundo. Por fim, no setor de saneamento básico, a ARCE não detém a competência para homologar as tarifas, restringindo-se a elaborar um estudo técnico de caráter opinativo, e enviá-lo ao Poder Concedente. Diferentes abordagens também ocorrem com outras funções desempenhadas pela Agência. Esse contexto de atuação diversificado demanda um forte esforço de comunicação por parte da ARCE, para que a população compreenda o papel e as limitações da Instituição, em face do padrão normativo específico de cada setor, e não alimente falsas expectativas em relação à Agência.

De forma geral nesses setores, a ARCE desempenha as funções de normatização, fiscalização, mediação de conflitos, e realiza estudos tarifários visando os reajustes e revisões periódicas previstos nos contratos de concessão. Além dessas funções de caráter finalístico, a ARCE promove esforços de comunicação e interação com a sociedade, por meio de publicidade institucional, seminários, audiências públicas, e outros eventos para: 1) tornar a Instituição mais conhecida; 2) pretensamente, estimular a população a participar do processo regulatório, e assim, contribuir para o aperfeiçoamento das decisões da Agência.

6.3.1. NORMATIZAÇÃO

A normatização ou regulamentação implica na elaboração de regras disciplinando vários aspectos da prestação do serviço público, tais como requisitos de qualidade, segurança, continuidade, direitos e deveres dos usuários dos serviços, dentre outros mais. A legislação setorial, quando existente, e o contrato de concessão, não conseguem detalhar todos os aspectos relacionados à prestação do serviço. Além disso, os avanços sociais, a necessidade de aperfeiçoamento do serviço prestado, em todas as suas dimensões, e notadamente a inovação tecnológica, requerem algumas vezes que os padrões de operação do serviço público prestado sejam ajustados a essas novas condições. Observa-se que a função regulamentar constitui-se na essência da atividade de regulação, o que às vezes leva a confundir regulação com regulamentação⁹². A partir da normatização⁹³ empreendida pela Agência, é que as outras funções que compõem a regulação se desenvolvem. Daí a importância da função de normatização desempenhada pela instituição reguladora.

O único setor onde a ARCE não exerce esse poder regulamentar é a área de energia elétrica, uma vez que a ANEEL não delegou à agência estadual essa função. Portanto, todas as normas referentes ao setor de energia elétrica são expedidas diretamente pela agência federal. Nas áreas de gás canalizado, saneamento, e transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, a Agência é responsável pela elaboração de normas para o setor.

A ARCE implementa a normatização dos setores regulados por meio de resoluções. As resoluções do ente regulador constituem-se em um dos padrões normativos, além das leis, e do contrato de concessão, a serem observados pelas empresas operadoras dos serviços públicos. Embora não exista, até o presente

⁹² Nessa dissertação, entende-se a regulamentação, ou normatização, como uma das funções que compõem a regulação. A regulação é mais ampla, incorporando outras funções como fiscalização, mediação de conflitos, e análises tarifárias. Esse assunto foi amplamente discutido nos capítulos anteriores.

⁹³ A fim de evitar interpretações equivocadas entre regulação e regulamentação, prefere-se nessa dissertação usar a palavra “normatização” para designar o segundo termo.

momento, um procedimento padrão formalizado, a ARCE segue uma seqüência de eventos na elaboração de suas resoluções. É freqüente que experiências de outras agências reguladoras sejam utilizadas. Um exemplo claro é a regulamentação do setor de gás canalizado, onde a CSPE – Comissão de Serviços Públicos de Energia, do Estado de São Paulo, foi usada como modelo. Normalmente é designada uma equipe multidisciplinar, composta de pessoal da área técnica e jurídica, sob a liderança de um coordenador, para elaborar uma determinada resolução. Após um período de elaboração, que pode envolver consultas externas a outras entidades, uma minuta de resolução é submetida ao Conselho Diretor da ARCE que determina a realização de audiência pública sobre o tema⁹⁴. O objetivo dessas audiências públicas é estimular a sociedade a participar do processo regulatório, exercendo um controle social sobre o serviço, e propiciando subsídios, por meio de sugestões, opiniões e críticas, para o aperfeiçoamento do teor da resolução. É o momento propício para equilibrar os interesses dos concessionários, usuários, e Poder Concedente. Todavia, tem sido questionável o resultado prático dessas audiências, em termos de contribuições. Não obstante, tratar-se de um instrumento democrático de participação da sociedade, a participação efetiva é muito pequena. As concessionárias participam mais efetivamente, mas a participação dos usuários normalmente é insignificante. As audiências públicas que tratam de alterações nas tarifas ou de temas extremamente polêmicos⁹⁵ ainda conseguem um público significativo, mas aquelas que tratam de temas setoriais específicos não são percebidas pelo público em geral como significativas. A ARCE tem realizado a maioria das audiências públicas por meio de sua página na *internet*.

⁹⁴ Conforme previsão no Decreto 25.059, de 15 de julho de 1998, que regulamentou a Lei de Criação da Agência. Na verdade, o Decreto, em seu artigo 19 é até mais abrangente, prevendo audiência pública para o “processo decisório que afetar direitos dos usuários”. Nesse contexto entende-se a definição de normas como um dos principais processos decisórios da ARCE, portanto deve submeter-se a esse procedimento previsto no Decreto.

⁹⁵ Um exemplo de audiência com tema polêmico, foi aquela que tratou da regulamentação do transporte clandestino, ou não-legalizado, realizada em 2001, e que lotou o auditório onde se realizava.

Possivelmente o baixo nível de participação nas audiências públicas promovidas pela ARCE provém de três fatores: 1) pouca tradição de participação da população em eventos desse tipo; 2) incapacidade da população de contribuir em questões, que muitas vezes, envolvem componentes eminentemente técnicos; e 3) inabilidade da ARCE em estabelecer um formato, envolvendo prazo, divulgação, sessões preliminares, *feed-back*, e outros componentes que induzam, de forma mais eficaz, a participação da população.

Considerando que os usuários não detêm o mesmo nível de organização e recursos que as concessionárias, a ARCE poderia estudar mecanismos que possibilitassem o financiamento, por parte da Agência, da contratação de especialistas para dar apoio e realizar estudos técnicos que subsidiassem a participação de entidades representativas dos usuários nas audiências públicas relativas aos processos de normatização. Sabe-se que essa é uma proposta de difícil implementação, considerando os entraves burocráticos do setor público, mas a sua implementação poderia ajudar a equilibrar a teia de interesses envolvidas nas regulamentações, contribuindo para fortalecer a legitimação das normas expedidas pela Agência.

Além das audiências públicas, outros mecanismos poderiam ser adotados pela ARCE com o objetivo de obter maior participação da sociedade no processo de normatização empreendido pela Agência. Fóruns técnicos, sem o formalismo típico de uma audiência pública, que possibilitassem o debate dos temas a serem regulamentados, poderiam se constituir em um importante espaço de interlocução da ARCE com segmentos representativos da sociedade. A experiência internacional, e mesmo nacional, apresenta uma série de experiências nesse sentido. No Brasil, algumas agências federais, têm em sua estrutura, comitês técnicos formados por representantes da própria agência, de outras instituições, como universidades, centros de pesquisa, além de concessionárias, e de grupos organizados de usuários, cuja finalidade é aprofundar o debate sobre temas técnicos e subsidiar o processo de normatização dos serviços públicos conduzido pelas agências reguladoras. Os membros desses comitês detêm mandato. É o

caso da ANVISA que mantém em sua estrutura câmaras setoriais formadas por representantes da sociedade para subsidiar o Conselho Diretor daquela agência, na definição de temas prioritários e diretrizes para esses temas, e ainda câmaras técnicas, seguindo o mesmo modelo, para a discussão e aprofundamento de assuntos eminentemente técnicos relativos aos setores regulados. É importante não confundir esses comitês ou câmaras, com os conselhos consultivos que grande parte das agências, dentre elas a ARCE, possuem. Os conselhos consultivos, diferentemente dos comitês técnicos, têm atuação mais ampla, geral, sobre todos os aspectos da atuação do ente regulador, e não em temas setoriais específicos.

Um outro ponto a ser mais bem trabalhado pela ARCE é o tempo necessário para que uma resolução seja elaborada. É óbvio que o grau de dificuldade para a elaboração de um regulamento é proporcional à complexidade do tema a ser tratado, portanto é normal que haja uma maior demora em uma ou outra resolução. Todavia, observa-se que algumas resoluções foram elaboradas em um tempo consideravelmente excessivo, mesmo considerando sua complexidade, o que sinaliza ser desejável alguma mudança, ou na estrutura, ou nos processos organizacionais, que ensejem ganhos de eficiência quanto ao processo de elaboração de regulamentação. Quando questionados em relação a esse ponto, alguns dos entrevistados alegaram o pequeno quadro de pessoal, como um dos fatores que impedem uma maior agilidade, enquanto outros sugeriram a necessidade de um departamento específico para gerenciar os processos de normatização. Outros ainda sugeriram uma mudança nos procedimentos internos, diminuindo os trâmites burocráticos. Na verdade, é mais provável que essa conjunção de fatores tenha que ser trabalhada com vistas à implementação de um procedimento de normatização mais rápido, todavia sem que essa busca por um nível maior de agilidade comprometa a qualidade e consistência das normas a serem elaboradas.

6.3.2. FISCALIZAÇÃO

Dentre as atribuições exercidas pela ARCE, a função de fiscalização é aquela melhor entendida e percebida pela sociedade. Por meio dela, busca-se, preferencialmente de forma preventiva, fazer com que as concessionárias prestem os serviços públicos de forma adequada, atendendo aos padrões especificados na legislação setorial, nos contratos de concessão, e nas próprias resoluções da Agência.

De forma geral as ações de fiscalização se atêm a questões de qualidade técnica do produto ou serviço fornecido, qualidade das relações comerciais, qualidade do atendimento ao usuário, e dos requisitos de segurança na prestação do serviço. Todavia, quaisquer outros aspectos pertinentes às resoluções da ARCE, do contrato de concessão, e da legislação setorial, podem ser objetos de fiscalização.

As ações de fiscalização são realizadas pelas coordenadorias técnicas da ARCE, obedecendo a um planejamento prévio, seguindo uma programação pré-definida, sendo as concessionárias comunicadas com antecedência. Todavia, denúncias ou reclamações de usuários, bem como a ocorrência de fatos imprevistos graves relacionados aos serviços públicos podem originar uma ação de fiscalização emergencial⁹⁶.

Internamente, a ARCE classifica a fiscalização em dois tipos: direta, e indireta. A fiscalização direta é o tipo clássico, no qual uma equipe vai a campo a fim de verificar determinados aspectos da prestação do serviço e apurar não-conformidades desses aspectos em relação ao conjunto de normas do setor. Com exceção do setor de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, onde a fiscalização direta está a cargo do DERT – Departamento de Edificações,

⁹⁶ Um exemplo de fiscalização emergencial recente foi o caso acontecido no segundo trimestre de 2007, quando uma usuária, que necessitava do uso de aparelhos elétricos para manutenção da vida, faleceu em decorrência do corte efetuado pela concessionária do serviço de energia elétrica. A ARCE iniciou, em caráter emergencial, uma ação de fiscalização para apurar o caso.

Rodovias e Transportes do Estado do Ceará, nos serviços de energia elétrica, gás e saneamento básico cabe à ARCE empreender a fiscalização direta do setor.

Os procedimentos de fiscalização direta seguem o princípio de ampla defesa. Assim, as empresas prestadoras de serviços públicos regulados pela ARCE têm a prerrogativa de manifestar-se sobre o teor das ações de fiscalização, e recorrer a uma instância superior na própria ARCE⁹⁷, ou efetuar pedido de reconsideração quando a decisão já provém da última instância da Agência, o Conselho Diretor. Os procedimentos da ARCE definidores das ações de fiscalização direta encontram-se formalizados em resoluções da Agência, especificamente para o setor de energia elétrica e saneamento básico⁹⁸. No serviço de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, como já dito, a ARCE não é responsável pela fiscalização direta, enquanto no serviço de distribuição de gás canalizado, embora responsável, a Agência ainda não elaborou resolução disciplinando o assunto.

Para se ter uma idéia de como é realizada, em termos concretos, uma ação de fiscalização direta, vale observar a descrição desse processo contida no Relatório Anual da ARCE (2007, p. 16), referente ao setor de energia elétrica⁹⁹ :

“ O processo se inicia quando uma equipe da ARCE vai a campo e faz uma inspeção nos itens objetos da fiscalização. Uma ação de fiscalização pode abranger vários municípios. A partir daí, comparando-se a situação encontrada com os padrões definidos nas normas que regem o setor (leis, contratos de concessão, resolução do órgão regulador), são registradas todas as constatações, não-conformidades, recomendações e determinações sobre o assunto, e consolidadas em um relatório de

⁹⁷ A exceção é o setor de energia elétrica. Neste, o recurso é impetrado junto à ANEEL que funciona como última instância, decorrente do fato de que o serviço de energia elétrica é de titularidade da União, e não dos estados.

⁹⁸ Resoluções ARCE N° 56 referente à fiscalização no setor de energia elétrica, N° 30 e N° 43 referentes ao setor de saneamento básico.

