

Agências Reguladoras
Jerson Kelman¹ e Diana Kelman Frajtag²

Regulação da prestação de serviços de um monopólio natural

A produção de bens e prestação de serviços em ambiente competitivo dispensa regulação econômica porque o consumidor consegue proteger seus interesses simplesmente escolhendo o produto ou o prestador de serviços que melhor o atenda. Entretanto, existem serviços que são mais bem prestados, sob a ótica do consumidor, na forma de monopólio e não sob regime competitivo. A distribuição de água é um destes serviços. Imagine uma rua onde co-existam diversas empresas distribuidoras, cada uma delas instalando e operando a sua própria tubulação. A confusão seria grande e a tarifa alta, por conta da perda de economia de escala. Raciocínio similar se aplicaria a outros serviços, tais como distribuição de gás, de energia elétrica, bem como captação de esgoto e telefonia fixa, todos “naturalmente” melhor prestados na forma de monopólio. Vem daí a expressão “monopólio natural”.

Monopólios naturais devem ser exercidos visando o bem estar comum. Em todo o mundo, os sistemas jurídicos tendem a atribuir ao governo esta responsabilidade, chamada de “titularidade”. Dependendo do serviço e do sistema jurídico, a titularidade pode ser municipal, estadual ou federal. Por exemplo, no Brasil o suprimento de água é municipal³, o de gás é estadual e o de energia elétrica é federal. Como titular do serviço cabe ao governo exercê-lo diretamente, ou indiretamente, através de concessão. Neste último caso, governo é o poder concedente e o prestador de serviços é o concessionário.

O objetivo de maximização dos lucros do concessionário, público ou privado, deve ser contrabalanceado pela atuação de uma agência reguladora que fiscalize o cumprimento do contrato de concessão e atue como árbitro na solução de questões não previstas no contrato, que inevitavelmente surgem ao longo dos diversos anos de duração da concessão. Tipicamente, a agência reguladora tem incumbência de fiscalizar a qualidade dos serviços, o atendimento das metas de expansão e repassar aos consumidores parte dos benefícios resultantes da redução de custos decorrentes de avanços tecnológicos ou administrativos, através da redução de tarifas.

Sendo pública ou privada, a concessionária detém um monopólio cujo regime, por definição, pode facilmente incorrer em abusos contra os usuários, que se encontram em posição de inferioridade, pela ausência de alternativas. Pode-se imaginar que uma concessionária pública, por exemplo, uma empresa estatal, estaria sempre atuando em defesa do interesse público, dispensando a regulação. Entretanto, a prática mostra que freqüentemente o interesse corporativo prevalece, na forma de benesses para os funcionários.

Por outro lado, o concessionário não pode ficar à mercê de exigências absurdas do poder concedente, não previstas em contrato, particularmente quando se tratar de reajuste tarifário, freqüentemente objeto de demagógicas promessas eleitoreiras, que dissociam preços dos custos.

Por estas razões, a agência reguladora deve atuar de forma independente e autônoma, procurando arbitrar eventuais conflitos, buscando o equilíbrio entre os interesses do governo (poder concedente), do concessionário e do consumidor. A agência reguladora não deve ser uma entidade de governo e sim uma entidade de estado, à semelhança dos tribunais. Se a agência reguladora fosse uma entidade de governo, haveria o risco de que ela atuasse visando objetivos de curto prazo, de natureza eleitoral. Para que uma agência reguladora possa efetivamente ser

¹ Professor da COPPE-UFRJ (aprovado pelo Senado para ocupar o cargo de Diretor-Presidente da ANA)

² Economista e Mestranda da PUC-Rio

³ Há controvérsia sobre a titularidade do serviço de suprimento de água de regiões metropolitanas, que é atribuída por muitos juristas ao Estado.

independente, é necessário que (“Selecting an Option for Private Sector Participation”, Banco Mundial, 1997):

- a escolha dos diretores seja feita com base na capacitação técnica
- os diretores sejam protegidos de demissões de natureza política
- os recursos financeiros para o funcionamento da agência derivem de taxas aplicadas às concessionárias ou aos usuários dos serviços, e não de fontes fiscais
- os salários da agência devem ser compatíveis com o do mercado, para evitar corrupção e para atrair bons profissionais
- os diretores não exerçam atividades políticas
- os diretores não tenham qualquer interesse no ramo de atividades sob regulação

Tipicamente, cabe a uma agência reguladora as seguintes responsabilidades (idem):

- determinar aumentos tarifários
- determinar o padrão de prestação de serviços
- monitorar a atuação da concessionária e o cumprimento do contrato de concessão
- receber queixas e arbitrar disputas entre a concessionária e os usuários dos serviços
- impor sanções à concessionária pelo descumprimento de obrigações

Regulação da utilização por particulares de bens públicos

Muitos recursos naturais de domínio público têm valor econômico porque o uso que A faz do recurso impede B de fazê-lo ou, pelo menos, causa algum custo a B. Este é o caso, por exemplo de campos de petróleo ou de aquíferos subterrâneos, que são explorados através da perfuração de poços, ou ainda de potenciais hidráulicos, que são explorados através da instalação de usinas hidroelétricas. Nesses casos, cabe ao poder público assegurar que a utilização destes bens públicos se faça preservando o interesse público.

