Número 14 – maio/junho/julho - 2008 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

AGÊNCIAS REGULADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Prof. Antônio Carlos Cintra do Amaral
Advogado em São Paulo. Consultor e Parecerista em Direito Administrativo. Ex-Professor de Direito Econômico na Faculdade de Direito da PUC/SP.

Atendendo a honroso convite formulado pelo Prof. **Celso Antônio Bandeira de Mello**, participei de Painel de Debates no **I Congresso Brasileiro de Direito Público**. Coube-me fazer breve exposição sobre *"Agências Reguladoras de Serviços Públicos".* Ao término do Congresso, tanto o Prof. **Celso Antônio** quanto o Prof. **Caio Tácito** exortaram os expositores convidados a escrever sobre os temas por eles versados. Decidi transpor para o papel o que busquei dizer naquele conclave a respeito das agências reguladoras brasileiras.

Preliminarmente, alertei para o fato de que minha abordagem do tema seria feita sob a ótica da **sociologia jurídica** e, em alguns pontos, do **Direito comparado**, e não da **ciência jurídica**. Recentemente, o Instituto dos Advogados de Pernambuco publicou trabalho de minha autoria, em que, com base nos ensinamentos de **Kelsen, Bobbio** e **Hart**, declarei-me juspositivista. Nesse trabalho, citei o jurista alemão **Norbert Hoerster**, para quem a expressão *"Direito positivo"* é pleonástica. Todo Direito é posto.

Pode parecer esdrúxulo que um positivista jurídico enfrente tema em um Congresso de Direito Público adotando um *"approach"* que não seja o da ciência do Direito. Mas **Bobbio** adverte que nenhum juspositivista seria tão limitado para afirmar que diante do Direito somente haveria um tipo de abordagem, qual seja, o da ciência jurídica.

Se preferi outro *"approach"*, que não o da ciência jurídica, isso se deveu a dois motivos, interligados:

a) a escassez de normas jurídicas sobre agências reguladoras no Direito brasileiro; e

b) a maior praticidade decorrente da abordagem sob a ótica da sociologia jurídica e do Direito comparado.

Dito isto, passo a enfrentar o assunto.

O Estado-Administrador, como de resto todo o Estado, sofreu no Brasil, nos últimos tempos, um processo de desestruturação. Isso se deveu a fatores endógenos e exógenos. Não cabe, nos limites desta abordagem, analisar detidamente esses fatores. Diria apenas que entre os fatores endógenos pode ser apontado o (excesso de) corporativismo da burocracia estatal. Não apontaria a corrupção administrativa porque:

a) é difícil dizer-se até que ponto a corrupção administrativa foi causa ou efeito da desestruturação do Estado; e

b) a imagem que se propagou, do servidor público incompetente, corrupto ou privilegiado – quando não as três coisas ao mesmo tempo – é, como toda generalização, injusta, e não corresponde à realidade da grande massa de servidores públicos, competentes, honestos e, infelizmente, desmotivados.

Também não pretendo analisar os fatores exógenos que levaram à desestruturação do Estado-Administrador. Aponto como emblemática da situação a legislação sobre licitações e contratos administrativos. Entre 1967 e 1986 vigorou o Decreto-lei 200, que estabelecia normas gerais aplicáveis à Administração Direta e às autarquias. Em 1986, curiosamente seis a sete anos após a deflagração do processo neoliberalizante na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos, veio o Decreto-lei 2.300, com normas gerais e especiais extremamente rígidas, que tornavam as contratações efetuadas pela Administração Direta e autárquica mais difíceis e problemáticas, embora ainda deixasse margem de atuação relativamente livre para as empresas estatais. Essas empresas tiveram sua liberdade de contratar aniquilada pela Lei 8.666, de 1993, flagrantemente inconstitucional, que as submeteu às mesmas normas reguladoras da Administração Direta e autárquica, aplicando-se, indistintamente, às várias esferas de governo: União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Ao mesmo tempo, acentuou-se a cobrança de eficiência na atuação estatal, como se fosse compatível essa eficiência com as amarras contidas na legislação aplicável ao Estado-Administrador, especialmente na lei de licitações e contratos administrativos. Não seria exagero dizer-se que, na hipótese de o controle de uma empresa privada ser assumido por um dirigente tresloucado, que determinasse que a empresa deveria contratar na estrita obediência da Lei 8.666, poder-se-ia afirmar que em breve estaria ela em regime falimentar...

A privatização de serviços públicos no Brasil iniciou-se quando esse processo já era irreversível. Surgiu um problema de difícil solução. O Estado-Administrador havia perdido a capacidade para prestar satisfatoriamente serviços públicos. Mas, paradoxalmente, o sucesso da privatização estava – e está – intimamente ligado à existência de um Estado-Administrador dotado de capacidade para **regular** a atividade privatizada.