⁹⁹ Vale lembrar que há algumas diferenças nos procedimentos de fiscalização direta empreendidos pela ARCE, em função de cada setor regulado. Todavia, o procedimento adotado no setor de energia elétrica, exemplifica, em linhas gerais, como se dá o processo.

fiscalização. É enviado então um termo de notificação à concessionária dando ciência do relatório de fiscalização, e esta tem um prazo de 15 dias para manifestação. Caso a concessionária se manifeste, a ARCE analisa o teor da manifestação, e se entender que é improcedente, a Agência emite um auto de infração e instaura um processo administrativo-punitivo, passível de resultar desde em uma advertência, até em uma multa, que pode chegar ao limite máximo de 2% da receita operacional da concessionária. Caso queira a concessionária pode recorrer à Aneel como segunda instância.”

Embora não se possa considerar que o objetivo da fiscalização seja penalizar as concessionárias, deve-se reconhecer que se a agência reguladora não detiver prerrogativas sancionatórias adequadas contras as empresas reguladas, as ações de fiscalização perdem muito da sua capacidade como instrumento cujo objetivo é o aperfeiçoamento do serviço público prestado.

Nesse ponto, atualmente o único setor onde a ARCE detém efetivo poder sancionatório é o setor de energia elétrica. Para se ter uma idéia, segundo o Relatório Anual da ARCE (2007, p. 27) a Agência aplicou durante o ano de 2006 aproximadamente 1,4 milhão de reais em multas contra a concessionária Coelce. Anteriormente, e pouco após a privatização da concessionária, a Companhia esteve ameaçada pela ARCE de perder a concessão, sendo aplicada no ano de 2000 uma multa de aproximadamente seis milhões de reais¹⁰⁰.

Nos outros setores, não há registro de multas aplicadas pela ARCE. No caso do serviço de Saneamento Básico não há previsão de aplicação de multas contra a concessionária, no convênio firmado entre a ARCE, a CAGECE e a SEINFRA – Secretaria de Infra-Estrutura do Estado do Ceará. Na verdade discute-se se a atuação da ARCE no setor de saneamento se configuraria em regulação, ou seria apenas uma espécie de auditoria, uma vez que o poder concedente é o município, e este não estaria representado no convênio que delegou competência à Agência para atuar no setor. O poder sancionatório da Agência, nesse caso,

¹⁰⁰ As multas não são destinadas à ARCE. No caso do setor de energia elétrica, a multa é destinada a um fundo que financia pesquisas em fontes alternativas de energia, gerido pela Eletrobrás. Nos outros setores as multas são recolhidas aos cofres do Tesouro Estadual.

resume-se na possibilidade de emitir um termo de falhas e transgressões, e enviá-lo ao Poder Concedente. Uma exceção é o Município de Juazeiro do Norte, uma vez que nesse caso a regulação realizada pela ARCE está prevista em lei municipal, o que confere mais força à atuação da Agência. Nos setores de gás canalizado e transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, observa-se que a atuação da ARCE não se consolidou ainda a ponto de possibilitar a aplicação de multas. Nesses serviços a ARCE ainda não elaborou resoluções estabelecendo os parâmetros e procedimentos de imposição de penalidades às empresas concessionárias¹⁰¹.

É extremamente importante que a ARCE adquira efetivamente a plena capacidade de impor sanções às empresas reguladas, em face do descumprimento das normas setoriais. Nesse caso observa-se que a efetivação dessa capacidade depende em parte de mudanças na legislação setorial e nos contratos de concessão, como é o caso dos serviços de saneamento básico. Em outros serviços, depende exclusivamente da Agência regulamentar a imposição de penalidades, e assumir a atitude de aplicá-las quando necessário.

Nos serviços de energia elétrica e saneamento básico a atuação fiscalizatória da Agência já se encontra plenamente consolidada. No serviço de distribuição de gás canalizado, a ARCE encontra-se em fase de preparação para iniciar os trabalhos de fiscalização. Após a publicação, em 2005, das resoluções da Agência que estabelecem os requisitos de qualidade, segurança, e condições gerais da prestação do serviço de distribuição de gás canalizado, a ARCE estabeleceu prazo para a concessionária CEGÁS adequar-se às normas. Atualmente a Agência monitora o cumprimento desses prazos por parte da CEGÁS. Em paralelo, está sendo desenvolvida uma resolução que trata da aplicação de penalidades à concessionária em caso de descumprimento das

¹⁰¹ Uma exceção é a regulação do setor de saneamento básico no município de Juazeiro do Norte. Nesse caso específico, há previsão para a regulação dos serviços em lei municipal e no contrato de concessão firmado entre o município e a concessionária, o que levou a Arce a estabelecer a Resolução N° 69 disciplinando a aplicação de penalidade no serviço de saneamento básico, no âmbito daquele município.

normas setoriais. Após essa fase de adequação, a ARCE iniciará as ações de fiscalização.

No serviço público de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros, a ARCE não responde pela fiscalização direta, ficando esta a cargo do DERT, conforme convênio firmado entre a ARCE, o DERT, o DETRAN e a SEINFRA, e conforme legislação setorial. Todavia a Agência recebe a taxa de fiscalização das empresas de transporte, e repassa parte ao DERT para efetuar a fiscalização direta. A fiscalização direta pressupõe o acompanhamento diário da operação dos ônibus nos terminais rodoviários da capital e do interior, bem como em rodovias. Um outro aspecto é a vistoria e inspeção periódica dos veículos operantes no sistema. Esta fica a cargo do DETRAN, que também recebe da ARCE um percentual da taxa arrecadada das empresas de transporte, para financiar a vistoria nos veículos. Na verdade, essa confusão de papéis tem ocasionado percalços à regulação do setor.

Os empresários do setor de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros pressionam por um maior nível de fiscalização, uma vez que recolhem taxa à ARCE para financiar tal atividade. Considerando que o advento do transporte clandestino ou não-legalizado, feito em vans, ou em veículos do tipo popularmente conhecidos como paus-de-arara¹⁰² tem tomado para si expressiva fatia da demanda, e que estes, além de ilegalmente, em geral operam sem atender os requisitos de segurança, é de interesse dos empresários de ônibus, que detêm permissões para realizar o serviço, que o poder público reprima o transporte clandestino com intensidade. Todavia a ARCE não detém total controle sobre o tema, uma vez que a fiscalização direta cabe ao DERT, e este responde diretamente à SEINFRA, portanto sujeito a considerações políticas sobre o assunto.

¹⁰² Veículo com carroceria aberta, do tipo *pick-up* ou caminhão, com bancos de madeiras adaptados, largamente usado para o transporte de pessoas e mercadorias em zonas rurais ou mesmo em zonas urbanas. Caracterizam-se pelo baixo custo para o usuário e pelo desconforto e insegurança na prestação do serviço. Não possuem, obviamente, concessão para operar o serviço, operando clandestinamente.

Cabe a ARCE a fiscalização indireta do serviço de transportes. A fiscalização indireta compreende o levantamento e monitoramento de informações que permitam a caracterização de aspectos da prestação do serviço, sem a necessidade obrigatória da inspeção *in loco*. Em termos concretos, a fiscalização indireta idealmente é realizada por meio da coleta e análise de indicadores de qualidade da prestação do serviço. Nesse ponto, o grande instrumento de fiscalização indireta no setor de transportes é o IDO – Índice de Desempenho Operacional¹⁰³, previsto na legislação setorial, todavia a ARCE questiona aspectos conceituais desse índice, não tendo ainda implementado a sua apuração. As ações de fiscalização indireta da ARCE ficaram restritas a levantamentos de informações, inclusive, o que não é comum nesse tipo de fiscalização, com idas a campo para a obtenção dessas informações.

No serviço de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, é extremamente necessária uma redefinição dos papéis de cada instituição, com a delimitação clara da responsabilidade de cada uma. Não se pode conceber a fiscalização direta feita pela ARCE, ao menos nos moldes atuais da Agência, uma vez que a Instituição não dispõe do efetivo de pessoal necessário para tal empreendimento. Todavia é altamente recomendável que a ARCE detenha um papel mais determinante na relação com o DERT e DETRAN. Não há dúvidas, do ponto de vista conceitual, que o DERT, enquanto órgão gestor do sistema, também deve ser caracterizado como regulado, o que possibilitaria a ARCE uma ascendência maior sobre a questão da fiscalização direta.

Um outro ponto a considerar é a importância da ARCE avançar mais na implementação da fiscalização indireta baseada em indicadores. A referência na própria Agência para esse avanço é o serviço de saneamento básico. A Coordenadoria de Saneamento Básico da ARCE desenvolveu o SIRAE – Sistema

¹⁰³ O IDO – Índice de Desempenho Operacional foi previsto pela Lei estadual 13.094, de 12 de janeiro de 2001, e trata-se de uma cesta de índices composto por variáveis como atrasos, reclamações, idade média da frota, etc. A legislação prevê que as empresas que não alcançarem um escore mínimo em determinadas condições sofrerão um processo de caducidade da concessão.

de Informações Regulatória de Água e Esgoto¹⁰⁴. O SIRAE é um sistema de coleta, apuração e divulgação de um conjunto de indicadores, que permitem qualificar os vários aspectos, técnicos, comerciais, financeiros, da prestação do serviço de saneamento básico. A Agência disponibiliza em sua página na internet¹⁰⁵, a consulta, por município, de um resumo de alguns dos indicadores representativos da qualidade da água fornecida pela CAGECE em 149 cidades do Estado do Ceará. Com o SIRAE, a ARCE gradativamente vai migrando de um sistema de fiscalização direta, baseado em ações intensivas em campo, para um sistema de fiscalização indireta. Nesse caso, as ações diretas serão programadas e direcionadas para os municípios e aspectos cujos indicadores apurados pelo SIRAE evidenciam uma maior necessidade de atuação da Agência. Com isso a ARCE espera tornar o processo de fiscalização mais eficiente, uma vez que os custos envolvidos com a fiscalização direta diminuirão, e as ações serão focadas nos aspectos específicos mais preocupantes, demonstrado pelos indicadores, e não em aspectos gerais. O avanço da ARCE na regulação do serviço público de saneamento tem colocado a Agência em um nível de referência entre as demais agências estaduais nesse setor¹⁰⁶.

Todavia, embora detenha uma experiência reconhecida nacionalmente na implementação de fiscalização por indicadores na área de saneamento básico, as outras áreas da agência ainda não implementaram sistemas semelhantes. No setor de gás canalizado, a resolução da ARCE que trata dos requisitos de qualidade na prestação do serviço¹⁰⁷, já estabelece uma série de indicadores a serem apurados, o que facilitará a implementação de um sistema informatizado para a sua coleta, apuração e divulgação. Em relação ao serviço público de

¹⁰⁴ Esse sistema foi desenvolvido com o apoio do PMSS – Programa de Modernização dos Serviços de Saneamento, do Ministério das Cidades.

¹⁰⁵ www.arce.ce.gov.br

¹⁰⁶ De fato, em 2007 a ARCE recebeu o prêmio ABAR, no congresso sobre regulação promovido pela entidade a cada dois anos, na categoria instituição, em função dos avanços na área de saneamento básico. A ABAR é a Associação Brasileira de Agências Reguladoras. Nas edições anteriores desse congresso, o prêmio havia sido concedido à ANEEL, à CSPE, de São Paulo, e à AGERGS, do Rio Grande do Sul.

¹⁰⁷ Resolução ARCE N° 60

transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, encontra-se sendo realizado um projeto cuja finalidade é apresentar ao Poder Concedente um sistema de indicadores de desempenho que possa substituir o IDO – Índice de Desempenho Operacional, considerado inadequado e não implementado pela Agência.

6.3.3. MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

Dentre as funções exercidas pela ARCE, a mediação de conflitos é a que mais aproxima a Agência do usuário do serviço público regulado, o que leva às vezes a uma interpretação errônea do papel da Instituição quanto a essa função. Muitas vezes interpretam-se as agências reguladoras como órgãos de defesa do consumidor. A regulação de serviços públicos não pode ser colocada nesses termos reducionistas. Na verdade a regulação abrange outros pressupostos e atende a objetivos mais amplos, embora inequivocamente o equilíbrio de interesses entre os atores envolvidos na prestação do serviço público, seja um dos principais objetivos de uma agência reguladora.

Nesse sentido a mediação de conflitos compreende uma série de esforços, buscando solucionar divergências entre empresas prestadoras do serviço público, usuários, e ainda, o Poder Concedente. Os parâmetros que fundamentam os posicionamentos da instituição reguladora nesses conflitos estão consubstanciados na legislação setorial, no contrato de concessão, e nas próprias normas do ente regulador. A perspectiva de atuação da ARCE ao exercer a função de mediação de conflitos, é eminentemente técnica. Embora, entenda-se que o usuário do serviço público, encontre-se em uma posição de força desvantajosa em relação à empresa prestadora do serviço, a Agência não assume *a priori* a defesa do usuário, procurando manter uma postura neutra.

