

O controle social no projeto de Lei das agências reguladoras e a autonomia do ente regulador

Ana Cláudia Aboud Daou (*)

Sumário: 1. Introdução; 2. O controle social no projeto de Lei das agências reguladoras; 3. Como proteger os interesses dos consumidores mantendo atrativo o mercado econômico para os investidores?; 4. Importância da ação preventiva; 5. A ausência de Lei em tema de política tarifária e a falta de definição de políticas públicas; 6. A autonomia das agências no projeto da Lei geral das agências reguladoras; 7. Conclusões.

1. Introdução

A Constituição Federal atribuiu ao Estado a tarefa de regular a atividade econômica (CF, art. 174), incentivando a criação de empresas, exercendo ações fiscalizatórias e planejando políticas para a execução dos serviços públicos.

A função regulatória estatal deve ser avaliada considerando as diferenças existentes entre os setores público e privado, os limites da intervenção do Estado na economia, a necessidade de preservação do equilíbrio econômico financeiro dos contratos celebrados entre a administração pública e o particular e os princípios contemplados no art. 170 da Carta Constitucional, entre eles o da livre concorrência e a defesa do consumidor.

Pretende-se na presente abordagem enfatizar a necessidade da implementação de uma atividade regulatória voltada à defesa do consumidor, destinatário dos serviços públicos prestados pelo particular. A garantia de preços públicos sociais e qualidade do serviço dependem da criação de uma estrutura legislativa e operacional que proteja os direitos do usuário mediante a fixação das bases de uma política tarifária e a manutenção de serviço adequado. (CF, arts. 5º, inciso XXXII, 174 e 175).

O ano de 1990 marcou o início da reforma do Estado brasileiro no que diz respeito à transferência da prestação dos serviços públicos para o setor privado. O *Programa Nacional de Desestatização* foi criado por meio da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, posteriormente revogada pela Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997.

* Promotora de Justiça do Estado do Amazonas

Para enfrentar essa nova realidade e dar cumprimento aos princípios constitucionais supra citados, foram instituídas no Brasil, a partir do ano de 1996, as agências reguladoras com a missão de regulamentar e fiscalizar a prestação dos serviços públicos:

1. Aneel – Agência Nacional de Energia Elétrica, instituída pela Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996;
2. Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações, criada por meio da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT);
3. Anp – Agência Nacional de Petróleo instituída pela Lei n° 9.478, de 06 de agosto de 1997;
4. Anvs (ou Anvisa) – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, criada por meio da Lei n° 9.782, de 26 de janeiro de 1999;
5. Ans – Agência Nacional de Saúde Suplementar, instituída pela Lei n° 9.961, de 28 de janeiro de 2000;
6. Ana – Agência Nacional de Águas, criada pela Lei n° 9.984, de 17 de julho de 2000;
7. Antt – Agência Nacional de Transportes Terrestres, instituída por meio da Lei n° 10.233, de 05 de junho de 2001;
8. Antaq – Agência Nacional de Transportes Aquaviários, criada por meio da Lei n° 10.233, de 05 de junho de 2001.

Inspiradas no modelo norte-americano, as instituições reguladoras têm tido um desempenho ineficaz. Até os dias de hoje verifica-se a ocorrência de graves falhas na execução das funções estatais de regulação e fiscalização do mercado econômico.

Apesar da captação da idéia norte-americana, grande parte do desempenho insatisfatório das agências é atribuído à inexistência de um procedimento de participação efetiva dos interessados na geração das normas produzidas pelos entes reguladores. O modelo de participação vigente nos Estados Unidos prevê fases de negociação e discussão das futuras regras com todos os interessados, até se chegar a um consenso.

Além disso, as agências têm que fundamentar suas decisões, levando em conta princípios como a razoabilidade e a relação custo-benefício, tudo devidamente sujeito a controle judicial¹.

A motivação e publicização das decisões originadas nos órgãos reguladores, é objeto de proposta formulada pelo IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor para alteração do

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. *Direito regulatório: temas polêmicos*, pp. 57/58
312 - Revista do Ministério Público do Estado do Amazonas

projeto de lei das agências reguladoras em tramitação na Câmara dos Deputados (Projeto de Lei nº 3.337/04), sugerindo que todas as decisões das agências, mesmo as tomadas de forma democrática, sejam acompanhadas da exposição de motivos que as embasaram².

Os problemas constantes relacionados com o desempenho das funções estatais a cargo das agências reguladoras movimentaram, ao longo dos últimos anos, a produção de leis, regulamentos e outros atos normativos, a atuação do Ministério Público e entidades representativas de interesses sociais mediante a propositura de ações civis públicas, a prestação de tutelas jurisdicionais de urgência, bem como acirrados debates doutrinários acerca dos temas relacionados com a atividade fiscalizatória do Estado sobre a atividade econômica privada.