O direito de utilizar bem público por parte de um particular é assegurado através de um contrato de concessão ou através de uma simples autorização de uso. No contrato de concessão as obrigações recíprocas entre poder público e usuário são claramente estabelecidas e a situação do particular é mais estável do que no caso de autorização de uso.

A agência reguladora da utilização por particulares de bens públicos deve procurar o equilíbrio entre os interesses do governo e do concessionário ou autorizado, bem como harmonizar os interesses por vezes conflitantes de diferentes usuários do bem público. Para isso a agência deve se comportar valorizando, acima de tudo, o uso sustentável do recurso natural, para a presente e para as futuras gerações.

Brasil contemporâneo

A crise brasileira da década de 80 foi também uma crise de Estado. O modelo de desenvolvimento adotado até então pelo governo brasileiro, era o de um Estado que, além de cumprir suas funções básicas, tinha também a responsabilidade de atuar no setor produtivo, tomando iniciativa em investimentos onde se acreditava que a participação da iniciativa privada seria inviável ou desinteressante, do ponto de vista estratégico. Historicamente, o atraso dos ajustes tarifários durante períodos de forte inflação, para minimizar os efeitos sobre a população, teve o efeito de desatrelar preços de custos. Como resultado, as empresas públicas prestadoras de serviços ficaram menos transparentes e, freqüentemente, passaram a atuar mais na defesa dos interesses de seus funcionários do que nos da população. Nesses casos o serviço deteriorou ou deixou de se expandir no ritmo necessário. Foi nesse contexto que fermentou a discussão sobre a reforma do Estado e se criaram as primeiras agências reguladoras, respectivamente ANATEL, ANP e ANEEL.

Estrutura administrativa das agências reguladoras

As agências reguladoras costumam adotar uma estrutura administrativa apropriada à responsabilidade de “julgar casos”. Tipicamente, a diretoria, ou conselho diretivo toma decisões de forma colegiada, por maioria de votos. Criam-se superintendências especializadas, de natureza técnica, econômica e jurídica que respaldam as decisões do colegiado.

Na formatação administrativa mais assemelhada com a de um tribunal, cada diretor acessa indiscriminadamente as superintendências, dependendo das necessidades. Em caminho contrário, cada superintendente se reporta a qualquer um dos diretores. Chamemos esta alternativa de “organização 1”.

A “organização 1” não funciona corretamente quando cabe à diretoria a responsabilidade pelas atividades executadas pelas superintendências, como ocorre tipicamente com as agências de caráter mais executivo. Nesse caso surgiriam inevitavelmente comandos conflitantes. Além disto, cada superintendente poderia buscar orientação do diretor que mais viesse a facilitar a sua vida, e não necessariamente do mais capacitado. Por causa disto, muitas agências adotam a “organização 2”, em que cada superintendência fica subordinada a um determinado diretor, que pode ser escolhido por capacidade ou afinidade com o tópico específico, ou por algum critério de rotatividade. Nesse último caso, há um custo associado com o aprendizado de cada diretor na transferência para uma nova área de atuação. Por outro lado, há uma nítida vantagem: a diretoria adquire características de multi-funcionalidade e visão geral do funcionamento, que otimizam a qualidade das decisões.

Regulação da utilização de recursos hídricos

Bens públicos que no passado não tinham valor econômico, devido à relativa abundância, hoje têm. É o caso, por exemplo, dos rios. Nossos avós entendiam que os rios seriam sempre capazes de suprir as necessidades da população, seja para suprir as cidades com água, seja para diluir e afastar os dejetos. No entanto, durante o século XX a população multiplicou-se por 3 e o consumo de água por 6, basicamente devido à crescente utilização da água na indústria e na agricultura.

Cabe ao poder público examinar cada pedido de utilização da água de um rio, considerando-se os aspectos quantitativos e qualitativos. Quando concedida, a “outorga” de direito de uso da água protege o usuário contra o uso predador de outros usuários que não a possuam. Em situações de escassez, seja para captação seja para diluição de efluentes, os não-outorgados deverão ser reprimidos para garantir a utilização da água -e conseqüentemente os investimentos- daqueles que seguiram o procedimento legal.