Para se ter uma idéia da dimensão potencial desse trabalho, somente o serviço público de energia elétrica contou em 2006 com aproximadamente 2,5 milhões de clientes. A unidade organizacional da ARCE responsável pelo atendimento dos usuários e registros dos conflitos entre usuários e empresas concessionárias é a Ouvidoria da Agência. Os procedimentos adotados pela ARCE no provimento das reclamações dos usuários encontram-se definidos em resoluções da Instituição¹⁰⁸. Referente ao serviço de energia elétrica, o Relatório

¹⁰⁸ Resoluções ARCE N° 56, e N° 87

Anual da Agência (2007, p. 27), assim resume como se dá a mediação de conflitos, em termos concretos:

“A Ouvidoria da Agência recebe pedidos de informações, consultas sobre assuntos referentes à prestação do serviço, reclamações e denúncias. Inicialmente, todos os usuários são orientados a efetuar a reclamação na própria concessionária, porém quando este entende que a empresa não resolveu ou encaminhou de forma adequada o problema, a Ouvidoria da ARCE registra a demanda do usuário e passa a empreender esforços no sentido de mediar uma solução para o caso. Para isso, a Ouvidoria realiza ações que vão desde a solicitação de esclarecimentos à Coelce, até a realização de sessões de mediação de conflitos com a participação das partes envolvidas. Contudo, caso não seja possível chegar a um acordo, instaura-se um processo administrativo, que após analisado pela Coordenadoria de Energia Elétrica da Agência, vai a julgamento pelo Conselho Diretor da Instituição, que dará ganho de causa, total ou parcialmente a uma das partes, cabendo ainda recurso administrativo à ANEEL.”

Atualmente, a Ouvidoria da ARCE está apta a atender os usuários dos serviços públicos de energia elétrica, saneamento básico, e transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, embora a quantidade de atendimentos referente ao serviço de transportes seja insignificante. A tabela 5 abaixo mostra os números registrados na Ouvidoria da Agência no período de 2001 a 2006.

Tabela 5: Solicitações de usuários dos serviços de energia e saneamento à Ouvidoria.

Ano	Quantidade de solicitações na Ouvidoria da ARCE
2001	9.771
2002	52.051
2003	72.066
2004	63.605
2005	95.259
2006	109.103
Total	401.855

Fonte: Relatório Anual 2006 - ARCE

Do total de usuários que procuram a Ouvidoria da ARCE, a grande maioria está em busca de informações e orientações quanto aos seus direitos e obrigações relativos ao serviço público regulado, e uma menor quantidade procura a Agência para efetuar denúncias ou reclamações. Para se ter uma idéia, no ano de 2006, de um total de 109.103 solicitações feitas à Ouvidoria da ARCE, somente 2,34% eram referentes a reclamações ou denúncias, o que equivale a 2.578 ocorrências desse tipo. O restante, aproximadamente 97%, constituía-se em pedidos de esclarecimentos ou orientação quanto a aspectos da prestação do serviço, principalmente quanto aos direitos e obrigações dos usuários.

O aumento significativo no número de atendimentos feito pela Ouvidoria da ARCE nos últimos seis anos, ao contrário do que possa parecer a leitura descontextualizada desses números, não significa uma piora na qualidade dos serviços prestados pelas concessionárias de energia e saneamento¹⁰⁹, mas um incremento no grau de conhecimento da população em relação à Agência.

Alguns aspectos relacionados à mediação de conflitos exercida pela ARCE merecem considerações. O primeiro deles diz respeito à eficiência dos procedimentos organizacionais da Agência no atendimento e provimento das reclamações dos usuários. Ora, o principal motivo que leva um usuário a procurar uma agência reguladora, e não a instância judicial, parece ser a rapidez com que se espera que o problema seja solucionado, e a competência técnica do ente regulador. Por deter a especialidade técnica necessária ao julgamento desses conflitos, é de se esperar que a agência reguladora atue com maior agilidade nesses conflitos. Não fosse assim, o usuário poderia recorrer diretamente à justiça, haja vista que o Poder Judiciário, é por excelência, a instância máxima para a resolução de conflitos. No entanto ao optar pela via administrativa, por meio da agência reguladora, o usuário detém a expectativa de ver rapidamente proferida uma decisão sobre o seu caso. Quando a agência reguladora não consegue responder bem a essa expectativa de agilidade na resposta, a lógica

¹⁰⁹ Os indicadores dos serviços de energia e saneamento apontam para uma evolução na qualidade do serviço prestado.

que motivou o usuário a procurar o ente regulador perde a razão de ser. Por outro lado, o *modus operandi* da agência reguladora nos processos de mediação de conflitos, deve sempre levar em consideração a possibilidade de ampla defesa da concessionária. Prazos de resposta tem que ser definidos e atendidos. Todos esses procedimentos têm que obedecer a um padrão formal, sob pena de não atender os requisitos de processualidade¹¹⁰, necessários a fim de evitar condutas exacerbadas por parte do ente regulador.

O desafio que se impõe a ARCE é procurar atender a legítima e necessária expectativa do usuário acerca de um posicionamento rápido da Agência no que diz respeito à mediação de conflitos, sem esquecer a importância de garantir a ampla manifestação das empresas concessionárias. Observa-se na ARCE que a despeito da grande maioria dos processos de Ouvidoria serem concluídos em um padrão de tempo adequado¹¹¹, alguns se distanciam muito da média. Atualmente, um processo de ouvidoria, referente a reclamações sobre o serviço de energia elétrica, é finalizado pela ARCE em 54 dias, em média. Já em Saneamento, atinge-se a média de 65 dias.

É fundamental para a ARCE avançar quanto a esse ponto. O principal empecilho que se coloca é o pequeno quadro de pessoal, o que torna muito difícil avanços significativos nessa área. Todavia, mudanças nos procedimentos internos, com vistas a diminuir os trâmites burocráticos, descentralizar algumas decisões para as áreas técnicas, evitar trabalhos redundantes, manter um acompanhamento gerencial mais forte sobre o tema, e investir em tecnologia da informação para dar suporte a esses processos, poderiam levar a avanços significativos nesse campo. É evidente que a quantidade de pessoal alocada para esse fim deve ser objeto de revisão.

¹¹⁰ Uma explanação sobre a importância da “processualidade” na atuação das agências reguladoras foi detalhada nessa dissertação, no capítulo intitulado “Aspectos Fundamentais das Agências Reguladoras”.

¹¹¹ No serviço energia elétrica, a ANEEL define metas de tempo na resolução dos conflitos entre usuários e concessionária, e a ARCE tem continuamente conseguido atingir essas metas.

Uma iniciativa bem sucedida da ARCE, na tentativa de agilizar a resolução de conflitos, foi a implantação das sessões de mediação. Essas sessões constituem em reuniões conduzidas por um técnico da Agência, na presença das partes envolvidas no litígio, buscando uma conciliação entre as partes. Caso se consiga um acordo, o processo é encerrado, ainda no seu início. Em 2006, as sessões de mediação referentes a conflitos no serviço de saneamento básico obtiveram aproximadamente 85% de sucesso. No serviço de energia elétrica o percentual de acordo nas sessões de mediação foi consideravelmente menor chegando a aproximadamente 30%.

Um outro aspecto a considerar é o teor das decisões proferidas pela ARCE acerca de conflitos entre usuários e concessionárias. Quando não é possível uma solução de consenso, o Conselho Diretor da Agência, após ouvir as áreas técnica e jurídica, profere uma decisão sobre o caso. Em 2006, 68% das decisões do Conselho Diretor da ARCE nos conflitos do setor de saneamento básico foram totalmente favoráveis ao usuário. No serviço de energia elétrica, o percentual totalmente favorável ao usuário foi de 47% nesse mesmo ano. Os percentuais de decisões totalmente favoráveis às concessionárias foram de 24% e 27%, respectivamente para os conflitos nos serviços de saneamento e energia. O percentual restante foi de decisões que favorecem parcialmente ao usuário. Percebe-se, pela análise desses números, que no caso da ARCE não há tendência de decisão pró-concessionária, crítica que tem sido feita de forma geral às agências reguladoras.

Outra consideração a ser feita é sobre o alcance da atividade de mediação desenvolvida pela Agência. A Ouvidoria da ARCE mostra-se consideravelmente procurada nas áreas de energia elétrica e saneamento básico, todavia o mesmo não acontece nos outros serviços públicos regulados pela Agência. No que diz respeito ao serviço de distribuição de gás canalizado há duas questões: 1) a quantidade de clientes do serviço é da ordem de 210 consumidores, portanto muito pequena; e 2) O processo de regulação empreendido pela ARCE no setor encontra-se ainda em uma fase incipiente. Esses dois fatores explicam a ausência

de registro de solicitações à Ouvidoria da ARCE referente ao serviço de gás canalizado. Todavia, o mesmo não acontece com o setor de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, onde a Agência já opera há mais tempo, e mesmo assim o nível de atendimento da Ouvidoria a usuários desse serviço é praticamente inexistente. Na verdade todos os veículos operantes do serviço de transporte deveriam exibir no seu interior sinalizações com o número do telefone da Ouvidoria da ARCE. Todavia, a vistoria dos veículos, a cargo do DETRAN, acabou não acontecendo, e dessa forma não houve cobrança às empresas que descumpriram essa norma. Conclui-se que não há divulgação da Agência, enquanto instituição adequada a receber reclamações de usuários dos serviços de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros. É necessário que a ARCE adote uma postura mais determinada em relação a essa divulgação, realizando os mesmos esforços que tem feito para tanto nos serviços de energia elétrica e saneamento básico.

Por fim, uma outra medida recomendável à ARCE é a articulação com outras entidades que tratam da defesa do consumidor. No Ceará, destacam-se o DECON – Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor, entidade vinculada ao Ministério Público Estadual, e o PROCON – Comissão de Defesa do Consumidor, órgão pertencente à Assembléia Legislativa do Estado. Um entendimento entre esses órgãos e a ARCE deve se dar no sentido de que as reclamações de usuários dos serviços públicos regulados, especialmente aquelas que demandem uma análise técnica mais aprofundada, sejam direcionados à Agência, evitando redundâncias desnecessárias¹¹², o que contribuirá para tornar mais clara na população, o papel da ARCE na mediação de conflitos entre usuários e concessionários dos serviços públicos regulados¹¹³.

¹¹² Algumas vezes o DECON solicita à ARCE pareceres técnicos para fundamentar decisões acerca de reclamações referentes aos serviços de energia elétrica e saneamento básico registradas por usuários naquele órgão.

¹¹³ Vale ressaltar que essa diretriz está presente na Lei 12.786, que instituiu a ARCE, em seu artigo 8º, inciso XVII : “atuar na defesa e proteção dos direitos dos usuários, reprimindo infrações, compondo e arbitrando conflitos de interesses, e promovendo a coordenação com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor”.

6.3.4. ANÁLISES TARIFÁRIAS

As diretrizes e atribuições da ARCE no que concerne à regulação dos temas econômicos da prestação dos serviços públicos regulados, incluindo as definições acerca das tarifas cobradas pelo uso do serviço, estão presentes na Lei de criação da Agência, no artigo em que determina os seus objetivos fundamentais, especificamente em três aspectos: 1) a incumbência de promover e zelar pela eficiência econômica dos serviços públicos regulados, propiciando a modicidade das tarifas; 2) a missão de fixar regras procedimentais claras em relação ao estabelecimento, revisão, reajuste, e aprovação de tarifas, que permitam a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão; e 3) estimular a livre, ampla e justa competição entre as entidades reguladas, bem como corrigir os efeitos da competição imperfeita.

Dois objetivos da regulação econômica destacam-se, e devem ser perseguidos nos processos de análises tarifárias, realizados pela Agência: a modicidade das tarifas, e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. O conceito de modicidade das tarifas não é algo que se possa definir em termos absolutos, uma vez que guarda relação direta com outras variáveis, como qualidade, escala, e universalização. Em termos gerais, mantido um nível satisfatório de eficiência na prestação do serviço público, e considerando-se a inexistência de subsídios diretos pelo Estado, o valor da tarifa será maior ou menor em função dos requisitos de qualidade exigidos em sua prestação. Um outro fator condicionante do valor das tarifas são os ganhos de escala proporcionados por um determinado mercado. Tanto mais usuários tenha o serviço público, em tese, menor será a tarifa, uma vez que o montante de receita gerado com a prestação do serviço, por ser maior, remunerará com maior facilidade os investimentos fixos necessários. Por fim, a política pública de universalização poderá refletir-se no nível tarifário, haja vista que normalmente o custo pela disponibilização do serviço a consumidores de menor renda ou de difícil acesso, é rateado entre todos os usuários, via mecanismos de subsídios cruzados.

Diante dessas circunstâncias deparam-se de um lado os usuários do serviço público, buscando sempre pagar o mínimo que puderem pelo serviço, e do outro as empresas concessionárias, objetivando ganhos crescentes. Nesse conflito de interesses, opera a agência reguladora, cuja missão deve ser pautada pela manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Como o cenário descrito é extremamente conflituoso, cabe ao ente regulador atuar firmemente pautado em três linhas: competência técnica, total transparência, e observância das condições especificadas no contrato de concessão.

