

## ***Política Tarifária e Agências Reguladoras de Serviço Público***

*Antônio Carlos Cintra do Amaral*

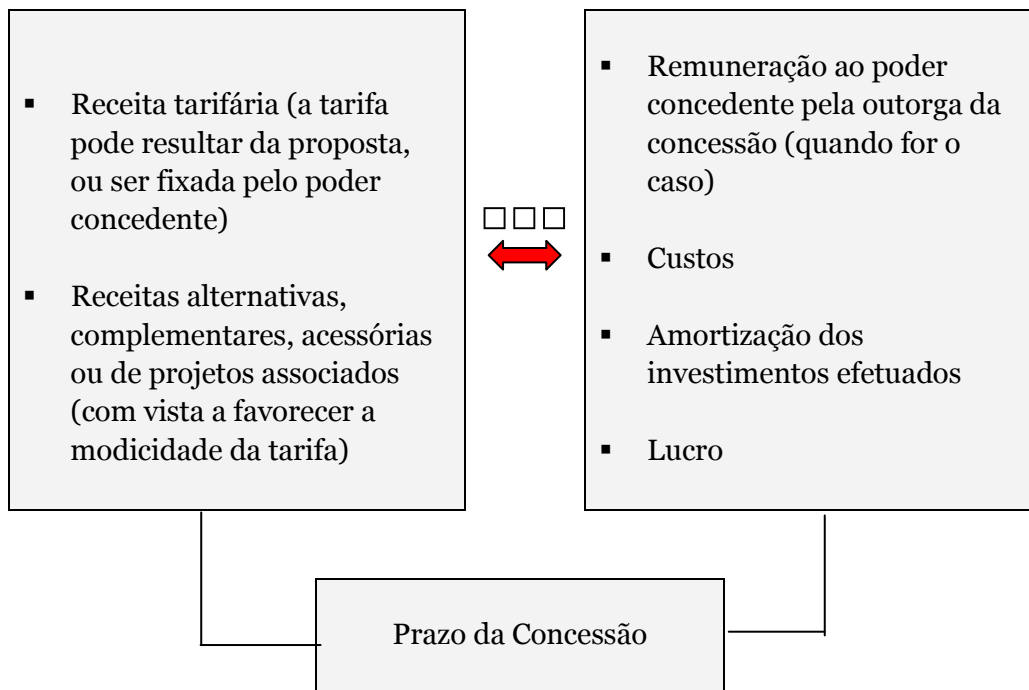
Logo após a publicação, pela Casa Civil, dos anteprojetos de lei sobre agências reguladoras, escrevi breve comentário, divulgado nesta página, sobre as agências reguladoras de serviço público (Comentário nº 90, de 01/10/2003). Posteriormente, li na imprensa alguns artigos sobre o assunto e tive oportunidade de proferir palestra no **I Fórum Brasileiro de Direito Administrativo Econômico**, promovido pelo Instituto de Direito Público da Bahia e realizado em Salvador de 16 a 18 de outubro, sobre “*Fixação da Política Tarifária na Concessão de Serviços Públicos*”, em que abordei o papel das agências na execução dessa política. Volto ao assunto, no Comentário de hoje, o que faço com as observações a seguir.

- oOo -

A política tarifária nas concessões de serviço público foi estabelecida pelas Leis 8.987 e 9.074, ambas de 1995, em cumprimento ao art. 175, inciso III, da Constituição. Não compete às agências reguladoras **formular** essa política, limitando-se elas a **executá-la**.

A política tarifária estabelecida pela legislação repousa na equação econômica do contrato de concessão, que abrange, de um lado, a receita tarifária e as receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com vista à modicidade da tarifa (art. 11 da Lei 8.987), e, do outro, os custos, o ônus da concessão (no caso de licitação de maior oferta), a amortização dos investimentos efetuados pela concessionária e o lucro. Tudo isso está relacionado com o prazo da concessão, que se não integra é, pelo menos, parâmetro para a fixação da equação econômica do contrato. Essa situação pode ser assim graficamente exposta:

## EQUAÇÃO ECONÔMICA DA CONCESSÃO



A equação econômica do contrato de concessão é mantida mediante **reajuste** de tarifas. Quando surge fato superveniente e imprevisível, contido na **álea extraordinária** da concessão (Fato da Administração, Fato do Príncipe ou Teoria da Imprevisão), cabe **reaver** ou **recompor** o contrato em benefício da concessionária. Há vários mecanismos possíveis de revisão ou recomposição da equação econômica desbalanceada, inclusive o menos desejável e mais problemático, que é o aumento da tarifa. Assim:

## POLÍTICA TARIFÁRIA E PRESERVAÇÃO DA EQUAÇÃO ECONÔMICA DA CONCESSÃO

**REAJUSTE** – Tem por função assegurar a manutenção da equação econômica inicial do contrato

**REVISÃO** – Tem por função restabelecer a equação econômica inicial do contrato

- **Revisão Periódica**
- **Revisão Eventual**
  - = Fato da Administração
  - = Fato do Príncipe
  - = Teoria da Imprevisão

Ressalte-se que se a equação econômica do contrato é desbalanceada **em favor da concessionária**, deve-se igualmente restabelecê-la. **A teoria da imprevisão é uma via de duas mãos**. Quando se fala, portanto, em “*cumprir o contrato de concessão*”, não se pode entender que ele seja imutável durante todo o prazo da concessão. **Imutável é a sua equação econômica**.