A outorga de direito de uso do recurso natural água não deve ser confundida com concessão de serviço público, como é o caso de abastecimento de água, tratamento de esgoto urbano ou produção de energia elétrica. O poder outorgante de direito de uso de água é o Governo Federal ou os governos estaduais, conforme o caso. A outorga tem prazo de validade limitado (Lei 9.433/97, art. 16) e não implica na alienação parcial das águas, que são inalienáveis, mas o simples direito de uso (Lei 9.433/99, art. 18).

A importância da outorga é mais bem percebida através de um exemplo. Suponhamos que o fazendeiro A tenha implantado uma fruticultura irrigada, de alto custo. Passados um par de anos, antes mesmo que A tenha feito a primeira colheita, B, vizinho a montante de A, decide utilizar uma grande quantidade de água para irrigar uma nova lavoura. Para dramatizar, imaginemos que B consuma tanta água que inviabilize a fruticultura de A. O que sucede?

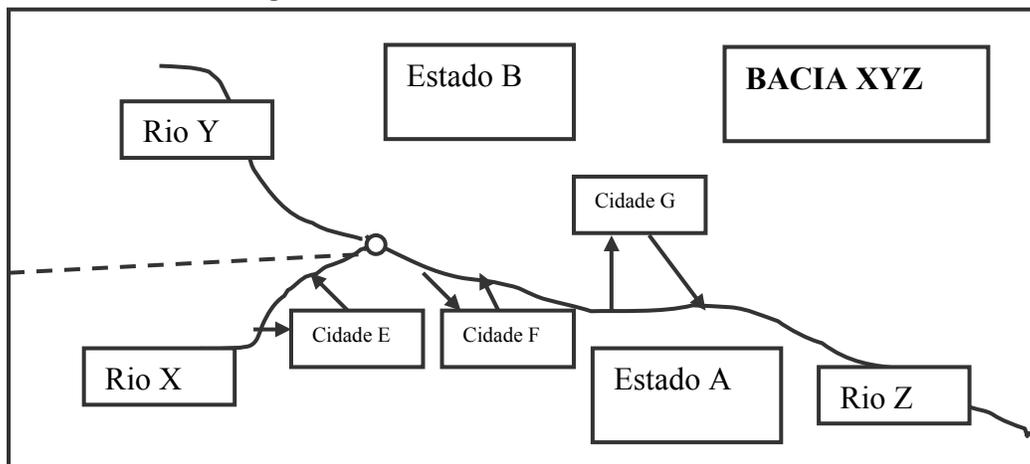
Numa situação em que o sistema de outorga não esteja implantado, A perde o investimento e serve de exemplo contra iniciativas empreendedoras assemelhadas. A tendência é de manutenção

do subdesenvolvimento, dada a inexistência de garantia quanto a disponibilidade de água, assumida como insumo básico do processo produtivo. Se o sistema está implantado, B não se aventuraria a fazer o investimento sem a correspondente outorga. Entretanto, o pedido de outorga de B seria provavelmente negado pela impossibilidade de atender ao acréscimo de demanda. Caso B insistisse em desviar água do rio, mesmo sem outorga, A poderia acionar a polícia.

Como se percebe, a outorga tem valor econômico para quem a recebe, na medida que oferece garantia de acesso ao bem escasso. Sem a existência de outorgas, os usuários se comportariam como comensais mal-educados, sentados em torno de uma mesa ao centro da qual se encontra um bolo: todos tendem a comer rápida e atabalhoadamente porque qualquer adiamento de consumo poderá resultar no desaparecimento do "recurso" em boca alheia. Com a outorga, cada usuário sabe que tem um pedaço do bolo reservado em seu nome, podendo exercer este direito no momento mais apropriado. Naturalmente, uma outorga de uso de recursos hídricos deve caducar caso o beneficiado com a autorização não a exerça ao longo de um período de, digamos, três anos.

Segundo a Constituição de 1988, os rios podem ser de domínio da União ou dos estados. Seria razoável que a Constituição atribuísse o domínio de um rio X ao Estado "A" apenas quando os usos e usuários deste rio, todos localizados no Estado "A", não afetassem quaisquer usos e usuários localizados em outros estados. Se assim fosse, o rio X da Figura 1 não poderia ser de dominialidade do Estado A, já que a poluição causada pela cidade E, localizada às margens do rio X, no Estado A, poderia afetar a utilização do rio Z pela cidade G, localizada no Estado B. Entretanto, os constitucionalistas entendem que o rio X é de domínio do Estado A porque tem nascente e foz neste Estado. Analogamente, o rio Y é de domínio do Estado B e o rio Z, por fazer fronteira entre dois estados, é de domínio da União. De acordo com este entendimento, as empresas de saneamento das cidades E e F devem obter outorga para captação de água e para diluição da carga poluente remanescente respectivamente dos órgãos gestores de recursos hídricos do Estado A e da União.