A atuação da ARCE, referente à regulação econômica, apresenta nuances de acordo com o setor regulado. Um dos principais instrumentos de regulação econômica são as análises realizadas pela Agência, com o objetivo de definir ou homologar as alterações nas tarifas dos serviços públicos. Essas análises podem referir-se a reajustes ou a revisões tarifárias¹¹⁴, instrumentos previstos nos contratos de concessão. O reajuste normalmente é anual, e refere-se a uma recomposição do valor da tarifa, teoricamente desgastada pelo aumento de custos, via de regra baseada em algum índice que reflita a inflação. Já a revisão, é um processo bem mais complexo, que envolve um amplo estudo econômico do setor, e normalmente se dá em um prazo maior, embora essa definição fique a cargo do contrato de concessão.

No setor de energia elétrica, a ANEEL não delegou à ARCE a competência de definir tarifas, ficando todo o processo a cargo da Agência Federal¹¹⁵. Como a ARCE é identificada pela população como ente regulador do setor de energia no Estado, por vezes a Agência é cobrada pela sociedade sobre questões tarifárias do setor elétrico, quando na verdade não detém nenhum papel nesse processo. A rigor nada impediria que a ANEEL também delegasse à ARCE a atribuição de

¹¹⁴ Os conceitos de reajuste e revisão tarifárias podem conter algumas diferenças conforme cada contrato de concessão.

¹¹⁵ Nesse ponto, em função de aspectos do federalismo de cada país, o modelo brasileiro diverge do norte-americano, uma vez que naquele país as questões tarifárias são de competência das agências estaduais, e não da agência federal.

definir as tarifas do setor, todavia essa delegação esbarra em impeditivos concretos, como a inexistência de pessoal, em quantidade suficiente, para empreender essa tarefa. Todavia, é recomendável que a agência estadual consiga um nível maior de inserção nesse processo, uma vez que independente de ser ou não responsável por essa função, continuará sendo questionada e demandada pelos usuários cearenses acerca de informações sobre o assunto. Além disso, como a ANEEL detém considerável *know-how* sobre o tema, essa experiência pode ser útil à ARCE como referência, no que se aplicar, às análises tarifárias dos outros setores.

No serviço público de distribuição de gás canalizado, cabe à ARCE, segundo aditivo ao contrato de concessão do serviço¹¹⁶, homologar reajustes e proceder a revisão de tarifas, em conformidade com critérios e metodologias definidas no instrumento contratual. Os reajustes são de iniciativa da empresa concessionária, a CEGÁS, passando a vigorar de imediato, embora esta deva submetê-los à homologação da ARCE. Chama atenção o prazo de sete dias para a homologação, estabelecido no contrato de concessão, extremamente exíguo para que possa realizar no tempo adequado uma audiência pública sobre o tema¹¹⁷, e a vigência imediata do reajuste, antes inclusive da homologação, o que não se justifica, a não ser em um cenário econômico com altos índices de inflação. A revisão, por sua vez, deve ocorrer anualmente por iniciativa da ARCE, ou extraordinariamente, a pedido da concessionária, quando ocorrerem causas que ponham em risco o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

No que concerne ao serviço público de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, a legislação do setor¹¹⁸, estabelece de forma genérica que cabe ao Poder Concedente a definição das tarifas. De forma mais específica o convênio

¹¹⁶ Contrato de concessão para exploração industrial, comercial, institucional, e residencial dos serviços de gás canalizado no Estado do Ceará, firmado, em 30 de dezembro de 1993, entre o governo do Estado, como poder concedente, e a Companhia de Gás do Ceará – CEGÁS.

¹¹⁷ Esse prazo foi definido em um ambiente de inflação alta, que era o cenário vigente, quando o contrato foi estabelecido.

¹¹⁸ Lei N° 13.094 e Decreto N° 26.103, ambos de 12 de janeiro de 2001

firmado entre a ARCE, o DERT, o DETRAN e a SEINFRA, em 2002¹¹⁹ estabelece a ARCE como instituição responsável por fixar critérios para o estabelecimento, reajuste, revisão e homologação de tarifas. Ressente-se de uma definição mais clara sobre o papel de cada instituição nesse processo. Em termos concretos, o DERT vem realizando os cálculos tarifários e submetendo-os à homologação da ARCE.

Já no serviço público de saneamento básico, como não existe marco regulatório estadual referente ao setor, o convênio firmado entre a ARCE, a CAGECE e a SEINFRA em 2001¹²⁰, estabelece que a CAGECE deve submeter à análise prévia da ARCE as propostas de reajustes e de revisão de tarifas e estruturas tarifárias, cabendo à Agência realizar estudo das propostas e encaminhar parecer opinativo à SEINFRA. Por se restringir a um parecer meramente opinativo, a Agência não detém o poder desejável nessa área, abrindo caminho, em tese, para encaminhamentos não totalmente técnicos ou conduções corporativistas da questão tarifária, muito embora, seja necessário reconhecer que os sucessivos governos do Estado, até o momento sempre seguiram a orientação expressa nos pareceres opinativos da ARCE.

Na execução dos processos de reajustes e revisões tarifárias, a ARCE realiza audiências públicas, como forma de dar transparência e obter subsídios para as suas decisões. Observa-se, como também nas audiências públicas sobre outros assuntos, uma participação quase insignificante da população, o que em parte pode ser explicado pelo caráter extremamente técnico do assunto, que envolve consideráveis conhecimentos de economia e contabilidade.

De forma geral observa-se a necessidade de uma maior uniformização no que diz respeito à atuação da ARCE nas questões tarifárias dos diferentes setores

¹¹⁹ Convênio N° 01/SEINFRA/DERT/DETRAN/ARCE-2002, firmado em 01 de outubro de 2002.

¹²⁰ Convênio N° 20/2001 firmado entre a SEINFRA, a ARCE, e a CAGECE. Esse convênio abrange todos os municípios operados pela CAGECE com exceção de Fortaleza, onde a ARCE não recebeu a delegação de regular o setor, e Juazeiro do Norte, onde a atuação da ARCE está prevista em lei municipal e em convênio firmado diretamente com o Município.

submetidos à regulação. As diferentes abordagens de atuação em cada setor, decorrentes da legislação atual, além de inadequadas, dificultam a percepção da população em relação ao trabalho da Agência. Evidentemente, que as circunstâncias de cada setor podem eventualmente impor ajustes finos na condução das questões tarifárias, todavia a linha geral de atuação, compreendendo o papel da ARCE, os procedimentos fundamentais, e os prazos envolvidos, deveria seguir uma diretriz única.

6.3.5. INTERAÇÃO COM A SOCIEDADE, TRANSPARÊNCIA, CONTROLE SOCIAL, E ACCOUNTABILITY

A interlocução da agência reguladora com a sociedade é um dos pressupostos fundamentais de sua atuação. Como a regulação busca o equilíbrio dos interesses envolvidos na prestação dos serviços públicos, é necessário que todos os atores envolvidos na prestação desses serviços, isto é, usuários, concessionária, e Poder Concedente, possam interagir na defesa legítima dos seus interesses com a agência reguladora. À medida que todos esses grupos de interesses detenham a capacidade equânime de interagir com o ente regulador, cria-se um sistema de vigilância mútua entre esses interesses, dificultando a captura da agência reguladora por qualquer um deles, e fortalecendo o princípio técnico nas decisões regulatórias¹²¹. Existem ainda outros objetivos, como a divulgação e o fortalecimento institucional da instituição reguladora, e principalmente a possibilitação do controle social e *accountability*, não só direcionados aos entes regulados, mas também à própria agência reguladora, que podem ser reforçados a partir de um maior diálogo com a sociedade. Para tanto a Agência deve disponibilizar mecanismos que não só possibilitem, mas estimulem essa interação.

Os mecanismos de interação da ARCE com a sociedade compreendem regularmente a realização de audiências públicas, eventos para apresentação de aspectos regulatórios, distribuição de material educativo ou publicações técnicas sobre os serviços públicos regulados, e as iniciativas clássicas de comunicação social e relacionamento com a imprensa. Ocasionalmente a Agência executa projetos específicos para a divulgação de suas atividades¹²².

¹²¹ As razões que justificam uma intensa interlocução da agência reguladora com os segmentos representativos da sociedade foram amplamente discutidas nessa dissertação no capítulo intitulado “ASPECTOS FUNDAMENTAIS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS”

¹²² Um exemplo foi a execução, durante o ano de 2006, do projeto “Regulação a Serviço da Cidadania”, no qual, por meio de uma parceria entre a ARCE e a Universidade de Fortaleza, montou-se um estande itinerante que divulgava a atuação da Agência, além de distribuir material educativo e tirar dúvidas da população acerca dos serviços públicos regulados.

Um conceito chave no que diz respeito à interação com a Sociedade diz respeito à transparência e a disponibilização de informações. Observa-se um considerável grau de transparência na atuação da ARCE. Além dos requisitos formais de publicidade e transparência como, por exemplo, a publicação das decisões das atas de reuniões do Conselho Diretor no Diário Oficial, a Agência disponibiliza em outros instrumentos, principalmente na página da Instituição na *Internet* e no Relatório Anual da Agência, informações esclarecedoras sobre indicadores técnicos, fiscalizações, estatísticas das reclamações de usuários e julgamentos do Conselho Diretor. Um outro exemplo são os processos de revisão e reajuste tarifário, nos quais a ARCE divulga no Diário Oficial do Estado e em jornal de grande circulação chamada para audiência pública, disponibilizando na *internet* nota técnica descrevendo a análise tarifária e o posicionamento da Agência, e ainda solicitando sugestões ou críticas da população que possam servir para o aperfeiçoamento da decisão a ser tomada pela Agência.

Uma questão que tem se observado, é que não obstante os esforços da ARCE para atuar de forma transparente, e interagir de forma mais intensa com os segmentos representativos da população, a resposta da sociedade em termos de participação no processo regulatório ainda é extremamente pequena. Tome-se como exemplo as audiências públicas. Não só as audiências públicas realizadas pela internet, como também aquelas presenciais¹²³, tem tido insucesso em atrair quantidade significativa de interessados¹²⁴. Portanto impõe-se à Agência o desafio de encontrar, além dos meios tradicionais, outros formatos que sejam atrativos e estimulem a participação da sociedade no procedimento regulatório, quer seja

¹²³ Existem dois tipos de audiência pública na ARCE . As audiências do tipo “intercâmbio documental” são audiências virtuais, realizadas pela *internet*, onde os interessados têm acesso aos posicionamentos da Agência, e participam enviando suas manifestações por *e-mail*. As audiências do tipo “presenciais” acontecem em uma sessão pública com a presença de representantes da Agência , sendo facultado a palavra a todos os que queiram se manifestar.

¹²⁴ Um exemplo concreto foi a audiência pública realizada no plenário da Assembléia Legislativa do Estado, em junho de 2007, para apresentação do relatório anual da ARCE. Mesmo tendo sido efetuados esforços consideráveis na divulgação da audiência, e sendo um excelente momento para que a sociedade exerça o seu papel quanto ao controle social e *accountability*, a participação da sociedade, e até dos membros do Poder Legislativo foi muito aquém do esperado.

cobrando um serviço público de qualidade, quer seja cobrando uma regulação que consiga atingir seus objetivos.

Nesse sentido, a observação de experiências bem sucedidas em outras agências reguladoras pode servir de referência à ARCE. No Brasil, quatro práticas adotadas por outras agências merecem ser consideradas. A primeira delas diz respeito a tornar pública as reuniões do Conselho Diretor. Um exemplo dessa iniciativa é a ANEEL, onde as reuniões além de transmitidas pela *internet*, são abertas a qualquer cidadão que queira assisti-las¹²⁵. Para isso faz-se necessária a divulgação prévia das pautas e a definição de um procedimento disciplinando a participação dos interessados nas reuniões do Conselho Diretor.

A segunda experiência foi posta em prática pela agência da Bahia, a AGERBA, com o nome de “Projeto Crescendo” e trata-se de uma ampla iniciativa daquela agência com o objetivo de divulgar os direitos e deveres dos consumidores de energia elétrica e transportes intermunicipais de passageiros junto à rede pública de ensino fundamental e médio do Estado da Bahia. Trata-se de uma parceria entre a AGERBA, a ANEEL, o governo do Estado, e os municípios baianos, por meio do qual são formados multiplicadores que repassam para os professores da rede pública metodologia e material didático contendo livros, vídeos e mídia digital, acerca de temas concernentes aos serviços públicos regulados, com ênfase nos direitos e deveres dos usuários e nos aspectos de cidadania referentes a esses serviços. A partir daí, esses conteúdos são incorporados à grade curricular dos alunos da rede pública. Dessa forma a AGERBA vem conseguindo uma interação, de forma sistematizada, e em larga escala, com um público que em poucos anos estará contratando diretamente os

¹²⁵ Existem regras estabelecidas pela ANEEL que disciplinam a participação dos cidadãos interessados nas reuniões da Diretoria.

serviços públicos¹²⁶, portanto potencialmente interagindo com a agência reguladora.