Verifica-se que as manifestações de inconformidade com a atuação das agências reguladoras apresentadas pelos mais diversos setores da sociedade organizada, ressaltam o distanciamento entre a satisfação do usuário e os critérios de avaliação adotados pelas referidas autarquias para aferir a eficiência dos serviços.

Constata-se, ainda, que os órgãos reguladores têm priorizado a defesa dos interesses empresariais, desprezando direitos arduamente conquistados pelos consumidores no decorrer dos últimos quatorze anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor.

Mais próximos do usuário de serviços públicos, os Procons e Juizados Especiais refletem essas anomalias, contabilizando grande número de reclamações contra os fornecedores.

O projeto de lei das agências reguladoras em tramitação na Câmara dos Deputados sinaliza com algumas mudanças no que pertine à participação da sociedade nos processos de normatização, fiscalização e decisão comandados por esses órgãos. Todavia, o texto revela a intenção das agências de priorizarem os interesses econômicos dos fornecedores, além de não conter disposições que garantam o respeito amplo aos direitos dos usuários, conforme comentaremos em seguida.

2. O controle social no projeto de lei das agências reguladoras

Discute-se como assegurar ao consumidor-usuário do serviço público meios de participação nos processos de

² A proposta é para inclusão do § 3º no art. 3º do projeto com o seguinte teor: "Todas as decisões, mesmo as tomadas de forma monocrática, devem ser acompanhadas da exposição dos motivos que as embasaram".

regulamentação, fiscalização e execução das políticas públicas estatais implementadas pelas agências, de modo a tornar efetivo o controle social.

Atualmente, o contato do consumidor-usuário com as agências tem se limitado à formulação de reclamações e participação em audiências públicas que antecedem a edição dos regulamentos. Todavia, em face do despreparo técnico dos consumidores para discutir temas como política tarifária, por exemplo, a participação nos referidos atos públicos só tem servido para legitimar situações extremamente desvantajosas para o usuário.

A melhoria na qualidade do serviço público depende de um controle social presente nas várias fases da atividade regulatória, especialmente no processo de normatização. Imprescindível, também, promover a capacitação das associações e demais entidades representativas dos interesses dos consumidores para que possam ter atuação positiva nas discussões.

No projeto de lei das agências reguladoras a participação da sociedade se dará por meio de audiências e consultas públicas. A novidade é que as agências passam a arcar com as despesas decorrentes da contratação de profissional com conhecimento especializado no objeto da consulta pública para assessorar as entidades de defesa do consumidor e seus associados no processo de decisão sobre questão relevante (§ 5º, do art. 4º do projeto).

Embora a contribuição dos entes reguladores na atividade de prestar auxílio técnico às entidades de consumidores dependa da disponibilidade orçamentária e esteja sujeita aos limites e requisitos fixados em regulamento, o texto representa uma conquista.

Contudo, os avanços param por aí. Em matéria de controle social, o projeto de lei não contém mecanismos que permitam transparência nos atos das agências, mantendo um distanciamento entre o usuário e o ente regulador.

Espera-se que esse quadro se reverta com o acatamento pelo Legislativo de propostas de alteração do projeto que sigam a linha das apresentadas pelo IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor que sugerem:

- a) a realização de audiências e consultas públicas antes da tomada de decisão sobre questão relevante (e não, uma ou outra, como está previsto no projeto);
- b) a especificação e publicação dos critérios por meio dos quais a agência avaliará os pedidos de acompanhamento dos processos que envolvem a

- tomada de decisão sobre questão relevante;
- c) a fixação de prazo mínimo de 30 dias para as consultas públicas;
 - d) a disponibilização ao público de estudos, dados e material técnico utilizados como embasamento para as propostas colocadas em audiência pública;
 - e) a destinação pelas agências de recursos específicos do seu orçamento para proporcionar a participação de representantes de associações em suas reuniões e audiências, capacitação de associações nos temas tratados pela agência e elaboração de material voltado à disseminação de informações, entre outras atividades, destinados às associações que não disponham de recursos para essas atividades;
 - f) a disponibilização ao público dos relatórios das atividades da agência contendo estudos, histórico de indicadores do setor, relatórios de reclamações de consumidores, penalidades impostas aos regulados, legislação e outras informações relevantes para acompanhar a evolução do setor e o desempenho da agência ou disponibilizá-las mediante solicitação em um prazo máximo de 30 dias;
 - g) a incorporação nos relatórios da ouvidoria atuando junto à Diretoria Colegiada ou Conselho Diretor da respectiva Agência Reguladora, das reclamações e demandas de usuários feitas na própria agência, nas agências estaduais conveniadas e nos órgãos que fazem parte do sistema Nacional de Defesa do Consumidor.
 - h) o acesso fácil e gratuito dos cidadãos ao ouvidor, de forma a ampliar o conhecimento deste sobre a atuação da agência;
 - i) a inclusão de capítulo regulando a interação operacional entre as agências reguladoras e o sistema nacional de defesa do consumidor de forma que ambos:
 - a) atuem em cooperação na implementação da legislação de defesa do consumidor;
 - b) monitorem as práticas de mercado dos agentes do setor regulado elaborando roteiro de análise de condutas desrespeitosas à legislação de defesa do consumidor;