Figura 1 – Rio Z é fronteira entre estados A e B



Como a água que passa pelo rio X é a mesma que passa pelo rio Z, é evidente que a dominialidade do Estado A sobre o rio X não pode ser absoluta. Por exemplo, a cidade E não pode secar ou poluir o rio X porque tal ação impactaria negativamente todos os usuários de recursos hídricos localizados a jusante, não só do Estado A, como é o caso da companhia de saneamento da cidade F, como também do Estado B, como é o caso da companhia de saneamento da cidade G. Se a dominialidade do Estado A sobre o rio X não pode ser absoluta, quais seriam as condicionalidades?

O inciso V do art. 1º da Lei 9433/97 proclama que "a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de

Gerenciamento de Recursos Hídricos” e o art. 4º diz que “a União articular-se-á com os Estados tendo em vista o gerenciamento dos recursos hídricos de interesse comum”. Uma forma sensata de implementar esta articulação consiste em condicionar o poder de outorga dos Estados à manutenção de vazão mínima, atendidos padrões de qualidade, no ponto a jusante em que a água passa a ser de domínio da União.

Em qualquer circunstância é desejável que a União delegue aos Estados o poder de outorga e, junto com ele, a arrecadação derivada da cobrança pelo uso de recursos hídricos (art.14 da Lei 9433/97). Assim, o poder de outorga do rio Z poderia ser delegado ao consórcio formado pelos Estados A e B, caso seja este o desejo de ambos os Estados e para isto estejam capacitados.

Agência Nacional de Águas – ANA

A Lei 9.984/2000 determina que a ANA atuará em articulação com órgãos e entidades públicas e privadas integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Isto significa que a ANA deverá regular o uso de recursos hídricos de competência federal e, ao mesmo tempo, assegurar que os outros atores estejam fazendo o que lhes cabe para o efetivo funcionamento do Sistema. Por exemplo, nas bacias hidrográficas com “stress” hídrico, devem estar funcionando os respectivos comitês de bacia. Cada comitê é associado ao recorte territorial de uma bacia hidrográfica, que em geral não coincide com o resultante das fronteiras entre estados. O comitê funciona como se fosse o parlamento da correspondente bacia, onde se deve tomar as principais decisões políticas sobre a utilização das águas. O comitê de bacia deverá ter selecionado uma entidade sem fim lucrativo para lhe servir como braço executivo, na forma de “agência de bacia” ou “agência de água”. De preferência este braço executivo deve adotar as figuras jurídicas previstas nas Leis 9.637/98 e 9.790/99, respectivamente “organização social - OS”, ou “organização da sociedade civil de interesse público - OSCIP”. Trata-se de entidades não-governamentais autorizadas a executar funções de interesse público. A ANA deverá firmar contrato de gestão (ou termo de parceria) com a agência de bacia, conforme o caso, para a transferência de recursos financeiros arrecadados na própria bacia, através da cobrança pelo uso de recursos hídricos, e para transferência de recursos fiscais da União. O contrato de gestão (ou o termo de parceria) deverá conter as cláusulas que tenham sido aprovadas pelo correspondente comitê de bacia. Além disto, a ANA deverá ajudar os órgãos gestores estaduais de recursos hídricos a adotarem procedimento semelhante, com o objetivo de assegurar: (i) a descentralização do processo decisório e, conseqüentemente, da fiscalização; (ii) a adoção da bacia hidrográfica como unidade geográfica para planejamento da utilização de recursos hídricos, a despeito da eventual multiplicidade de governos, estaduais e federal, com domínio sobre cursos de água na bacia.

Caberá à ANA regular a utilização de um bem público – os recursos hídricos de domínio da União - à semelhança de outras agências reguladoras, como é o caso da Agência Nacional de Petróleo - ANP para campos petrolíferos e o da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL para potenciais hidráulicos. Caberá também à ANA a responsabilidade de ajudar a implantação da capacidade institucional, tanto nos governos estaduais quanto nos organismos de bacia, que faça funcionar o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Esse Sistema permitirá que as decisões sejam tomadas pelos interessados, o mais próximo possível de onde ocorram os problemas.

KELMAN, J. & FRAJTAG, D. K. **Agências Reguladoras**. Boletim da Associação Brasileira de Recursos Hídricos - ABRH, n. 3, nov. 2000.