A terceira experiência a ser citada como referência é o cadastro de usuários voluntários, implementado pela AGERGS, agência do Rio Grande do Sul, instituído pela lei¹²⁷ que instituiu o Código Estadual de Qualidade dos Serviços Públicos naquele Estado. Esse código define uma série de indicadores relativos aos serviços públicos, delegados ou não, e estabelece que a AGERGS e a Secretaria da Coordenação e Planejamento atribuirão metas relativas a esses indicadores para períodos de quatro anos, com revisões anuais obrigatórias¹²⁸, estabelecendo ainda premiações e sanções em função do desempenho apresentado no alcance das metas. O acompanhamento desses indicadores tem como objetivo balizar e avaliar a qualidade dos serviços públicos. Trimestralmente a AGERGS e a Secretaria de Coordenação e Planejamento obrigam-se a enviar para a Assembléia Legislativa do Estado relatórios acerca da evolução dos indicadores. Além disso, ao menos uma audiência pública anual deve ser realizada por essas instituições para explicar aos interessados a evolução dos serviços públicos. A participação no cadastro de usuário voluntários, também previsto no Código, é facultada a todo cidadão maior de idade, residente no Estado, cabendo aos seus participantes receber periodicamente informações sobre os serviços públicos e, em contrapartida, nos termos definidos pela AGERGS e Secretaria da Coordenação e Planejamento, opinar sobre a qualidade dos serviços públicos de que forem usuários. Concretamente cria-se um instrumento de controle social e *accountability*, a partir dos relatórios trimestrais e audiências públicas, e efetiva-se um canal direto de interlocução com os

¹²⁶ Segundo o sítio da AGERBA na *internet*, até 2006 o “Projeto Crescendo” já havia capacitado 3.984 professores, de 1.446 escolas, em 290 municípios, atingindo um total de 1.137.970 alunos. A nível nacional a AGERBA já recebeu alguns prêmios em reconhecimento pelo projeto.

¹²⁷ Lei N° 11.075, de 06 de janeiro de 1998, do Estado do Rio Grande do Sul.

¹²⁸ A AGERGS é responsável pela definição das metas relativas aos serviços públicos delegados, enquanto a Secretaria de Coordenação e Planejamento pela definição das metas relativas aos outros serviços públicos como saúde pública, educação básica, segurança pública, proteção do meio ambiente, justiça, assistência social.

consumidores de serviços públicos que fazem parte do cadastro de usuários voluntários.

Por fim, a última experiência relevante, é a estruturação de comissões *ad hoc* para ampliar o debate e fomentar a participação equânime dos atores envolvidos na prestação do serviço público, na discussão e encaminhamento de temas regulatórios específicos. Essa experiência, não exatamente nesses termos, é registrada em outras agências, a exemplo da ANVISA e da ANATEL¹²⁹. Essas comissões, que não possuem caráter deliberativo, devem ter seu funcionamento disciplinado pela agência reguladora, e participação proporcional dos segmentos interessados no serviço público específico, ajudando a ampliar os níveis de participação da sociedade no processo regulatório.

Percebe-se, conforme já enfatizado anteriormente, que sem prejuízo das formas tradicionais de dar publicidade e transparência aos seus atos, a ARCE deve buscar novas formas de fomentar a participação pública na sua atuação. Essa participação serve a várias causas. Por um lado fortalece e legitima a atuação da Instituição, servindo ainda para equilibrar os interesses conflitantes em cada serviço público, e aperfeiçoar o conteúdo dos atos regulatórios. Por outro lado constitui-se em um forte instrumento de controle social e *accountability* da atuação da Agência, requisitos essenciais para evitar riscos de ineficiência e captura do ente regulador.

¹²⁹ Nessas agências, os comitês ou comissões tem o objetivo de subsidiar as decisões de natureza regulamentar da diretoria das agências, tendo mandatos e regras de funcionamento estabelecidos nos regimentos dessas instituições, que devem prover meios para o seu funcionamento.

6.3.6. O PAPEL DA ARCE NA FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Uma afirmação aceita por grande parte, senão a maioria, dos estudiosos da regulação é que há uma divisão bem delineada de papéis em relação às políticas públicas relativas aos serviços públicos de infra-estrutura. Por esta afirmação a formulação das políticas públicas fica a cargo dos políticos eleitos e de um seletivo grupo próximo a estes, e a implementação dessas políticas é de responsabilidade das agências reguladoras.

A reforma do Estado teorizada e parcialmente implementada no governo Fernando Henrique Cardoso partia dessa perspectiva de divisão de papéis, não somente para os setores de infra-estrutura, mas para o setor público de uma forma geral, como nos relata Bresser Pereira (1998, p. 102):

“Dentre as atividades exclusivas de Estado podemos distinguir : o núcleo estratégico, no qual as políticas públicas são definidas; e as agências descentralizadas que executam políticas públicas que pressupõem o uso do poder de Estado. No núcleo estratégico, são definidas as leis e políticas públicas. É um setor relativamente pequeno, formado no Brasil, no nível federal, pelo Presidente da República, pelos ministros de Estado, pelos parlamentares, pelos magistrados (pelos tribunais federais encabeçados pelo Supremo Tribunal Federal) e pelos procuradores do Ministério Público¹³⁰. Fazem parte do núcleo estratégico os altos administradores públicos que, nos três poderes, são responsáveis pela administração do Estado. Nos níveis estadual e municipal existem os correspondentes núcleos estratégicos. O setor das agências descentralizadas, que executam políticas públicas com poder de Estado, é formado por aquelas atividades ou funções por meio das quais o Estado exerce seu poder de policiar, de defender o país, de representá-lo internacionalmente, de regulamentar, de julgar, de fiscalizar, de tributar, de realizar transferências. Este setor inclui a polícia, as forças armadas, os órgãos de fiscalização e de regulamentação e os órgãos

¹³⁰ A inclusão dos magistrados e procuradores como sendo parte do núcleo onde se definem as leis e as políticas públicas é questionável. Possivelmente o autor Bresser Pereira considerou a influência que estes detêm na formulação dessas políticas, principalmente fruto do fato de que cabem a eles interpretá-las e fiscalizar o seu cumprimento.

responsáveis pelas transferências de recursos, como o Sistema Único de Saúde (SUS), o sistema de auxílio-desemprego, etc.”

Não obstante essa divisão teórica de papéis quanto às políticas públicas seja coerente¹³¹ e consonante com os princípios democráticos, a experiência prática nos revela que a fronteira que separa a formulação e a execução de políticas públicas é muito tênue, possibilitando em algumas ocasiões uma relação de interdependência¹³² entre quem formula e quem executa. Por um lado, as políticas públicas condicionam a execução da ação regulatória, e por outro lado, a atuação regulatória é que torna possível a implementação das políticas públicas¹³³.

Considerando que o objetivo maior do ente regulador é o equilíbrio sistêmico do setor regulado, essa relação de interdependência enseja duas questões essenciais: 1) O que fazer quando as políticas públicas, ou a ausência delas, definidas para um determinado serviço público, colocam em risco o equilíbrio e a sustentabilidade do setor; 2) O que fazer, quando as políticas públicas definidas para um determinado serviço público, mesmo prevendo o exercício da regulação, não ratificam os seus pressupostos essenciais¹³⁴, descaracterizando a atuação do ente regulador, e inviabilizando a consecução dos seus objetivos.

A resposta a essas duas perguntas parece estar em uma atuação da agência reguladora pautada pelo equilíbrio entre não invadir uma competência que

¹³¹ Subtrair do poder político eleito a competência, ainda que parcialmente, de formular políticas públicas, significaria um duro golpe nos princípios democráticos, uma vez que os políticos eleitos representam a vontade da maioria da população.

¹³² Não confundir esse conceito de interdependência, achando que se contrapõe ao requisito de independência decisória, fundamento essencial das agências reguladoras. Essa interdependência não se refere ao processo de tomada de decisão da agência reguladora, este sim, deve ser totalmente independente de influências do poder político.

¹³³ Os conceitos de políticas públicas, políticas de governo, políticas de Estado, e políticas regulatórias foram discutidos anteriormente nessa dissertação no tópico intitulado “INDEPENDÊNCIA DECISÒRIA”

¹³⁴ Independência decisória, autonomia administrativa e financeira, especialidade técnica, poder sancionatório, etc.

não é sua, a de formular políticas públicas, e não se omitir em relação à necessidade de diagnosticar a conveniência da adequação dessas políticas, sempre que ponham em risco o equilíbrio e a sustentabilidade do setor regulado, exercendo o que Floriano Marques Neto (2003, p.26) chamou de poderes de recomendação¹³⁵.

Essa tarefa não é fácil, uma vez que pressupõe o entendimento conceitual correto da atividade de regulação, o que nem sempre está presente nos reguladores, e um estilo de liderança e atitude, por parte da direção das agências, que permitam em algumas ocasiões contrapor-se à visão do Poder Político. A omissão em relação a essa tarefa pode implicar em resultados desastrosos para a sociedade¹³⁶.

Nesse contexto, entende-se que além de implementar as políticas públicas setoriais, cabe às agências reguladoras, agir de forma reativa ou pró-ativa, para subsidiar a sua formulação ou a sua adequação. A Lei de criação da ARCE corrobora essa tese em alguns dos seus dispositivos, quando além de definir como um dos objetivos da Agência a implementação das diretrizes estabelecidas pelo Poder Concedente¹³⁷, cita ainda poderes de direção e planejamento nos serviços públicos submetidos à competência da Instituição¹³⁸. Como a direção e planejamento dos setores regulados não cabem diretamente à Agência, tem-se que entender esse dispositivo de forma mais ampla, caracterizando a participação da ARCE nessas atribuições de forma indireta, subsidiando os responsáveis pela formulação de políticas públicas. Em outro artigo¹³⁹, há ainda de forma mais direta

¹³⁵ Poderes de recomendação consistem na prerrogativa, muitas vezes prevista na lei que cria a agência, do regulador subsidiar, orientar ou informar o poder político, recomendando medidas ou decisões a serem editadas no âmbito das políticas públicas (MARQUES NETO, 2003).

¹³⁶ Exemplos emblemáticos das consequências dessa omissão são os casos do apagão de energia no governo Fernando Henrique Cardoso, e a crise do setor aéreo no Governo Lula.

¹³⁷ Lei N° 12.786, art. 8°, inciso II.

¹³⁸ Lei N° 12.786, art. 3°.

¹³⁹ Lei N° 12.786, art. 8°, inciso VII.

a previsão de prestar consultoria técnica relativamente aos contratos de concessões e termos de permissões, embora mediante solicitação do Poder Concedente.

Os instrumentos usados para concretizar os poderes de recomendação das agências em relação às políticas públicas, podem tomar várias formas como, por exemplo, o envio de expedientes aos formuladores de políticas públicas, a realização de eventos para discutir o assunto, envolvendo a participação do Poder Concedente, e a elaboração de diagnósticos setoriais. Independente do instrumento usado é necessário que os requisitos de transparência permeiem todo esse processo, uma vez que novamente o ente regulador exerce um papel singular na efetivação do controle social e *accountability* do serviço público regulado.

Além dos argumentos já expostos, é de se convir que o conhecimento acumulado pela Agência sobre as nuances de cada setor regulado é único na máquina pública, razão pela qual não faz sentido o Poder Político abdicar do uso desse conhecimento na formulação das políticas relativas aos serviços públicos regulados.

O exame da atuação da ARCE revela que a Agência procurou em determinadas ocasiões subsidiar a formulação ou o ajuste das políticas públicas setoriais. Um exemplo concreto foi a articulação da Agência recomendando a contratação de estudo pelo Poder Concedente para a formulação de um plano diretor para o setor de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros. Talvez a Agência necessite, e isso ficou claro em algumas entrevistas realizadas, adotar uma postura mais pró-ativa em relação a esse encaminhamento. Há que se considerar, como já enfatizamos, que em certa medida o estilo de liderança dos diretores irá determinar essa postura. Todavia, observa-se que ultimamente a ARCE tem procurado tomar a iniciativa quanto a essas questões. Um caso que revela essa postura foi a iniciativa da Agência de elaborar internamente minutas de leis para os setores de gás canalizado, saneamento básico, e transporte

rodoviário intermunicipal de passageiros, cobrindo lacunas existentes, como é o caso de saneamento básico e gás canalizado, e reformulando aquelas já vigentes, especificamente no setor de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros. Além disso, o diagnóstico da ARCE em relação à necessidade de mudanças na legislação, foi feito de forma transparente, sendo inclusive divulgada no Relatório Anual da Agência¹⁴⁰.

