

Constituição Federal, serviços públicos concedidos e uso de bem público.

Jerson Kelman

Luiz Antonio R. Veras

Introdução

Na década de 80 o Estado atuava no setor produtivo, por meio das empresas estatais, com pesados investimentos. Acreditava-se que a participação da iniciativa privada na expansão da infra-estrutura seria inviável ou desinteressante. Ademais, adotava-se uma prática mortal para serviços públicos: o descasamento entre tarifas e custos, por efeito de congelamentos tarifários que visavam à contenção da inflação. Na dimensão política o regime militar era notoriamente anti-soviético. Porém, na dimensão produtiva estruturava-se de forma centralizada, à semelhança da então União Soviética.

Iniciada na administração Vargas, a era das empresas estatais se manteve durante o período da Carta de 1967 e não encontrou obstáculos na Constituição Federal de 1988 - CF/88. Compreende-se: quando a Constituição foi promulgada, ainda era predominante o conceito de Estado forte, dotado de ampla capacidade de planejamento e ação, com resultados práticos demonstrados durante o milagre econômico da década de 70. Pouco depois, com a queda do Muro de Berlim, esse conceito começou a definhir num amplo espectro de cabeças pensantes, mas a Constituição já estava promulgada.

A Constituição acolheu generoso conjunto de reivindicações que visavam assegurar os direitos individuais dos cidadãos e repartir o bolo do crescimento econômico. Pouca atenção foi dada à criação de condições para que o bolo continuasse a crescer. Até porque a repartição não havia ocorrido durante o período militar, a despeito do intenso crescimento da economia. Com esse foco, não se atentou para a evidente incapacidade do Estado de mobilizar poupança suficiente para desenvolver setores estratégicos, notadamente na área de infra-estrutura, como energia, telecomunicações, transportes e saneamento básico. A Constituição cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, promoveu avanços, principalmente quanto aos direitos individuais e coletivos, ainda que sem o devido equilíbrio com as obrigações. A excessiva atenção dada aos direitos individuais, sem o correspondente equacionamento de como poderiam ser atendidos, resultou num arranjo institucional utópico em que o Estado é obrigado a tudo prover, mesmo que não tenha os recursos materiais e humanos para fazê-lo.

As emendas constitucionais que se seguiram, na década de 90, buscaram corrigir a rota e recuperar o tempo perdido no crescimento econômico. Três tipos de reformas, concretizadas por emendas à Constituição e por legislação infraconstitucional, marcaram o novo Estado

nacional: a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, a flexibilização de monopólios estatais e a desestatização.

As Emendas Constitucionais nº 08 e nº 09, ambas de 1995, foram importantes marcos da reforma do Estado brasileiro, ao alterar o art. 21, incs. XI e XII ¹, e o art. 177, § 1º e § 2º, inc. III ², da Constituição Federal, instituindo modificações no regime dos serviços públicos de telecomunicações, a quebra do monopólio estatal do petróleo e prevendo a criação de órgãos reguladores. Tais transformações modificaram a forma de atuar do Estado no domínio econômico, tanto na prestação de serviços públicos quanto na exploração de atividades econômicas.

Por seu art. 175 ³, a CF/88 dispôs que cabe ao Poder Público prestar serviços públicos, direta ou indiretamente, neste caso mediante concessão ou permissão, sempre através de licitação. A despeito da previsão constitucional, até meados da década de 90, a maioria dos serviços públicos ainda era prestada diretamente, via de regra por empresas estatais. Decorridos quase sete anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a Lei nº 8.987/95 veio dispor sobre as normas gerais do regime de concessão de serviços públicos previstos no art. 175, dando especial importância ao contrato de concessão, nele incluindo os direitos e deveres entre as partes envolvidas. O respeito a contratos é condição essencial para reduzir o risco regulatório, assim como a estabilidade de regras.

Só a partir de 1995 é que muitos desses serviços foram transferidos para empresas privadas. A privatização foi concretizada via a outorga de concessão (geração de energia

¹ Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (Redação dada pela EC nº 8, de 15/08/95:)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

² Art. 177. Constituem monopólio da União:

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. (Redação dada pela EC nº 9, de 1995)

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: (Incluído pela EC nº 9, de 1995)

(...)

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União; (Incluído pela EC nº 9, de 1995)

³ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

elétrica, rodovias e ferrovias) ou via transferência do controle societário de empresas estatais, federais e estaduais, à iniciativa privada (telecomunicações, distribuição de energia elétrica e gás canalizado).

