

## Capítulo XII

### Perspectivas para o ambiente regulado

Por Marcelo Machado Gastaldo e Pablo Berger\*

#### Como funcionam as agências reguladoras e por que o modelo americano de regulação deve ser visto como exemplo para o Brasil

No ano de 2009 iniciamos a análise de diversos assuntos relacionados ao direito de energia, desde o histórico da regulamentação do setor elétrico até os modelos regulatórios estrangeiros vinculados à questão energética, passando pela análise jurídica das condições gerais de fornecimento de energia elétrica e as questões tributárias incidentes sobre a matéria.

Foram, com este, 12 artigos ao todo que visaram aprofundar a análise jurídica de questões que não são, a despeito de esparsos estudos, objeto de artigos técnico-jurídicos.

Diante de todo o estudo realizado no decorrer do presente ano, chegamos a este último artigo, com o qual pretendemos abordar perspectivas para o ambiente regulado, sob a ótica, evidente, do direito contemporâneo.

O advento da regulação dos serviços públicos – e por decorrência dos órgãos reguladores – não significa a criação de um quarto poder nas democracias modernas.

Os órgãos reguladores guardam alguma semelhança com o Ministério Público, embora com diferenças expressivas, entre as quais o fato de ainda a regulação de serviços públicos não constar explicitamente da Constituição Federal.

Uma razoável ideia do que vem a ser um órgão regulador de serviços públicos é considerá-lo um quase Poder Legislativo (já que deve estabelecer normas e regras para a adequada prestação dos serviços públicos,

neste sentido acaba possuindo autorização legal para executar uma legislação infraconstitucional), bem como um quase Poder Judiciário. As prestadoras de serviços públicos são reguladas pelo órgão regulador que pode julgá-las e imputar as mesmas multas, podendo até excluí-las da condição de prestadoras de serviços públicos. Um quase executivo neste caso tem a obrigação de fazer cumprir rigorosamente todos os termos dos contratos de concessão firmados entre o governo e a prestadora do serviço público.

Outro ponto crucial para a compreensão do papel de um órgão regulador é compreender que, no processo de prestação de serviços públicos, existem basicamente três interesses distintos e que podem estar em conflito. Cabe ao órgão regulador o papel de mediador dos interesses do usuário, do prestador de serviços (concessionária) e do governo.

No bojo da Lei das Concessões, criam-se as agências responsáveis pela regulação das concessões de serviços públicos. No caso do serviço público de energia elétrica, ocorreu a extinção do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE), que era um órgão sem necessária autonomia do Poder Executivo, transferindo-se as suas atividades para a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), órgão criado com autonomia do Poder Executivo, razão primeira para vir a tornar-se um marco expressivo no novo desenho do setor elétrico, tema anteriormente examinado nesse mesmo espaço.

No próximo ano, o Brasil terá mudança no comando dos Poderes Executivos Federal e Estaduais, o que forçosamente cria um clima propício para proposições inovadoras. De outro lado, estamos navegando em um mar revolto pelas consequências da crise financeira internacional. Como uma das suas causas foi a precária regulação dos setores financeiros, não é preciso ser vidente para deduzir que o debate sobre o aprofundamento da regulação dos serviços públicos será retomado.

A atração de investimentos internacionais para o setor elétrico brasileiro, e mesmo para outros setores de infraestrutura, estará mais do que nunca diretamente vinculada à existência de uma regulação de serviços públicos consistentes, com regras estáveis e especialmente com órgãos reguladores sérios, com autonomia, com elevada competência técnica e também ágeis. Como aceitar que os Poderes Executivos Federal e Estadual sigam, por exemplo, contingenciando os recursos auferidos pela Aneel por meio de parcela da tarifa paga pelos consumidores de energia elétrica?

A Constituição Federal ou mesmo a legislação dela decorrente há que coibir de vez tal prática absurda. Entretanto, a Aneel deverá tornar mais efetivas as chamadas audiências públicas que realiza, já que uma parcela expressiva dos agentes do setor elétrico garante que raramente a Aneel considera suas sugestões de aperfeiçoamento das resoluções.

Ao analisar perspectivas, não há como deixar de sugerir

modificações que, no nosso entendimento, sejam relevantes para o aperfeiçoamento do sistema, bem como sejam entendidas pelos investidores estrangeiros como consequência da maturidade do ordenamento brasileiro, no que seja pertinente ao setor elétrico.

Dessa forma, uma primeira e importante sugestão seria a edição de proposta de Emenda Constitucional (PEC), visando à regulação de serviços públicos.

Referida emenda deverá conter uma definição consistente e abrangente de regulação de serviços públicos, impor a obrigatoriedade de os órgãos federais e estaduais de regulação de serviços públicos disporem de ampla autonomia, vedando-se interferências do Poder Executivo nos mesmos. Ainda, tal proposta deve explicitar que os órgãos reguladores não executarão políticas públicas, tendo somente caráter técnico.

Como exemplo, podemos partir do modelo americano de agências reguladoras, o qual serviu de inspiração para o direito regulatório brasileiro, entretanto, sem a mesma eficácia. Cabe observar que, no contexto da administração norte-americana, as agências comportam classificação em duas espécies: *regulatory agency* e *non-regulatory agency*.