Adicionalmente cabe uma outra questão. A universalização dos serviços públicos, especialmente prestados em padrões de qualidade aceitáveis, deve ser uma das diretrizes, senão a principal, na formulação de políticas públicas, portanto responsabilidade direta de quem formula a política pública, ou seja, o Poder Concedente. Por sua vez o papel do ente regulador na universalização desses serviços, muitas vezes é explicitamente previsto na legislação. Tome-se o exemplo da ARCE. A Lei 12.786, que instituiu a Agência, prevê em seu artigo 39, que a ARCE regulará as obrigações de universalização, e em seu artigo 40, prevê ainda que a ARCE elaborará plano específico estabelecendo metas periódicas relativas às obrigações de universalização e as submeterá à aprovação do Poder Executivo. Desta forma atribui papel relevante à Agência em relação ao tema. Todavia, a mesma Lei, em seu artigo 5º, ao listar os objetivos fundamentais da Instituição, observa, em seu inciso VI, que a ARCE deverá buscar a universalização e melhoria dos padrões de qualidade dos serviços regulados, ressalvando a competência do Estado quanto à adoção de políticas de investimento. Ao fazer essa ressalva, a Lei 12.786, acaba por reconhecer a limitação do ente regulador quanto à questão da universalização. Uma vez que a política de investimentos é fundamental para a universalização dos serviços públicos, e cabe ao Estado defini-la, fica claro que, neste modelo, existe uma considerável limitação da agência reguladora no que diz respeito aos objetivos de universalização dos serviços públicos regulados.

Por outro lado, isso não deve significar a omissão do regulador sobre a questão. Há outras formas da agência reguladora manejar suas competências

¹⁴⁰ Relatório Anual ARCE 2006

buscando estimular a universalização, quer seja por meio da regulamentação de aspectos técnicos e comerciais da prestação do serviço, quer seja por meio de mecanismos tarifários, como a implementação de subsídios cruzados, desde que previstos nas políticas públicas setoriais.

Quanto aos resultados alcançados pela ARCE na busca pela universalização dos serviços públicos, não há registros que nos permitam objetivamente formar juízo de valor. A ação da Agência em relação à universalização tem tido muito mais um cunho indireto. Tome-se como exemplo o setor de energia elétrica. A ARCE participa do Comitê Gestor do Programa de Universalização de Energia Elétrica, conhecido como “Luz Para Todos”. De fato progressos consideráveis têm sido feitos nesse campo, mas não se pode creditar exclusivamente à agência reguladora esse resultado, embora cumpra papel importante, uma vez que esse comitê aprova e prioriza as ações de universalização no setor, e a participação do ente regulador confere credibilidade técnica a essas análises, contrapondo-se a possíveis encaminhamentos políticos do assunto. Nos outros setores há sérias limitações ao papel da Agência quanto à universalização. No serviço público de saneamento básico no Ceará, a grande limitação à universalização dos serviços de água, e principalmente de esgoto, é a quantidade de investimentos necessários. Esses investimentos passam pela decisão do Poder Executivo que controla a empresa operadora do serviço. Atualmente, segundo dados do Relatório Anual da ARCE referente a 2006, a rede de abastecimento de água nos sistemas operados pela CAGECE chega a 96% da população, enquanto o serviço de esgotamento sanitário atinge aproximadamente 34%. Já no serviço público de distribuição de gás canalizado, existem duas variáveis incontroláveis pela Agência: a existência de mercado que justifique altos investimentos na malha de distribuição, e a garantia de que haverá gás em volume suficiente para ser distribuído no Estado, uma vez que a Petrobrás controla a produção da *commodity*, e encontra-se fora do escopo regulatório da ARCE. Por fim, no serviço público de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, a disponibilização do serviço atinge a 87% dos municípios do Estado, conforme

estudos do PDOTIP – Plano Diretor e Operacional do Transporte Intermunicipal de Passageiros do Estado do Ceará.

A partir das entrevistas realizadas, e análises documentais da ARCE, nota-se que os objetivos de universalização até o momento foram tratados de forma pontual e indireta pela Agência. Faz-se necessário tratar o tema com mais ênfase. Nesse sentido, a produção de estudos técnicos específicos, ou a realização de seminários sobre o assunto poderiam, além de cumprir o papel de subsidiar o Poder Executivo acerca dessa questão, induzir à participação da sociedade nessa discussão, proporcionando níveis de controle social e *accountability* desejáveis a esse processo.

Resta concluir que a atuação da Agência, subsidiando o Poder Político na formulação das políticas públicas setoriais é extremamente desejável, tendo em vista o conhecimento que o ente regulador detém de cada serviço público regulado, e a relação de interdependência entre a formulação e a implementação dessas políticas. O poder de recomendação deve ser manuseado pela Agência, sob pena da sua omissão redundar em consideráveis prejuízos à Sociedade, como tem nos mostrado experiências recentes no nível federal. Cabe à ARCE exercer essa prerrogativa consolidando uma atuação de forma menos burocrática e mais pró-ativa, como parece ser o caminho adotado pela Agência recentemente. No tocante ao papel da ARCE na questão da universalização dos serviços públicos, é desejável que a Agência adote uma postura mais incisiva em relação ao assunto, subsidiando e recomendando ao Poder Executivo a adoção de medidas concretas que permitam avançar nesse tema.

6.3.7. DIFICULDADES NA REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS OPERADOS PELO ESTADO

A regulação surgiu nos Estados Unidos já em um cenário onde o Estado não operava diretamente os setores de infra-estrutura, a cargo da iniciativa privada, portanto a forma natural de intervir e controlar esses setores era via regulação. Posteriormente, tanto na Europa¹⁴¹, quanto no Brasil, as reformas regulatórias aconteceram em um contexto de reforma do Estado¹⁴² em meio a uma onda de liberalização da economia e estímulo à participação da iniciativa privada nesses setores.

Observa-se, portanto que as agências reguladoras constituem-se no principal instrumento de manutenção do controle e intervenção indireta em setores não operados diretamente pelo Estado. A existência das agências reguladoras é decorrência de mudança de paradigma de um Estado produtor e provedor de produtos e serviços de infra-estrutura, para um Estado regulador desses mesmos serviços. A transposição dessa lógica regulatória para um cenário onde o Estado ainda opera diretamente o serviço público não é impossível, embora requeira outras justificativas, e apresente dificuldades adicionais.

Essas dificuldades podem ser resumidas em três pontos: 1) a dificuldade de se justificar o controle indireto do Estado, via agência reguladora, em um setor onde já há o controle direto, via cadeia de comando, nas empresas estatais ou de economia mista que operam no setor, o que causaria uma redundância desnecessária; 2) a possibilidade de ingerências políticas na administração das empresas reguladas, quando estatais ou de economia mista, que tragam conseqüências indesejadas à prestação do serviço público, e; 3) manifestação de

¹⁴¹ Embora, em certos países europeus, alguns serviços públicos ainda sejam operados diretamente pelo Estado, as diretrizes gerais da União Européia, as quais os países-membros, devem seguir conforme o princípio da subsidiaridade, são no sentido da desverticalização e liberalização dos setores de infra-estrutura.

¹⁴² O tema “reforma do Estado” foi amplamente discutido anteriormente nessa dissertação no tópico intitulado “A REFORMA DO ESTADO E A CRIAÇÃO DAS AGÊNCIAS NO BRASIL”

interesses corporativistas que se revelam na resistência dos quadros dessas empresas, em se submeterem às competências de uma agência reguladora.

O primeiro ponto levantado configura-se em um sofisma. Imaginar que o fato de ser uma empresa do Estado por si só consagraria a defesa do interesse público, é um equívoco. A formação do espírito de corpo, e os interesses da corporação, muitas vezes apontam para direção diversa daquela trilhada pelo interesse público. A corporação opera em uma racionalidade empresarial, mais afeta aos interesses dos seus *stakeholders*, portanto na defesa do interesse público justifica-se a presença de um ente regulador com forte atuação fiscalizatória, inclusive com poder sancionatório.

O segundo ponto revela a dificuldade adicional das agências quanto ao tratamento de possíveis ingerências políticas na condução das empresas reguladas, quando estas são controladas pelo Estado. A contraposição, por parte das agências, a essas ingerências políticas requer mais do que nunca independência do ente regulador, e rigor por parte da direção dessas instituições.

O terceiro ponto refere-se às resistências corporativistas das empresas reguladas, controladas pelo Estado, a submeter-se à competência das agências reguladoras. Esse fato requer uma dose extra, não somente de rigor, mas principalmente de habilidade dos reguladores, em fazer ver que a regulação pode ser algo benéfico para a empresa, uma vez que concorre para o aperfeiçoamento de suas atividades.

De fato, a ARCE foi pensada para atuar regulando setores operados pela iniciativa privada. A privatização da COELCE foi a causa motivadora da criação da Agência, mas com exceção da CAGECE¹⁴³, os outros serviços públicos ou já eram operados por empresas privadas, como é o caso do serviço de transporte

¹⁴³ No setor de saneamento básico, dado questões peculiares como a inexistência de mercados economicamente sustentáveis na maioria dos municípios, não houve intenção, ao menos no curto e médio prazo de privatizar a Companhia.

rodoviário intermunicipal de passageiros, ou pretendia-se privatizá-lo, como é o caso da CEGAS¹⁴⁴.

Observando-se a atuação da ARCE nesses dez anos decorridos desde a sua Lei de criação, registra-se a ocorrência de dificuldades adicionais quando os serviços públicos são operados diretamente pelo Estado por meio de sociedades de economia mista, sobre as quais detém o controle acionário.

A regulação do serviço público de saneamento básico, operado pela CAGECE, sociedade de economia mista, ilustra bem essa tese. Inicialmente ocorreu uma certa resistência da média gerência daquela instituição em atender as solicitações da ARCE, manifestando-se em atrasos nas respostas às demandas da Agência, no descumprimento de determinações emanadas do agente regulador¹⁴⁵, e mesmo no repasse financeiro previsto no convênio firmado entre a ARCE, a CAGECE e a SEINFRA para custear a regulação do setor. Aparentemente, essa resistência esteve localizada no corpo técnico e na média gerência da Instituição, eventualmente encontrando algum respaldo na direção daquela empresa. As entrevistas realizadas com alguns profissionais da ARCE nos foram unânimes em apontar uma certa dificuldade da CAGECE em aceitar a atuação da Agência. Todavia, registrou-se também nessas entrevistas a mudança de postura gradual da Empresa, passando a ter uma relação institucional bem mais positiva com a Agência. Essa mudança de postura parece ter sido conseqüência de duas constatações: 1) A regulação foi gradativamente identificada como algo que pode ser útil à empresa ajudando-a a tornar-se mais eficiente; e 2) A direção da ARCE teve a habilidade de interlocução necessária e conseguiu estabelecer um clima de cooperação entre as instituições. Registre-se que dada as alternâncias no Poder Político, e conseqüentemente na direção da CAGECE, essa relação pode sofrer revezes.

¹⁴⁴ Houve a intenção de privatizar a CEGÁS no governo Tasso Jereissati. Estudos foram feitos nesse sentido, todavia o baixo valor com que a empresa foi avaliada, desestimulou essa iniciativa.

¹⁴⁵ É bem verdade que a atuação da ARCE nesse setor se configura como uma regulação muito branda, haja vista não estarem presente os fundamentos essenciais à essa atividade, como o poder sancionatório e a definição de tarifas. Assim a ARCE perde muito da sua capacidade de fazer cumprir as suas determinações.

No setor de gás canalizado constata-se também uma certa resistência da CEGÁS, manifestada principalmente na demora em atender as solicitações da ARCE, e no questionamento aos regulamentos da Agência. Recentemente a CEGÁS manifestou, por meio de entrevista do seu Presidente aos jornais locais, descontentamento com a condução da ARCE no processo de revisão tarifária ocorrido no início de 2007. De fato, a ARCE não homologou o índice de reajuste pretendido pela Companhia, definindo um percentual mais baixo de aumento da tarifa. De qualquer forma, diferentemente do que acontece no setor de saneamento básico, a ARCE detém um poder regulatório mais efetivo, inclusive com capacidade sancionatória sobre a empresa. Um teste para a relação regulador-regulado será o atendimento por parte da CEGÁS aos requisitos de segurança e qualidade definidos pela ARCE em resoluções do setor¹⁴⁶. As resoluções estabelecem prazos para a adequação da CEGÁS a esses requisitos, e o cumprimento desses prazos será um indicativo da relação entre a Agência e a Concessionária.

Como se viu, a regulação de entes de natureza estatal reveste-se de dificuldades adicionais, quer seja por interesses da corporação, quer seja por uma questão cultural, quer seja por potenciais interferências políticas. Dois fatores podem contribuir fortemente para que a agência reguladora consiga contornar essas dificuldades. O primeiro deles é o estilo de liderança e atuação da diretoria do ente regulador. Há que haver rigor na condução das ações da agência, evitando concessões descabidas ou abrandamentos de atitudes que não seriam observados se a empresa regulada fosse privada. O segundo deles, complementar ao primeiro, passa novamente pela capacidade da agência, por meio de uma atuação transparente, fomentar níveis de controle social e *accountability*, que possam funcionar como instrumentos de pressão, forçando as empresas reguladas ao cumprimento das determinações regulatórias.

¹⁴⁶ Resolução ARCE N° 60, que estabelece as disposições e os requisitos básicos relativos à garantia da qualidade na prestação do serviço público de distribuição de gás canalizado, e Resolução ARCE N° 59, que disciplina as condições gerais de fornecimento de gás canalizado.

