

## ***As Agências Reguladoras de Serviço Público devem ser Extintas? (\*)***

*Antônio Carlos Cintra do Amaral*

Esta é uma pergunta que tem surgido com frequência, explícita ou implicitamente, nos debates travados ultimamente sobre o assunto. Buscarei, a seguir, dar-lhe uma resposta direta e objetiva. <sup>1</sup>

A Constituição de 1988 (art. 175) dispõe que ao Poder Público cabe prestar serviços públicos, direta ou indiretamente, neste caso mediante concessão ou permissão. Até a primeira metade da década de 90, os serviços públicos vinham sendo prestados diretamente, quer por órgãos da Administração Direta, quer por autarquias ou empresas estatais. A partir daí, muitos desses serviços foram privatizados, ou seja, seu **exercício** foi transferido para empresas privadas, mantida sua **titularidade** pelo Poder Público. Essa privatização decorreu de outorga de concessão (caso das rodovias e ferrovias), ou de transferência do controle societário de empresas estatais à iniciativa privada (caso das telecomunicações, do gás canalizado e da energia elétrica).

Com a privatização dos serviços públicos, surgiu uma nova função atribuída ao Poder Público, qual seja, a de **regular** os serviços concedidos <sup>2</sup>. O Poder Público, que prestava diretamente o serviço, passou a regular sua prestação pela concessionária, já que a esta transferiu a **obrigação** de prestá-lo mas conservou a **responsabilidade** pelo cumprimento da obrigação transferida. Em outras palavras: o serviço continuou a ser público. **Privatizado foi o seu exercício.**

Para exercer essa nova função, foram criadas “*agências reguladoras de serviço público*”, tanto na esfera federal, quanto nas demais esferas de poder. A União criou a **ANATEL** (telecomunicações), a **ANEEL** (energia elétrica), a **ANTT** (transportes terrestres) e a **ANTAQ** (transportes aquaviários).

A criação, organização, estruturação e funcionamento dessas agências deveria ter precedido a privatização dos serviços. Não foi o que ocorreu, nem mesmo, a rigor, no caso da **ANATEL**, a que se estruturou mais rapidamente. Disso decorreram problemas, muitos deles ainda à espera de solução. Criou-se uma nova função (a de **regulação**),

mas não foram tomadas providências, a tempo, para criar, organizar, estruturar e pôr em funcionamento órgãos reguladores eficientes e eficazes.

Criticar o que foi feito, porém, em nada ajuda a enfrentar e resolver problemas **atuais**. Como tive oportunidade de acentuar na palestra acima referida, nós “*atravessamos o rio e destruímos a ponte*”. A questão, no momento, é, pelo menos a meu ver, “**o que fazer**”, e não “**o que devia ter sido feito**”.

É nesse quadro que se coloca a pergunta que serve de título a este pequeno comentário.

Como foi dito acima, a privatização dos serviços públicos fez surgir uma nova função atribuída ao Poder Público: a de regular os serviços concedidos à iniciativa privada. Para cumprir essa função de regulação, a Administração necessita de um **órgão regulador**, que chega a estar previsto na Constituição para o setor de telecomunicações (art. 21, XI). Dele não se pode prescindir para exercer a função de regular a prestação dos serviços públicos concedidos.

Vale dizer: a atribuição ao poder concedente de uma **função reguladora** acarretou a necessidade de existir um **órgão regulador**. A Administração somente poderia, portanto, prescindir atualmente desse órgão se extinta fosse a função reguladora. Mas isso pressuporia, por sua vez, a extinção de **todas** as concessões de serviço público outorgadas até agora.

Permitam-me repetir, para não deixar dúvida sobre o que quero dizer. A concessão de serviços públicos à iniciativa privada, verificada a partir da primeira metade da década de 90, fez surgir a função reguladora dos serviços concedidos. A Administração Pública, para exercer essa nova função, necessita da existência de órgãos reguladores de serviços públicos. Para que esses **órgãos** se tornassem prescindíveis, seria necessário extinguir a **função** que eles exercem. A extinção dessa função, por sua vez, pressupõe a extinção de **todas** as atuais concessões de serviços públicos, retornando esses serviços, **já concedidos**, ao esquema de prestação de serviços públicos **diretamente** pelo Poder Público. **E isso seria impraticável.**

Admitamos que se decidisse extinguir todas as concessões de serviço público outorgadas até agora. Qual seria o instrumento adequado? Seria a **encampação**, nos termos do art. 37 da Lei 8.987/95. Para efetuar-se a encampação, haveria que se caracterizar “*motivo de interesse público*”. Seria, ainda, necessária “*lei autorizativa específica*” e o poder concedente deveria assegurar à concessionária “*prévio pagamento da indenização*”, pagamento esse que deveria ser efetuado **em dinheiro**, aplicando-se, por analogia, o art. 5º, XXIV, da Constituição, referente à **desapropriação**.<sup>3</sup>

Por outro lado, a Administração Pública, que vinha exercendo esses serviços inadequadamente, deveria reorganizar-se, em prazo curto, para voltar a exercê-los, desta vez adequadamente, a fim de não prejudicar a continuidade de sua prestação.