- c) firmem convênios entre si para coibir atos de desrespeito aos direitos dos consumidores;
 - d) comuniquem, mediante notificação recíproca, denúncias de prática contra a proteção do consumidor de qualquer agente de um setor regulado para análise e manifestação;
-
- j) a solicitação pelas agências reguladoras de parecer ao DPDC – Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça previamente à adoção de normas ou regulamentos que possam ter implicações nos direitos dos consumidores;
 - k) a manutenção pelas agências reguladoras de sistema de acompanhamento das soluções dadas pelos regulados para as reclamações de consumidores, permitindo o acesso do consumidor a essas informações.

Como bem anotado pelo referido instituto de defesa do consumidor nas justificativas que lastreiam as propostas de alteração do projeto, constitui verdadeiro absurdo, a inclusão de capítulo regulando a interação operacional entre as os entes reguladores e os órgãos de defesa da concorrência sem qualquer menção à cooperação com os órgãos do sistema nacional de defesa do consumidor.

Extrai-se da redação do art. 5º do projeto de lei, disposição arbitrária estabelecendo que ficará a critério da agência determinar outros meios de participação de interessados em suas decisões, o que poderá ensejar, inclusive, o impedimento das audiências e consultas públicas, restringindo a participação popular.

Observa-se, também, que o projeto não contempla a publicização das fases dos processos internos que culminarão com decisões sobre questões relevantes para o consumidor-usuário, o que poderá dar margem para corrupção e para a chamada “captura” das agências.

Recentemente, o Diretor-Geral da Aneel anunciou publicamente que a partir de 04 de outubro deste ano, as reuniões deliberativas da diretoria serão abertas ao público.

3. Como proteger os interesses dos consumidores mantendo atrativo o mercado econômico para os investidores?

O VII Congresso Nacional de Direito do Consumidor realizado entre os dias 03 e 07 de maio do corrente ano na cidade de Ouro Preto/MG, ocupou-se do tema “Regulação e proteção ao consumidor: o direito a ser ouvido”.

No painel apresentado pela referida agência reguladora, foi exposta a dificuldade em conciliar a defesa do consumidor com a missão de criar condições para os investidores atuarem no setor de energia elétrica. A conclusão apontou para a necessidade das agências promoverem o equilíbrio entre os vários interesses envolvidos: a garantia dos direitos dos consumidores, a melhoria da qualidade do serviço, a estabilidade de regras, a obediência aos contratos, a remuneração adequada do serviço e o interesse público.

A anunciada harmonia entre os anseios da sociedade e a busca pelo lucro inerente à atividade privadas ainda está muito distante da realidade. E, pior: os órgãos reguladores não estão conseguindo reagir à pressão dos interesses econômicos, o que tem resultado em graves prejuízos aos usuários-consumidores.

Exemplo da atuação tendenciosa das agências foi apontada na palestra do Promotor de Justiça da Comarca de Belo Horizonte, Dr. Paulo Calmon Nogueira da Gama, chamando atenção para o fato de algumas agências atuarem como verdadeiros sindicatos das empresas, ocorrendo o denominado “fenômeno da captura” que ocorre quando a agência perde a independência diante dos agentes econômicos exploradores da atividade regulada, que passam a exercer influência sobre os formuladores da política da agência em detrimento dos usuários³.

Uma reação a esse quadro foi empreendida pela Ans – Agência Nacional de Saúde Suplementar no mês de julho último, propondo Ação Civil Pública para obrigar as operadoras de planos de saúde a adotar o percentual de reajuste máximo de 11,75% nos contratos com consumidores, conforme determinado em instância administrativa pela própria agência.

³ RAMOS, André de Carvalho. *Reverendo a competência da justiça federal em matéria de relações de consumo*. Revista de Direito do Consumidor, n° 40 – out/dez-2001, p. 52.