- oOo -

Sobre os anteprojetos governamentais, tenho lido afirmações totalmente descabidas. Há muito venho sustentando que as agências reguladoras devem ser independentes e fortes (ver o referido Comentário nº 90 e o nº 82). Mas não posso aceitar argumentos que chegam às vezes a agredir o bom senso.

Muitos têm afirmado que os anteprojetos retiram a força das agências. Pergunto: como se pode retirar força de quem não a tem? As agências são, atualmente, fracas e dependentes. O fato de seus dirigentes terem mandatos fixos não lhes confere, por si só, a força necessária ao exercício de sua importante função de gestoras dos contratos de concessão. O desafio que se põe é tornar **real** sua independência e força, tendo sempre presente a noção de que elas têm por função regular não **o setor**, mas **a execução dos contratos de concessão**.

Deparei-me recentemente, ainda, com a afirmação de que as agências reguladoras são essenciais ao fortalecimento da democracia no País. Sinceramente, por mais esforço que faça não consigo enxergar nenhuma relação entre democracia e agências reguladoras.

Em um outro artigo, intitulado “*Reforma regulatória ou refluxo absolutista?*”, dizem seus autores:

*“Funda-se a regulação nas idéias de descentralização e desconcentração. Reconhecendo as sociedades a incapacidade dos mecanismos de planificação e gestão direta das atividades econômicas pelo Estado, procura-se aproveitar os mecanismos de auto-organização sociais numa visão que pondera as falhas de mercado e de governo, tendo como finalidades o desenvolvimento social que preserva e promove os direitos fundamentais. Não se enfraquece o Estado que, cioso de suas falhas e potencialidade, afasta-se da intervenção direta no campo da economia. Ao revés, fortalece-se a sociedade que percebe o Estado como meio para a obtenção de seus objetivos, não como fim em si próprio.”*

Diante de um texto tão abstruso, e após inaudito esforço de inteligência, cheguei à conclusão de que se pretende dizer que as agências reguladoras são essenciais ao fortalecimento da sociedade, “*que percebe o Estado como meio para a obtenção de seus objetivos, não como um fim em si próprio*”. Além do vazio da retórica utilizada, espanta-me ver a sugestão de que as agências reguladoras são **órgãos da sociedade**, já que no Direito brasileiro elas são **órgãos estatais**, mais especificamente do Poder Executivo.

São inúmeros, afinal, os pronunciamentos de que as agências reguladoras servem para conduzir as questões enfrentadas nas concessões de serviço público a decisões **técnicas**, desvinculadas da atuação nefasta dos **políticos**. Isso me leva a especular de onde sairão os dirigentes dessa agências. Serão marcianos? Estarão eles acima do bem e do mal? Ou serão seres humanos, socialmente condicionados como quaisquer outros, sejam técnicos ou políticos? Por outro lado, a difusão dessa imagem negativa do **político** será uma atitude democrática? Haverá democracia sem políticos? Não está subjacente nessa posição uma tendência **tecnocrática**? De minha parte, creio que o aperfeiçoamento dos políticos depende do aperfeiçoamento da democracia, que por sua vez depende, basicamente, da auto-organização dos vários segmentos sociais.

Vale lembrar **Jean Cruet**, que em 1908, em seu livro “*A vida do Direito e a inutilidade das leis*”, já escrevia:

*“Se a lei se apresentasse a todos como a expressão aproximada do equilíbrio real da sociedade, e não como a ordem arbitrária de uma vontade incondicionada, os cidadãos compreenderiam por si mesmos quão mal avisados andam pedindo ao Parlamento leis perfeitas. Seria bem fácil responder-lhes: para fazer leis excelentes, era preciso primeiro uma sociedade melhor.”*

## **Conclusão**

No Direito positivo brasileiro - e a expressão direito positivo é pleonástica, como nos diz o jurista alemão **Norbert Hoerster** -, as agências reguladoras, inclusive as de serviço público, são autarquias, embora submetidas a regime especial. Como tal, são órgãos do Poder Executivo, submetidas aos mesmos controles dos demais órgãos governamentais. Transformá-las em órgãos autônomos, com poder normativo legal ou regulamentar (ou, como se tem costumado dizer, em órgãos do Estado e não do Governo), passa necessariamente por uma reforma constitucional, que depende de uma decisão **política**.

Reafirmo minha opinião de que elas devem ser fortalecidas, tal como defendi em trabalhos anteriores. Temo, porém, que o debate, atualmente travado em termos no mínimo inadequados, termine por perpetuar sua atual fragilidade, o que significa perpetuar a atual inoperância do Estado no exercício de sua função regulatória.

***(Comentário CELC nº 92 – 01.11.2003, 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.*