Com o programa de privatização, o Estado brasileiro reduziu seu papel de executor ou de prestador direto de serviços e, nessa nova perspectiva, buscou fortalecer suas funções de regulação, de fiscalização e de coordenação. A despeito do óbvio sucesso desse processo, pelo menos em alguns setores, como o de telefonia, forças políticas ainda suspiram pela volta ao modelo antigo. Na realidade a disputa ideológica entre o conceito de Estado executor *versus* Estado regulador dura duas décadas e ainda está longe do final. Nos últimos anos, percebe-se a redução do esforço para concentrar a ação do Estado no que ele é insubstituível, essencialmente segurança, educação, saúde, previdência e regulação dos setores onde há “falhas de mercado”.

Prestação de serviços sob regime de monopólio natural⁴

A produção de bens e a prestação de serviços em ambiente competitivo dispensam a regulação econômica porque o consumidor consegue proteger seus interesses simplesmente escolhendo o produto ou o prestador de serviços que melhor o atenda. Entretanto, sob a ótica do consumidor, existem serviços que são mais bem prestados na forma de monopólio e não sob regime competitivo. A distribuição de água é um deles. Do ponto de vista econômico, seria irracional, permitir que numa mesma rua competissem diversas empresas, cada uma instalando e operando a sua própria rede de tubulações. A confusão seria grande e a tarifa alta, por conta da perda de economia de escala. Raciocínio similar se aplica aos serviços de distribuição de gás e de energia elétrica, bem como à 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 Estado esta responsabilidade, chamada de “titularidade”. Dependendo do serviço e do sistema jurídico, a titularidade pode ser federal, estadual ou municipal. No Brasil, a titularidade do serviço de fornecimento de energia elétrica é federal (CF/88, art.21, XII, b), o de distribuição de gás é estadual (CF/88, art. 25, § 2º) e o de suprimento de água é, em geral, municipal. O titular do serviço (União, Estados ou Municípios) pode exercê-lo diretamente, ou indiretamente, através de concessão.

⁴ Esta seção segue a contribuição ao tema de Kelman e Frajtag (2001).

O objetivo de maximização dos lucros do concessionário, público ou privado, deve ser contrabalanceado por uma ação fiscalizadora para assegurar o cumprimento do respectivo contrato de concessão. Não menos relevante é a necessidade de árbitro para solucionar questões não previstas no contrato, e que, inevitavelmente, surgem ao longo do prazo da concessão. Para o exercício destas funções, é indispensável existir um ente com a 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, buscando a modicidade das tarifas.

Sendo pública ou privada, a concessionária detém um monopólio cujo regime, por definição, pode facilmente incorrer em abusos contra os consumidores e usuários, que se encontram em posição de inferioridade, pela ausência de alternativas. É razoável supor que uma concessionária pública, por exemplo, uma empresa estatal, estaria sempre atuando em defesa do interesse público, dispensando a regulação. Entretanto, na prática, freqüentemente, o interesse corporativo prevalece, na forma de benesses para os funcionários. Por outro lado, o concessionário não pode ficar à mercê de exigências não previstas em contrato ou de ações casuísticas do poder público, em particular no que concerne ao reajuste tarifário, que pode se tornar alvo de promessas oportunistas, e, ao dissociar preços e custos, inibir a expansão necessária e deteriorar a qualidade do serviço prestado.

Diante de tais circunstâncias, é indispensável a existência de um ente estatal com elevada qualificação técnica, independente e autônomo, para arbitrar eventuais conflitos e buscar o equilíbrio entre os interesses do governo (poder concedente), do concessionário e do consumidor.

Quanto às atividades econômicas propriamente ditas, o art. 174 da Constituição já prevê a função reguladora a ser desempenhada pelo Estado. Posteriormente, passou-se a ter previsão explícita, em sede constitucional, de “órgão regulador” para o setor de telecomunicações, com a redação dada pela EC nº 8/95 (art. 21, XI), e para o setor de petróleo e gás, com a redação dada pela EC nº 9/95 (art. 177, §2º, III). Tais reformas possibilitaram não só a previsão de entidades reguladoras, às quais a legislação infraconstitucional dotou de autonomia, mas também a expansão da atividade regulatória para outras áreas. Contudo, a legitimação constitucional produzida por essas Emendas, ao fazer mera referência genérica a “órgão regulador”, não foi suficiente para sugerir, por exemplo, a sua equiparação a outros entes dotados de autonomia constitucional, como o Tribunal de Contas e o Ministério Público. Nesses casos, a Constituição é minuciosa, detalhando tanto os aspectos de natureza estrutural e funcional, como também as atribuições a eles reservadas.