4. A importância da ação preventiva

Temos vivenciado uma atuação repressiva lenta das agências. As multas são aplicadas após longos procedimentos internos e o efeito da sanção imposta é amenizado pelo decurso do tempo. Ademais, enquanto não se impõe uma sanção definitiva, os fornecedores persistem na prática das condutas lesivas ao consumidor.

Somente a concentração dos esforços nas ações preventivas de ilícitos relacionados com o fornecimento de bens e serviços possibilitará efetiva proteção do vulnerável.

Tais ações passam pelo acompanhamento constante do desempenho do serviço público e compreendem a edição de atos normativos de efeitos concretos sempre que se surgirem fatos que afetem a ordem econômica em prejuízo da normalidade do serviço e do bem estar do consumidor.

Esse é o tipo de atividade típico das agências reguladoras: uma atuação mais dinâmica e imediata, voltada a organização de determinado setor da economia, mediante a emissão de comandos que garantam o equilíbrio das relações de consumo.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, as agências têm a função de adaptar as normas às situações concretas, naquilo que elas permitem certa margem de flexibilidade ou de discricionariedade. Ressalta que a lei não pode deixar flexibilidade (ou discricionariedade) para as agências baixarem normas em matéria de reserva de lei⁴, como em temas relacionados com direito dos usuários, qualidade dos serviços e política tarifária, *ex vi* do disposto no art. 175 da Constituição Federal.

Além disso, os órgãos reguladores devem implementar medidas que fomentem a competição entre as empresas de modo a possibilitar maior qualidade na prestação dos serviços.

Também contribuiria para o aperfeiçoamento dos serviços estabelecer regras que condicionassem a revisão ou reajuste dos preços públicos à melhoria da qualidade do serviço ou à eficiência das empresas no gerenciamento dos seus custos.

As empresas privadas prestadores de serviços públicos têm vantagens em relação às demais empresas atuando no mercado de consumo. Desse modo, as regras devem ser fixadas de forma a reverter para a sociedade os benefícios dessa posição privilegiada, sem colocar em risco o lucro do fornecedor.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito regulatório: temas polêmicos*, pp. 57/58.

5. A ausência de lei em tema de política tarifária e a falta de definição de políticas públicas

Os vícios do serviço público não têm como causa unicamente a ausência de uma atividade regulatória eficaz. A inexistência de legislação definindo os critérios para a fixação das tarifas públicas resulta em danos irreversíveis para os usuários, na medida em que as conseqüências dos abusos cometidos em matéria de preços dificilmente podem ser reparadas mediante ressarcimento ao consumidor.

O problema atinge tanto os preços públicos estabelecidos em nível nacional quanto os de competência municipal. Na falta de lei definindo critérios, ss fórmulas de reajuste das tarifas de energia elétrica, telefonia, água e transporte coletivo têm seus contornos fixados apenas nos contratos de concessão, a partir de regras discutidas somente entre concessionários e agências reguladoras ou entidade federativa. O consumidor é alijado desse processo, apesar de ser ele quem paga o preço.

Em sede de transporte coletivo no Município de Manaus até hoje não foi criada lei estabelecendo os itens integrantes da planilha de custos do serviço, conforme previsão inserida no art. 265 da LOMAN.

O vácuo legislativo obriga os órgãos de defesa do consumidor a buscarem junto ao Poder Judiciário decisão que obrigue o Poder Público a adotar um procedimento prévio a majoração dos preços públicos que assegure a participação do usuário nas discussões e possibilite transparência e clareza em relação ao valor tarifário.

O Estado-Juiz acaba fazendo o papel do Estado-Legislador, invertendo a ordem estabelecida pelo princípio da democracia participativa.

Por último, a experiência tem demonstrado que os parâmetros do valor tarifário definidos em lei não podem resumir-se a fórmulas definitivas ou cálculos sedimentados em uma planilha de custos. Devem levar em conta as variáveis econômicas e sociais, obrigando sempre o Estado a pesquisar periodicamente a realidade da camada da população destinatário do serviço de modo a aferir a capacidade de pagamento do consumidor em relação ao preço público.

6. A autonomia das agências no projeto da lei geral das

agências reguladoras

As discussões atuais sobre o projeto da lei geral das agências reguladoras incluem pleito das agências buscando maior autonomia, com o objetivo de minimizar o risco de interferências políticas tanto na fixação de tarifas quando na prestação dos serviços. Do contrário, argumentam, o mercado brasileiro não será atrativo para os investidores, sujeitos que estarão à instabilidade política governos.