As agências reguladoras americanas têm poderes conferidos por delegação do Congresso Nacional, compreendem as capacidades normativa e decisória, e condicionam direitos, liberdades e atividades econômicas. Resolvem, ainda, conflitos

entre pessoas a elas vinculadas. Já as agências não reguladoras correspondem àquelas que são investidas para prestação de serviços públicos quando não exercidos pela administração centralizada, com poderes bem mais limitados, cuja atividade se reduz a reconhecer benefícios e ajudar os mais desfavorecidos na prestação de serviços sociais.

Nas agências reguladoras dos Estados Unidos, a destituição dos dirigentes está condicionada a uma decisão do Poder Legislativo, com os motivos fixados em lei. É nesse ponto que o direito brasileiro deveria adaptar-se a fim de não ver o corpo técnico nomeado por razões políticas, ou, ainda, que técnicos com reconhecida competência venham a ser destituídos das suas funções em virtude de questões político-partidárias, como vem ocorrendo nos dias atuais. Por isso, é necessária a adaptação da legislação brasileira a fim de evitar que tais hipóteses ocorram.

Por sua vez, há, no Brasil, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) de nº 81/2003, aguardando ser pautada para votação desde 2007, que prevê substantiva modificação no ambiente regulado. A PEC contempla vários dos princípios já presentes na legislação vigente das agências reguladoras. Ao elevar os princípios ao patamar constitucional, reconhece-se a importância da atividade reguladora para o Estado, além de estender os princípios a todas as entidades.

Apesar de não eliminar a necessidade de uma lei geral das

agências reguladoras, a proposta fixa novos parâmetros a serem observados pela lei ordinária, como a determinação de que essas autarquias especiais gozarão de liberdade decisória, administrativa e financeira.

A PEC determina ainda que a regulamentação do assunto seja feita mediante lei complementar em vez de lei ordinária. Para se tornar emenda constitucional, a proposta que especifica os princípios das agências reguladoras precisa ser aprovada em primeiro e segundo turnos nas duas casas do Congresso Nacional.

Para garantir que as agências não se desviem de suas finalidades como entidades estatais, a PEC prevê, ainda, que a imparcialidade, transparência e publicidade devem nortear suas ações.

A estabilidade do mercado é outra preocupação da proposta. Para isso, a PEC determina que as agências devem exercer mínima intervenção na atividade empresarial e a promoção da livre iniciativa. A previsibilidade dos marcos regulatórios para os setores da economia e a observância aos contratos também estão contempladas na proposição.

Por se tratar de importante proposta de modificação, cumpre transcrever o artigo que será inserido, caso a PEC em análise seja aprovada:

*Art. 175-A. As agências reguladoras, entidades sujeitas ao regime autárquico especial, destinadas ao exercício de*

atividades de regulação e fiscalização, inclusive aplicação de sanções, com vistas ao funcionamento adequado dos mercados e da exploração e prestação dos serviços e bens públicos em regime de autorização, concessão ou permissão, harmonizando interesses de consumidores, do poder público, empresas e demais entidades legalmente constituídas, observarão, em sua constituição e funcionamento, os seguintes princípios:

I – proteção do interesse público;

II – defesa da concorrência e do direito do consumidor;

III – promoção da livre iniciativa;

IV – prestação de contas;

V – universalização, continuidade e qualidade dos serviços;

VI – impessoalidade, transparência e publicidade;

VII – autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira;

VIII – decisão colegiada;

IX – investidura a termo dos dirigentes e estabilidade durante os mandatos;

X – notória capacidade técnica e reputação ilibada para exercício das funções de direção;

XI – estabilidade e previsibilidade das regras;

XII – vinculação aos atos normativos e a contratos.

Parágrafo único. Lei regulamentará o disposto neste artigo,

inclusive quanto ao controle externo e supervisão das agências reguladoras pelo Poder Executivo.

Como podemos notar, caso a PEC seja aprovada, a modificação será substancial e atenderá às modificações sugeridas a fim de tornar mais sólido o sistema e ver prevalecer a qualificação técnica em detrimento de questões político-partidárias, aspecto nefasto ao serviço público em geral.

Pretendemos, com o breve estudo, demonstrar quais perspectivas jurídicas recaem sobre o ambiente regulado, destacando que tais perspectivas, a meu ver, estão entrelaçadas com a necessária aprovação da PEC anteriormente referida, a fim de garantir autonomia e garantia a técnica enquanto princípio fundante do ambiente regulado, de modo a possibilitar investimentos estrangeiros, os quais somente serão viabilizados em um mercado com regras claras.

---

\* **MARCELO MACHADO GASTALDO** é advogado, especialista em direito em energia elétrica e diretor jurídico do GrupoCom. **PABLO BERGER** é advogado e coordenador do Comitê Legal da Câmara Britânica de Comércio e Indústria (BRITCHAM)

#### FIM

Confira todos os artigos deste fascículo em [www.osetoreletrico.com.br](http://www.osetoreletrico.com.br)  
Dúvidas, sugestões e comentários podem ser encaminhados para o e-mail [redacao@atitudeeditorial.com.br](mailto:redacao@atitudeeditorial.com.br)