Em livro denso, decorrente de uma tese de doutoramento, crítico mas imparcial, um jurista espanhol, **Francisco Villar Rojas** (*"Privatización de Servicios Públicos",* Madrid, Tecnos, 1993) analisa o processo de privatização na Grã-Bretanha e, entre outras coisas igualmente importantes, escreve que a **regulação** é não apenas uma técnica de privatização, mas sobretudo (p. 103):

> *"... a conseqüência necessária e iniludível da alienação de empresas de serviço, já que a venda não leva à desaparição da responsabilidade pública de garantir o serviço e o acesso de todos os cidadãos ao mesmo, resultando necessária a regulação ou regulamentação para dar resposta a essas exigências."*

Acrescenta **Villar Rojas** (ob.cit., p. 116) que a privatização:

> *"... desvelou a vontade política de substituir a titularidade pública das empresas de serviços por monopólios privados regulados, dado que se considerava que a regulação permitiria uma prestação muito mais eficiente e econômica dos serviços."*

As vantagens dessa substituição,acrescenta o jurista espanhol (ob. e p. cits.):

> *"... justificavam a necessidade de desenhar um marco normativo que servisse para controlar qualquer abuso de posição dominante, fomentar o acesso de outras companhias ao mercado e garantir o serviço universal. A solução foi a **regulação**. Essa instituição conjuga a gestão privada do setor – porque as empresas são privadas e o financiamento tem lugar no mercado – com o controle jurídico público da atuação empresarial, em defesa do usuário e da qualidade do serviço. Esta responsabilidade recai em novas entidades públicas, as agências reguladoras, comumente chamadas de '**watchdogs**'. Isto explica que se afirme que '**a privatização – de serviços públicos econômicos – traz consigo a regulação**'."* *(grifos no original)*

Os objetivos da regulação, por ele definida como manifestação jurídica da intervenção da Administração destinada a equilibrar os interesses públicos e privados, são (ob. cit., p. 143):

> *"a) Proteger os interesses públicos e privados que pudessem resultar afetados pelo estabelecimento de serviços em regime de monopólio.*
>
> *Impor obrigações em matéria de segurança e qualidade das instalações.*
>
> *Assegurar o atendimento de toda demanda razoável do serviço e um padrão de qualidade.*
>
> *Controlar os preços e as tarifas.*
>
> *Conferir poderes de inspeção e supervisão ao Governo para garantir o cumprimento das condições anteriores."*

Comenta **Villar Rojas** (ob. cit., p. 152) que a regulação apresenta algumas deficiências importantes, entre as quais:

a) a de que ela **não é adequada para gerar competição;** e

b) a dificuldade das agências reguladoras para obter informação confiável sobre a marcha das empresas e o funcionamento dos mercados.

Acentua ele que as normas sobre privatização dos serviços públicos na Grã-Bretanha quase não mencionavam os interesses dos usuários. E explica (ob. cit., p. 265):

> *"A razão é simples. No marco da ideologia privatizadora, o equilíbrio das forças do mercado se considerava bastante para proteger o usuário. Se uma companhia presta um mau serviço, o particular poderá recorrer a outra, servindo a concorrência de garantia de seus interesses. Desta forma, o usuário se equipara ao consumidor e conta com os mesmos meios de proteção deste. Porém a realidade era bem distinta. Não só porque se trata de serviços básicos de caráter universal, senão também porque os serviços privatizados continuam sendo atendidos em situação de quase-monopólio, sem que o interessado, que continua dependendo de um prestador, tenha capacidade de eleição."*

Essa, a experiência britânica. No Brasil, as agências reguladoras não foram estruturadas a tempo. **A rigor, ainda não estão estruturadas.** Vale dizer: à ingenuidade de acreditar que o mercado resolve os problemas decorrentes da privatização, nós somamos uma regulação estatal desestruturada e ineficiente. Assim, não está havendo no País a substituição da titularidade pública das empresas prestadoras de serviços públicos por empresas privadas **reguladas** pelo Estado-Administrador, substituição a que alude **Villar Rojas**. Pelo

menos por enquanto, a titularidade pública foi simplesmente substituída pela titularidade privada, e não pela regulação.

Exemplo disso é a reportagem publicada no jornal *"Folha de S. Paulo"* de 30/04/2000, sob o título *"Não há como fiscalizar, afirma a ANATEL".* Falando ao jornal, o Presidente da ANATEL admite que algumas metas de **universalização** da telefonia não estão sendo cumpridas e que não conta com pessoal suficiente para fiscalizar a atuação das teles nas mais de 5.500 cidades do Brasil. Diz ele que o controle da atuação das operadoras tende a melhorar a partir de maio, quando será realizada concorrência para contratar uma empresa de auditoria. Essa empresa irá verificar os dados enviados pelas operadoras à ANATEL. Será que no Brasil as agências reguladoras encontrarão maior facilidade para obter informação confiável sobre a marcha das empresas e o funcionamento dos mercados do que as agências reguladoras britânicas?