7. CONCLUSÕES

Nos últimos anos, e acentuadamente no Governo Fernando Henrique Cardoso, operou-se no Brasil uma significativa mudança de paradigma acerca do papel do Estado. Com efeito, passa-se de um modelo onde este atua na economia como produtor de bens e provedor de serviços, para um modelo que reserva para o Estado o papel de regulador. Essa mudança, na verdade, não aconteceu exclusivamente no Brasil, mas em vários outros países, com diversos graus de intensidade. As justificativas para tanto residem em um cenário de crise generalizada que desde a década de 1970 alcançou várias nações, manifestando-se em dificuldades fiscais, degradação do crescimento econômico, incapacidade de investimento, e episódios inflacionários, dentre outros.

Essas mudanças desembocaram em um modelo onde os setores de infraestrutura da economia nacional, considerados serviços públicos, tais como energia elétrica, e telecomunicações, passaram a ser operados, em grande parte, pela iniciativa privada, por meio de concessões, cabendo ao Estado manter o controle, uma vez que é o responsável final por esses serviços, todavia sem operá-los diretamente. Os instrumentos criados para implementar esse controle e possibilitar esse modelo foram as agências reguladoras.

Independente de enquadramentos ideológicos, o fato é que as agências reguladoras ganharam corpo no Brasil, tanto a nível federal, quanto nos estados da federação. E a sua atuação repercute na vida dos cidadãos comuns. Tomem-se como exemplos os serviços públicos de energia elétrica, saneamento básico, gás canalizado, e transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, submetidos à competência das agências reguladoras.

Na verdade, as agências reguladoras, quando estruturadas adequadamente observando os requisitos essenciais que as caracterizam, engendram um novo modelo de administração pública. Um modelo alicerçado na separação entre política e administração, no qual cabe ao Poder Político a formulação em um nível

macro das políticas públicas, e à Administração a implementação dessas políticas, traduzindo-as em normas, e na fiscalização do cumprimento dessas normas.

Para as empresas, o modelo das agências reguladoras confere segurança jurídica, e com isso torna menor a taxa de risco para novos empreendimentos. Para os usuários dos serviços públicos a utilidade das agências reside no fato de pressionarem continuamente as empresas pela melhoria da qualidade dos serviços, e atuarem na correção de falhas de mercado. Para o governo, é fator de desenvolvimento sócio-econômico, uma vez que tornando o cenário estável, e funcionando como elemento de atração de investimentos em setores de infraestrutura, onde a necessidade de capital é imensa, possibilita que os recursos públicos sejam destinados para aplicação em outras áreas.

Diante desses três pólos, governo, usuários, e concessionárias, depara-se a agência reguladora com a complexa missão de garantir a sustentabilidade e o desenvolvimento dos setores regulados, por meio da ponderação e do equilíbrio dos vários interesses envolvidos. Todavia, essa é tarefa das mais complexas, e tanto será possível, quanto mais as agências estiverem em consonância com os pressupostos, objetivos, e aspectos essenciais que devem pautar a estruturação desse novo modelo. Sem isso, essas instituições restam descaracterizadas, com enormes riscos de sofrerem processos de captura por parte das empresas, ou do governo, e portanto, fadadas ao insucesso.

Contudo, a construção e a consolidação desse modelo de Estado regulador é um processo de difícil implementação. A experiência norte-americana é reveladora quanto a isso. Nos Estados Unidos, onde as agências reguladoras remontam ao final do século XIX, houve sucessivos momentos de avanços e recuos dessas instituições. Essas variações estão ligadas às alternâncias do poder político, que ora adota postura favorável, ora adota postura restritiva aos entes reguladores.

No Brasil, no nível federal, essa situação tem se reproduzido. Após o Governo Fernando Henrique Cardoso quando surge o modelo de agências, este

sofre resistências no Governo Lula, às vezes de forma direta, por declarações do próprio Presidente e ministros, e às vezes de uma forma mais velada, por meio de mecanismos de esvaziamentos de sua capacidade de ação, como contingenciamentos orçamentários indevidos, ou ainda pelo abandono dos critérios técnicos para a escolha dos dirigentes dessas instituições. Essa resistência decorre por vezes de questões ideológicas, outras vezes em função de disputas políticas, todavia, na maioria das vezes, ocorre por desconhecimento generalizado do papel das agências reguladoras.

No Ceará, o cenário tem sido diferente. Com efeito, todos os governos pelos quais a ARCE passou desde a sua criação, em 1997, têm apoiado, ao menos no nível da cúpula, a Instituição. O segundo Governo Tasso Jereissati, foi responsável pela criação e estruturação da Agência, tendo esta recebido todo o estímulo para as suas operações, fato que se repetiu no terceiro Governo Tasso Jereissati. Com efeito, o Governador entendia o papel e a importância do órgão regulador nesse novo modelo de Estado. A administração Beni Veras, foi uma continuidade da gestão Tasso, e não apresentou novidades quanto à regulação. Já o Governo Lúcio Alcântara representou para a ARCE um período de maturação e de resolução de algumas questões até então indefinidas. Foi nesse governo que a Agência passou a atuar formalmente no setor de gás canalizado, regulando a CEGÁS, e a arrecadar a taxa de fiscalização do setor de transportes, o que possibilitaria, em termos concretos, a sua atuação nesse setor. Ainda no Governo Lúcio Alcântara foram remodelados o Plano de Cargos e Carreiras da Instituição, e renovados os membros do Conselho Diretor da Agência. Nos primeiros meses do Governo Cid Gomes, ainda não existem situações mais específicas que possibilitem inferir qual a visão do governo acerca do modelo de regulação atualmente empreendido no Estado, embora o próprio Governador, ao ser procurado pela Agência, tenha manifestado a sua concordância em alguns pontos sugeridos pela ARCE como, por exemplo, iniciar as discussões para a definição ou aperfeiçoamento dos marcos regulatórios estaduais nas áreas de gás canalizado, saneamento básico, e transporte rodoviário intermunicipal de passageiros.

Todavia, a ARCE enfrenta consideráveis obstáculos à sua consolidação, que se manifestam em vários aspectos relacionados à atuação da Instituição. Não obstante, os sucessivos governadores eleitos, desde a criação da Agência, tenham manifestado, de forma geral, apoio e entendimento sobre o tema da regulação, o fato é que a relação com o aparato estatal é bem mais ampla que a relação com o chefe do Poder Executivo. E a máquina estatal, representada pelos outros escalões do governo, nunca entendeu bem o papel da ARCE, o que causou desgastes, criou entraves, e dificultou a atuação da Agência.

Nesse ponto é desejável que a Agência conduza sua atuação baseada em duas linhas: 1) Atuar de forma firme no sentido de não aceitar encaminhamentos da burocracia do Estado, que atropellem aspectos consignados na sua legislação, como a independência decisória, e a autonomia de gestão; e 2) implementar mecanismos de fortalecimento dos relacionamentos institucionais com as outras entidades e órgãos do Estado, possibilitando, por meio de ações de *endomarketing*, que a ARCE se torne mais conhecida por esse segmento de público.

Mas não foi somente o aparato estatal que não entendeu bem o modelo das agências. Para a sociedade em geral, a situação é similar. Ou simplesmente se desconhece a Agência, ou quando se conhece, se tem uma percepção equivocada do seu papel, normalmente identificando-a de forma tendenciosa, ou somente como órgão de defesa do consumidor, ou como órgão de defesa dos interesses das concessionárias. Pesquisa contratada pela Agência, e realizada pelo Instituto *Vox Populi* em 2005, revela que 83% da população do Estado nunca ouviram falar da ARCE. Dos 17% que ouviram falar, somente 1,7% admite conhecer bem o papel da Agência. Em suma, a ARCE é uma ilustre desconhecida da população.

Embora seja até certo ponto natural, se considerarmos como comparação que nos Estados Unidos as agências reguladoras têm mais de um século de existência e aqui ainda iremos completar a primeira década, o desconhecimento

das agências por parte da população ocasiona sérios riscos, dos quais destacamos: 1) Impossibilita a maioria dos usuários, por desconhecimento, de usufruir os serviços da Agência no que diz respeito à mediação de conflitos com as empresas concessionárias; 2) Impede um maior nível de participação da sociedade na definição dos conteúdos regulatórios, principalmente os processos de normatização; 3) enfraquece o ente regulador, tornando-o mais apto a sofrer processos de captura por parte das empresas reguladas, e mudanças em sua estrutura, por parte do Poder Político, que desvirtuem os fundamentos da regulação.

Diante disso a ARCE deve empreender iniciativas em dois sentidos. O primeiro deles diz respeito à comunicação de massa, dirigido aos usuários de forma geral, para que possam conhecer a Agência, e dispor dos serviços prestados por ela em seu benefício. Nesse ponto, a realização regular de campanhas de publicidade institucional na grande mídia, aliadas a pesquisas de opinião, ajudariam a minimizar o problema, e deveriam ser considerados prioritários pela ARCE. Uma assessoria de imprensa realmente ativa também contribuiria, na medida em que conseguisse espaços nos veículos de comunicação para a discussão de pautas regulatórias. Outros projetos específicos, focados em determinados públicos são essenciais, a exemplo do “Projeto Crescendo”, iniciativa da agência da Bahia, a AGERGS, que se constitui em um grande esforço de inserção do tema da regulação junto ao público estudantil.

Mas não basta somente tornar-se conhecida. Tão ou mais importante é atrair a sociedade, por meio de suas entidades representativas, para participar da definição do conteúdo do processo regulatório, ou seja, das definições implementadas nas resoluções do ente regulador. Esse talvez seja o mais importante desafio da ARCE. É por meio dessa participação que a agência consegue fomentar o controle social e *accountability* sobre os setores regulados, e sobre si mesma. Esse controle social e a responsabilização das instituições são fundamentais para o aperfeiçoamento dos serviços públicos, e para evitar riscos

de captura por parte da Agência, uma vez que garante a participação equânime dos atores envolvidos em cada setor regulado. Possivelmente esse é o grande recurso que a Agência detém na busca pelo aperfeiçoamento dos serviços públicos.

Nesse sentido a ARCE deve tornar-se mais aberta, menos burocrática, menos reativa e mais pró-ativa, buscando constantemente o diálogo e a interação com a sociedade, não com o único objetivo de tornar-se mais conhecida, mas principalmente com a finalidade de angariar a participação da sociedade no processo, conferindo legitimidade à atuação da Agência. Vale notar que se abrir ativamente à sociedade, não pode significar o abandono da racionalidade técnica nas decisões da Agência, mas sim a possibilidade de subsidiar essa racionalidade técnica com pontos de vista não percebidos pela Instituição.

As formas de efetivar essa interação com a sociedade são variadas. Alguns exemplos podem ser tomados como referências, como a realização de sessões públicas, abertas à participação de qualquer cidadão, com pautas previamente divulgadas, ou a implementação de comissões *ad hoc*, por iniciativa da Agência, formada por representantes dos usuários, das empresas, do Poder Público, da comunidade científica e acadêmica, enfim, dos segmentos mais representativos da sociedade, para aprofundar as discussões e subsidiar as decisões normativas da Agência. Óbvio que sem prejuízo dos outros mecanismos previstos em lei e já atualmente implementados, como as audiências públicas.

Um aspecto que merece especial atenção diz respeito à nomeação dos diretores da Agência. Embora o quadro efetivo da instituição tenha relevância nesse processo, o perfil dos diretores define em maior proporção os rumos da agência reguladora. Não obstante o mecanismo de nomeação dos diretores da ARCE seja potencialmente aberto à participação da sociedade, o fato é que em termos práticos, isto não tem acontecido. A própria Instituição, embora não comande o processo de escolha, a cargo da PGE – Procuradoria Geral do Estado, e do Governador, poderia realizar maiores esforços na divulgação desse processo

para a sociedade. Dois pontos mais merecem considerações. O primeiro deles diz respeito à sugestão da nomeação obrigatória de um membro do corpo técnico da ARCE para o Conselho Diretor da Instituição, o que atualmente não acontece. Com isso, em tese, fortalecer-se-iam os requisitos de independência decisória e especialidade técnica e regulatória. Por fim, sugere-se que os diretores nomeados sejam submetidos à aprovação prévia do Poder Legislativo, reforçando os aspectos de transparência e legitimidade democrática no processo de escolha dos dirigentes.

Uma outra dificuldade diz respeito à necessidade de definição ou aperfeiçoamento dos marcos regulatórios setoriais. Uma vez que as grandes diretrizes de cada setor, bem como as competências e poderes da ARCE, inclusive os poderes sancionatórios, não estejam bem delineados nesses instrumentos, a atividade de regulação encontrará dificuldades adicionais, como enfraquecimento, superposição de papéis com outras instituições, e indefinições.

Atualmente, faz-se necessário a definição de marcos regulatórios para os setores de gás canalizado e saneamento básico, que inexistem na esfera estadual, e ainda o aperfeiçoamento do marco regulatório do setor de transportes rodoviário intermunicipal de passageiros, haja vista que o atual dificulta a interpretação dos papéis das instituições que operam no setor, o que tem possibilitado a ocorrência tanto de superposições quanto de vácuos regulatórios. Além de fundamental, a existência de marcos regulatórios adequados facilitam muito a atuação da agência reguladora quando as empresas reguladas são estatais ou sociedades de economia mistas, haja vista que nesses casos a regulação incorpora dificuldades adicionais. Nesse aspecto, sem prejuízo da necessidade de marcos regulatórios, mas complementando estes, uma boa referência é a elaboração de um Código Estadual de Qualidade dos Serviços Públicos como existe, por exemplo, no Rio Grande do Sul, aplicável aos serviços públicos prestados diretamente por empresas públicas e órgãos da administração direta e indireta, ou pela iniciativa privada por meio de delegação do Estado. Esse

meOcanismo cria um ambiente de transparência, reforçando os instrumentos de controle social e *accountability* dos serviços públicos.