Pretendem, também, expurgar do projeto a obrigatoriedade de submissão das propostas de regulamento aos órgãos de defesa da concorrência, alegando que essa medida burocratiza o processo regulatório, o que é danoso aos usuários, aos investidores, ao próprio governo.

A Aneel recusa, sob o mesmo argumento, o controle da ouvidoria sobre sua atuação, sustentando a manutenção no substitutivo da competência legal da Aneel para receber as demandas e reclamações dos usuários sobre os serviços prestados pelas concessionárias.

A agência de energia insurge-se, ainda, contra os “contratos de gestão” contemplados no projeto, aduzindo que tal instrumento vincula metas e liberação de recurso, formalizando o contingenciamento que já é imposto à Aneel com prejuízos para os usuários e para o desenvolvimento do setor elétrico.

Por último, não concordam que os Ministérios a que estão vinculadas concedam as outorgas para a prestação do serviço público, sob a justificativa de que isso significaria uma departamentalização em relação aos órgãos do governo.

Em síntese, as agências não admitem submissão aos órgãos de defesa da concorrência, à ouvidoria, aos contratos de gestão ou a qualquer outra ação do governo, defendendo que o controle seja feito exclusivamente pelo Congresso Nacional.

Todavia, a autonomia plena das agências, além de representar um risco à proteção dos direitos dos usuários, não tem sustentação frente ao ordenamento jurídico brasileiro, notadamente em face de princípios consagrados na Constituição Federal.

A Constituição estabelece obrigações ao Estado em nível de princípios fundamentais, como erradicação da pobreza, respeito à dignidade da pessoa humana, defesa do consumidor e desenvolvimento econômico. Essas questões devem ser avaliadas e equilibradas dentro de um contexto de Estado, mediante a fixação de políticas públicas, extrapolando o âmbito estritamente técnico que marca a atuação da agência reguladora.

Ademais, em função do que preconizam os arts. 174 e 175 da Constituição Federal, a responsabilidade pela prestação do serviço público é, em último caso, do Estado. Assim, na hipótese de descumprimento dos princípios constitucionais acima apontados, bem como do dever de manter serviço público adequado e tarifa social, caberá a responsabilização do ente federativo respectivo.

O receio que a manutenção do Estado no controle das agências reguladoras afaste o interesse privado no mercado brasileiro pode ser contornado pela criação de leis que estabeleçam regras definidas sobre política tarifária e pela formalização de documentos que contenham as políticas a serem adotadas pelos governos para determinado setor.

Finalmente, não se pode permitir que, no afã de atrair o capital privado, se flexibilize demais as regras que possibilitam a fiscalização da eficiência das empresas pelo Governo e pela sociedade.

7. Conclusões:

Diante do que foi exposto podemos concluir que:

1. O projeto de lei das agências reguladoras pouco avançou em termos de controle social, carecendo de normas que observem os princípios da publicidade, da democracia participativa e da defesa do consumidor consagrados na Constituição da República;

2. Para um controle social eficiente, o Estado por si ou por meio dos entes reguladores, deverá prestar apoio técnico às entidades representativas dos interesses dos consumidores para discutir as questões relacionadas com a concessão, a normatização, a fiscalização e a execução dos serviços públicos, bem como promover cursos permanentes e gratuitos sobre cálculos tarifários, funcionamento do serviço, legislação sobre concessões e permissões;

3. As agências reguladoras devem dar transparência aos atos que praticarem: divulgar relatórios das atividades, informar à população as fases em que se encontram o julgamento dos processos, possibilitar o acesso amplo às minutas de regulamentos que pretende editar etc.;

4. Em sede de política tarifária, além da necessidade de

delimitação legal dos critérios de reajuste dos preços públicos, é preciso criar mecanismos eficientes de controle social e estatal da atuação dos prestadores do serviço;

5. A atuação dos órgãos reguladores deve ser mais preventiva que repressiva, o que só será possível se houver um monitoramento constante das atividades dos agentes econômicos exploradores da atividade regulada, inclusive mediante a propositura de medidas judiciais que obriguem os regulados ao cumprimento das obrigações assumidas ou das normas impostas;

6. Deve ser ampliada a comunicação entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa do consumidor, com o objetivo de aproximar as agências dos problemas sociais, sensibilizando os órgãos de regulação para a tomada de decisões que efetivamente retratem equilíbrio entre os interesses envolvidos;

7. A prestação de serviços públicos envolve uma série de fatores que extrapolam aspectos técnicos, cabendo aos governos a definição de prioridades dentro de toda uma conjuntura social e econômica do país. Por esse motivo, o ente federativo deverá exercer controle sobre as atividades das agências.

Referências bibliográficas

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito regulatório*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2002.
- MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri, SP: Manole, 2003.