Diante desse quadro, porém, não adianta fazer crítica retroativa. Pelo menos em relação aos setores já privatizados, pode dizer-se que atravessamos o rio e destruímos a ponte. O quê fazer agora?

Penso que duas devem ser as preocupações:

a) estruturar, na medida do possível, as agências reguladoras atuais (que já deviam ter sido estruturadas); e

b) não repetir os erros nas eventuais novas privatizações de serviço público.

Não será fácil. A situação me faz recordar a advertência de **Héctor Escola**, em seu *"El interés público como fundamento del Derecho administrativo"* (Buenos Aires, Depalma, 1989, pp. 122/123), de que uma Administração que não tem capacidade para prestar adequadamente serviços públicos não tem capacidade para regular sua prestação por concessionárias privadas. Escreve **Escola** que se a Administração é ineficiente no geral, também o será para prestar diretamente serviços públicos. Porém uma má Administração *"...igualmente fará perigoso o sistema de concessão, porque a vigilância e o controle que necessariamente deve exercer-se sobre o concessionário, para garantir a boa execução do serviço público, não existirá ou será inoperante, com os péssimos resultados que são de esperar desse estado de coisas."*

Concluindo, ressalto que a questão das agências reguladoras depende de como será equacionado um problema maior subjacente. Poderia encerrar esta breve exposição dizendo que as agências reguladoras devem ter em seus quadros servidores bem remunerados e uma liberdade bem maior que os demais órgãos e entidades da Administração Pública, condições necessárias para uma atuação eficiente e eficaz. Mas este não é o problema real. Tudo irá depender de como se entenda qual deva ser o papel regulador do Estado. E este não é um problema a ser enfrentado pela ciência jurídica, ou pela sociologia jurídica, ou pelo Direito comparado: é tarefa da filosofia política. Permitam-me, portanto, encerrar com uma reflexão pessoal de caráter filosófico-político.

O processo de globalização se caracteriza pelo inusitado desenvolvimento tecnológico e velocidade progressiva das comunicações, que acarretam relevantes modificações sociais, econômicas, políticas e jurídicas. Nesse sentido, a globalização é um processo irreversível.

Já o neoliberalismo é uma ideologia, fundada basicamente na crença da auto-regulação dos mercados, interno e internacional. No momento atual, é a ideologia dominante. Isso não quer dizer que ele seja conseqüência inevitável da globalização. Como ideologia, pode vir a ser substituído por outra ideologia, **desde que haja condições materiais objetivas para essa substituição.**

A este passo, ocorrem-me duas afirmações primorosas. Uma, de um autor que exerceu considerável influência em minha juventude: **Karl Mannheim**. Escreveu ele (*"Libertad, Poder y Planificación Democrática"*, trad. para o espanhol, México–Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1960, p. 26): *"talvez preferíssemos viver como ociosos e cultos cavalheiros da antiga Atenas, ou como audazes precursores nos séculos XVIII e XIX, mas não nos é dado eleger a época em que vivemos, nem os problemas que somos chamados a resolver"*. A segunda, de **Norberto Bobbio**, que exerce enorme e justificada influência como jurista e filósofo político da atualidade. Escreve **Bobbio** (*"O Tempo da Memória - De Senectute e outros escritos autobiográficos",* trad. para o português, São Paulo, Editora Campus, 1997, p. 11): *"Depois de certa idade, desistimos de mudar de opinião. Tornamo-nos cada vez mais obstinados em nossas convicções e mais indiferentes às dos outros. Os inovadores são vistos com desconfiança. Ficamos cada vez mais apegados às velhas idéias e, ao mesmo tempo, cada vez mais desconfiados das novas."*

Talvez a autocrítica de **Bobbio** nos ajude a fazer um esforço no sentido de entender a época atual. Já **Mannheim** nos adverte sobre o óbvio, que freqüentemente esquecemos.

O futuro das agências reguladoras no Brasil dependerá do papel que venha a ser atribuído ao Estado regulador. Este somente será forte quando se tornar efetivamente um Estado nacional, expressão de uma nação consciente, dotada da auto-estima necessária para participar do processo de globalização como sujeito, e não, como tem ocorrido atualmente, como mero objeto.

Às vezes, indagam-me se estou otimista ou pessimista em relação à regulação dos serviços públicos privatizados no Brasil. Respondo com outra citação de **Bobbio**. Confessando-se pessimista, esclarece ele que é um pessimista de humor (o que não sou), mas não de filosofia. E diz (ob. cit., p. 12):

> *"O pessimismo como filosofia é uma resposta alternativa àquela pergunta do otimista: 'Para onde vai o mundo?' E quem sabe a resposta? Talvez ambos tenham razão, o pessimista e o otimista. Talvez nenhum dos dois, porque não faz muito sentido levantar questões para as quais não é possível encontrar resposta."*

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. AGÊNCIAS REGULADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 14, maio/junho/julho, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br

4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa:

Informação não disponível