À vista dessa situação, parece-me descartável a hipótese de extinguir a **função reguladora**, pelo que **a questão é saber quais são os órgãos que devem exercer essa função e como devem eles ser estruturados, e não se esses órgãos devem ou não existir.**

A este passo, não podemos deixar de perguntar: por que esses órgãos não podem ser as agências reguladoras? É verdade que elas foram criadas a reboque das privatizações. É verdade que elas ainda não estão estruturadas o suficiente para exercer a função reguladora com eficiência e eficácia. Mas seria **razoável** começarmos tudo de novo, substituindo as atuais agências reguladoras por outros órgãos, que precisariam ser criados, organizados, estruturados e postos em funcionamento? Ou por órgãos já existentes, mas que nunca exerceram a função reguladora?

Note-se que muitas vezes se atribui às agências reguladoras uma culpa que elas não têm. A agência reguladora tem por função básica articular e coordenar as ações do poder concedente e da concessionária, harmonizando os vários interesses envolvidos, sempre com a finalidade precípua de garantir a prestação de “*serviço adequado*” ao usuário. Por isso, cabe-lhe controlar e fiscalizar contratos de cuja elaboração geralmente sequer participou, porque celebrados anteriormente à sua criação. Frequentemente, o problema não está, assim, na agência, mas na deficiência do contrato, deficiência essa em grande parte provocada pela inexperiência, tanto da Administração quanto da proponente interessada na concessão, diante de um instituto antigo – a concessão – mas em uma realidade nova, caracterizada por uma verdadeira revolução tecnológica e um quadro legal recente (as leis 8.987 e 9.074, ambas de 1995).

Cito um exemplo: o reajuste de tarifas por índices gerais, como o IGP-M ou o IGP-DI. **Adriano Murgel Branco**, em estudo sobre a evolução das concessões de serviços públicos no Brasil, incluído no livro “*Política Energética e Crise de Desenvolvimento - A Antevisão de Catullo Branco*” (São Paulo, Paz e Terra, 2002, p. 279), escreve:

*“Jean-François Auby, em **La délégation de service public**, chama a atenção para o fato de que nenhum indexador tarifário, embora necessário, pode ser adequado por mais de três anos, sendo indispensável a sua revisão periódica. No Brasil já estamos reconhecendo isso nos reajustes tarifários com base no IGPM.”*

À agência reguladora compete fiscalizar o cumprimento dos contratos. Se se está verificando a inadequação da utilização de um índice geral para reajustar tarifas de serviços públicos, cabe examinar a hipótese de renegociar-se o contrato com a concessionária, respeitando-se – é claro – sua equação econômica inicial, que é juridicamente intangível. Essa decisão, porém, não é **técnica**, e sim **política**, pelo que não está, a meu ver, na esfera de competência da agência reguladora.

Minha resposta à pergunta contida no título deste comentário é, portanto, negativa. Entendo que as agências reguladoras de serviço público não devem ser extintas. **O**

**desafio não consiste em extingui-las ou substituí-las, mas sim em melhor definir suas atividades e torná-las mais eficientes e eficazes.**

---

(\*) *Artigo publicado na revista “Interesse Público” nº 18 – março/abril de 2003, editada em Porto Alegre-RS.*

<sup>1</sup> No Direito brasileiro, há **três** tipos de “agências reguladoras”. O Poder Público tem a atribuição constitucional de regular a **atividade econômica**, devendo para isso exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (art. 174 da Constituição). Exemplos de agências que exercem esse papel regulador são a **ANVS** (vigilância sanitária) e a **ANS** (saúde suplementar). Por outro lado, a Constituição atribui especificamente à União o **monopólio** das atividades econômicas referentes a petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos. A Agência Nacional de Petróleo (**ANP**) tem por função regular essas atividades quando contratadas com empresas estatais ou privadas (art. 177 e §§ 1º e 2º). Já o terceiro tipo de “agência reguladora” decorre da competência constitucional do Poder Público para prestar **serviço público**, direta ou indiretamente, neste caso mediante concessão ou permissão (art. 175). O enfoque adequado do problema exige que se limite a pergunta – e conseqüentemente a resposta – ao tipo “agências reguladoras de serviço público”.

<sup>2</sup> Sobre o assunto, ver o texto correspondente à palestra que proferi no **I Congresso Brasileiro de Direito Público**, realizado em São Paulo em abril de 2000, incluído em meu “*Comentando as Licitações Públicas*” (Rio de Janeiro, Editora Temas & Idéias, 2002).

<sup>3</sup> Embora a lei não diga claramente que o pagamento deverá ser em dinheiro, parece-me claro que esse é o seu “sentido” (v. meu “*Concessão de Serviço Público*”, 2ª ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Malheiros Editores, 2002, p. 102).

**(Comentário CELC nº 82 – 01.06.2003, divulgado no site [www.celc.com.br](http://www.celc.com.br))**

*Esta página é renovada quinzenalmente, nos dias 1 e 15 de cada mês.*