Finalmente, existe o desafio contínuo de aperfeiçoamento da agência reguladora no que diz respeito aos seus aspectos organizacionais: processos internos, e estrutura. Toda a importância de que se reveste a atividade regulatória pode não se efetivar, caso a agência não disponha de estrutura, recursos, e processos adequados ao cumprimento de sua missão. Na ARCE, a despeito da necessidade de reformulação da divisão de tarefas e procedimentos internos, com vistas a um maior ganho de eficiência, chama a atenção o pequeno quadro de pessoal próprio da Agência, o que parece estar na raiz da maior parte dos problemas operacionais da Instituição.

As agências reguladoras, desde que adequadamente estruturadas, dão forma a um novo modo de administração pública. Uma administração que deve se pautar pela persuasão, pelo convencimento técnico, mais que pela imposição unilateral de força, embora não a descarte. Uma administração que deve levar ao extremo o conceito de transparência, e implementá-lo na sua interlocução com a sociedade. Uma administração pluralista, que deve abrir espaços iguais para a participação de todos os interesses envolvidos nos setores submetidos à sua competência. Uma administração onde o processo decisório seja unicamente baseado em critérios técnicos, deixando para o Poder Político a formulação das políticas públicas.

Por fim, espera-se que A ARCE, enquanto instituição reguladora, oriente-se por esses princípios, enfrentando os desafios que se impõem, sabendo que parte desses desafios depende unicamente da Agência, enquanto outros são variáveis incontroláveis, embora influenciáveis, pela Instituição. Com isso, espera-se, que em um processo contínuo e gradual, as condições estejam estabelecidas para a consolidação da regulação de serviços públicos no Estado do Ceará.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. Convênio de Cooperação que entre si celebram a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE. Brasília, 1999. Disponível em <http://www.arce.ce.gov.br/download/cnvcee-0699.pdf>

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. Convênio de Cooperação que entre si celebram a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE. Brasília, 2004. Disponível em <http://www.arce.ce.gov.br/download/cnvcee-0104.pdf>

AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DO ESTADO DO CEARÁ – ARCE. Convênio de Cooperação que entre si celebram a Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Ceará – ARCE, a Secretaria da Infra-estrutura do Estado do Ceará – SEINFRA e a Companhia de Água e Esgoto do Estado do Ceará – CAGECE. Fortaleza, 2001. Disponível em <http://www.arce.ce.gov.br/download/cnvcsb.pdf>

AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DO ESTADO DO CEARÁ – ARCE. Relatório Anual. Fortaleza, 2006. Disponível em http://www.arce.ce.gov.br/download/RA2006_5Mb.pdf

ALVEAL, Carmem. **Estado e Regulação Econômica** : O papel das Agências Reguladoras no Brasil e na Experiência Internacional. Rio de Janeiro, 2003. Disponível em http://www.gee.ie.ufrj.br/publicacoes/pdf/2003_estado_regulacao.pdf. Acesso em 03 de junho de 2007.

ALVES DA SILVA, Rodrigo. **O Código de Defesa do Consumidor e os Serviços Públicos** : A defesa dos usuários de serviço público. São Paulo, 2003. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3830>. Acesso em 14 de junho de 2007.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e Evolução do Direito Administrativo Brasileiro**. 1^a. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2002. 509 p.

ARCE. Disciplina os procedimentos gerais a serem adotados pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE, nas ações de fiscalização da Concessionária de Energia Elétrica e nas reclamações de usuários. Resolução n. 56, de 17 de novembro de 2005. Disponível em <http://www.arce.ce.gov.br/download/res56-171105.pdf>

ARCE. 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 n. 20/2001. Resolução n. 30, de 07 de março de 2002. Disponível em <http://www.arce.ce.gov.br/download/rescsb-3002.pdf>

ARCE. Atribui nova redação ao artigo 11 da Resolução ARCE n. 30. Resolução n. 43, de 15 de abril de 2004. Disponível em <http://www.arce.ce.gov.br/download/rescsb-4304.pdf>

ARCE. Disciplina a aplicação de penalidades por irregularidades na prestação do serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário de Juazeiro do Norte. Resolução n. 69, de 24 de agosto de 20064. Disponível em <http://www.arce.ce.gov.br/download/res69-240806.pdf>

ARCE. Dispõe sobre o processo de planejamento da ARCE, e estabelece diretrizes para a divulgação dos resultados das ações da Agência. Resolução n. 50, de 22 de abril de 2005. Disponível em <http://www.arce.ce.gov.br/download/resger-5005.pdf>

ARCE. Estabelece o Regimento Interno da Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Ceará – ARCE. Resolução n. 15, de 27 de julho de 2000. Disponível em <http://www.arce.ce.gov.br/download/resger-1500.pdf>

ARCE. Estabelece as disposições e os requisitos básicos relativos à garantia da qualidade na prestação do serviço público de distribuição de gás canalizado. Resolução n. 60, de 30 de novembro de 2005. Disponível em <http://www.arce.ce.gov.br/download/resgas-6005.pdf>

ARCE. Estabelece as disposições e os requisitos básicos relativos à garantia da qualidade na prestação do serviço público de distribuição de gás canalizado. Resolução n. 60, de 30 de novembro de 2005. Disponível em <http://www.arce.ce.gov.br/download/resgas-6005.pdf>

ARCE. Relatório Anual 2006. Fortaleza, 2006.

ASTEF-UFC. Plano Diretor e Operacional do Transporte Intermunicipal de Passageiros do Estado do Ceará – PDOTIP-CE. Fortaleza, 2006.

BRASIL. Lei n. 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. Disponível em <http://www.aneel.gov.br/cedoc/blei19958987.pdf>

BRASIL. Lei n. 9.074, de 07 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em <http://www.aneel.gov.br/cedoc/blei19959074.pdf>

BRASIL. Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e disciplina o regime das concessões de Serviços Públicos de Energia Elétrica. Disponível em <http://www.aneel.gov.br/cedoc/blei19969427.pdf>

BREGMAN, Daniel. **Algumas Questões sobre a Captura Regulatória**. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em <http://www.nuca.ie.ufrj.br/gesel/seminariointernacional2007/arquivo/DanielBregman/DanielBregman.pdf>. Acesso em 30 de maio de 2007.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a Cidadania**. 1. ed. Brasília: 34 (ENAP), 1998. 368 p.

BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Regulação no Brasil**. Agências reguladoras independentes, poder econômico e sanções administrativas. 1^a ed. São Paulo : Atlas, 2007. 204 p.

CEARÁ. Lei n. 12.786, de 30 de dezembro de 1997. Institui a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará. Disponível em <http://www.arce.ce.gov.br/download/leiger-12786.pdf>

CEARÁ. Lei n. 12.874, de 23 de dezembro de 1998. Aprova o Plano de Cargos e Carreiras dos Servidores da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará. Disponível em <http://www.arce.ce.gov.br/download/leiger-12874.pdf>

CEARÁ. Lei n. 13.743, de 29 de março de 2006. Aprova o Plano de Cargos e Carreiras dos Servidores da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará. Disponível em <http://www.arce.ce.gov.br/download/leiger-13743.pdf>

CEARÁ. Lei n. 12.788, de 30 de dezembro de 1997. Institui normas para concessão e permissão no âmbito da administração pública estadual. Disponível em <http://www.arce.ce.gov.br/download/leiger-12788.pdf>

CEARÁ. Lei n. 13.094, de 12 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o Sistema de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros do Estado do Ceará. Disponível em <http://www.arce.ce.gov.br/download/leictr-13094.pdf>

CEARÁ. Decreto n. 25.059, de 15 de julho de 1998. Regulamenta a Lei Estadual 12.786, de 30 de dezembro de 1997, aprova a estrutura organizacional da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará. Disponível em <http://www.arce.ce.gov.br/download/decger-25059.pdf>

CEARÁ. Decreto n. 26.103, de 12 de janeiro de 2001. Aprova o regulamento dos serviços de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros do Estado do Ceará. Disponível em <http://www.arce.ce.gov.br/download/norctr-26103.pdf>

CUÉLLAR, Lélia. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. 1ª ed. São Paulo : Dialética, 2001.

FADUL, Élvia. **Regulação no Brasil**. Dinâmicas contemporâneas na regulação de serviços públicos. 1ª ed. São Paulo : Atlas, 2007. 204 p.

GOMES, Marcelo Barros. **Regulação no Brasil**. Accountability e governança no Estado regulador brasileiro. 1ª ed. São Paulo : Atlas, 2007. 204 p.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **As Agências Reguladoras**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, número 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível na internet : <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 22 de maio de 2007.

KRAUSE, Eduardo B. **Agências de Regulação** : Conceito, Legislação e Prática no Brasil. 1ª ed. Porto Alegre : Mercado Aberto, 2001. 408 p.

LOPES MEIRELLES, Hely. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22ª ed. São Paulo : Ed. Malheiros, 1997.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras** : Instrumentos de Fortalecimento do Estado. 1ª ed. Brasília : ABAR, 2002.

_____. **Agências Reguladoras Independentes**. 1ª ed. Belo Horizonte : Fórum, 2005. 220 p.

MAXWELL STAMP INC. Final Report – Design Phase for the Establishment of a Multi-Sectorial Regulatory Agency. Fortaleza, 1997.

MOLINA, Angel Manuel Moreno. **La administración por agencias en los Estados Unidos de Norte America**. Boletín Oficial del Estado. Universidade Carlos III de Madrid. Madrid, 1995.

MUNICÍPIO DE JUAZEIRO DO NORTE. Convênio que entre si celebram o Município de Juazeiro do Norte e a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE. Juazeiro do Norte, 2004. Disponível em <http://www.arce.ce.gov.br/download/cnvcsb-0104.pdf>

MEDEIROS, Gierck Guimarães. **A Origem das Agências Reguladoras no Brasil**. Brasília, 2003. Disponível em http://www.unb.br/regulação/Art_Med.pdf . Acesso em 25 de maio de 2007.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. 1^a ed. Coimbra : Almedina, 1997.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Princípios de derecho público económico**. Granada, 1999.

PECI, Alketa (Org.). **Regulação no Brasil**. 1^a ed. São Paulo : Atlas, 2007. 204 p.

RIO GRANDE DO SUL. Lei 11.075, de 06 de janeiro de 1998. Institui o Código Estadual de Qualidade de Serviços Públicos. Disponível em <http://www.al.rs.gov.br/legis>

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**. 1^a ed. São Paulo : Malheiros, 2001.

SECRETARIA DA INFRA-ESTRUTURA DO ESTADO DO CEARÁ. Convênio de Cooperação que entre si celebram a Secretaria de Infra-Estrutura do Estado do Ceará – SEINFRA, o Departamento de Edificações, Rodovias e Transportes – DERT, o Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN, e a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE. Fortaleza, 2002. Disponível em <http://www.arce.ce.gov.br/download/cnvctr-0102.pdf>

ZANELA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 8^a ed. São Paulo : Ed. Atlas, 1997.

ANEXO I - ENTREVISTAS REALIZADAS

ALEXANDRE TRIANDÓPOLIS	Assessor do Conselho Diretor da ARCE.
ALEXANDRE CAETANO DA SILVA	Coordenador de Saneamento Básico da ARCE.
DANIELA CAMBRAIA	Ouvidora-Chefe da ARCE.
EUGÊNIO BRAÚNA BITTENCOURT	Coordenador de Energia da ARCE.
JOSÉ BONIFÁCIO DE SOUSA FILHO	Conselheiro-Diretor da ARCE no
JOSÉ LUIZ LINS DOS SANTOS	Membro atual do Conselho Diretor da ARCE.
JURANDIR PICAÑÇO JÚNIOR	Conselheiro-Diretor da ARCE no período de 1998 a 2003, Presidente da COELCE por ocasião da privatização.
LILIANE SONSOL	Procuradora-Chefe da ARCE.
LÚCIO CORREIA LIMA	Membro atual do Conselho Diretor da ARCE.
LÚCIO GONÇALO DE ALCÂNTARA	Governador do Ceará no período de 2003 a 2006.
MARFISA AGUIAR FERREIRA XIMENES	Atual Presidente do Conselho Diretor da ARCE. Ex-Secretária de Infra-Estrutura do Estado do Ceará.
MÁRIO AUGUSTO PARENTE MONTEIRO	Coordenador Econômico-Tarifário da ARCE.
RINALDO AZEVEDO	Coordenador de Transportes da ARCE.
SÉRGIO CARDOSO MORENO MAIA.	Diretor-Executivo da ARCE. Ex-Presidente da COELCE.
TATIANA CIRLA LIMA BANDEIRA	Gerente Administrativa da ARCE.