Agências reguladoras

Uma 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. Por tal motivo deve ser uma entidade de Estado, à semelhança dos tribunais. Sendo uma entidade de governo, haveria o risco de que o interesse de longo prazo dos consumidores viesse a ser sacrificado em favor do interesse de curto prazo, por exemplo, o congelamento tarifário durante uma administração. Destacam-se entre os requisitos para uma agência reguladora ser efetivamente independente (BANCO MUNDIAL, 1997):

- a) Escolha dos diretores com base na capacitação técnica;
- b) Diretores protegidos de demissões de natureza política;
- c) Recursos financeiros derivados de taxas aplicadas às concessionárias ou aos usuários dos serviços, e não de fontes fiscais;
- d) Salários compatíveis com o mercado, para evitar corrupção e para atrair bons profissionais;
- e) Diretores impedidos de exercer atividades políticas;
- f) Dos diretores sem qualquer interesse no ramo de atividades sob regulação.

A mesma publicação do Banco Mundial aponta como responsabilidades típicas de uma agência reguladora:

- a) Determinar aumentos tarifários;
- b) Determinar o padrão de prestação de serviços;
- c) Monitorar a atuação da concessionária e o cumprimento do contrato de concessão;
- d) Receber queixas e arbitrar disputas entre a concessionária e os usuários dos serviços;
- e) Impor sanções à concessionária pelo descumprimento de obrigações.

No Brasil, as agências reguladoras foram concebidas como autarquias especiais, integrantes da administração pública indireta. Em conseqüência, até a presente data, foram criadas no país as seguintes agências federais: a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei nº 9.427/96); a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei nº 9.472/97); a Agência Nacional do Petróleo – ANP (Lei nº 9.478/97); a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei nº 9.782/99); a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei nº 9.961/00); a Agência Nacional de Águas – ANA (Lei nº 9.984/00); a Agência Nacional do Cinema – ANCINE (MP nº 2.228/01); a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, ambas

criadas pela Lei nº 10.233/01. A Comissão de Valores Mobiliários - CVM, que para muitos já era uma agência reguladora, recebeu da Lei nº 10.411/02 maior grau de autonomia, incluindo mandatos estáveis para seus dirigentes.

O questionamento a respeito da existência das agências reguladoras tem ocorrido em inúmeros países e o Brasil não escapou à regra. Contestações jurídico-constitucionais têm marcado o debate. A questão central diz respeito à sua legitimidade em termos dos princípios do Estado de direito democrático, em particular quanto ao princípio da separação de poderes e a sujeição de todo o poder administrativo à direção última do Governo (CF/84, art. 84), como órgão supremo da administração pública, e por via dele ao controle parlamentar. O fato de os dirigentes serem indicados pelo presidente da República, mas só poderem ser nomeados após prévia arguição pública e escrutínio pelo Senado Federal, a existência de mandatos a termo e a ausência de subordinação hierárquica também tem estimulado os críticos, que vêem nas agências reguladoras um quarto poder, ao qual faltaria amparo constitucional.

Assim, o surgimento das agências reguladoras e suas características inerentes – não eletividade de seus dirigentes, a natureza técnica das funções desempenhadas e sua autonomia em relação aos Poderes tradicionais – desperta, naturalmente, a discussão acerca da legitimidade política e jurídica no desempenho de tais competências. Esse “déficit democrático” tem sido objeto de reflexão pelos doutrinadores, que apontam algumas medidas que, idealmente, concorreriam para minimizar suas conseqüências.

Dentre elas destacam-se como relevantes: preservar o poder do Legislativo criar, extinguir e instituir as competências que desempenharão, bem como controlar as agências reguladoras; o Executivo, por sua vez, exercer o poder de nomeação dos dirigentes, bem como o de traçar as políticas públicas para o setor específico; e, por último, o Judiciário exercer o controle sobre a razoabilidade e a observância do devido processo legal, relativamente às decisões das agências reguladoras.

Para assegurar o eficaz exercício das funções reguladora e fiscalizadora do Estado, alguns requisitos básicos devem estar presentes, em particular em relação à agência reguladora, que necessita:

a) Possuir ampla autonomia técnica e administrativa, que abrange os aspectos de natureza orçamentária e financeira, de modo a ficar, tanto quanto possível, imune às injunções políticas, aos entraves burocráticos e à falta de recursos orçamentários;

b) Expedir normas técnicas operacionais e de serviço, de forma a poder acompanhar o ritmo do desenvolvimento tecnológico e o atendimento das demandas da sociedade;

c) Aplicar sanções com rapidez, respondendo às exigências de qualidade do serviço e aos reclamos da população.

Atualmente, algumas das características comuns nas agências reguladoras em outros países, a exemplo de Portugal, estão também presentes no Brasil, verificando-se que:

a) Apesar da existência de muitas agências reguladoras, é notória a falta de homogeneidade das soluções institucionais, dando lugar a organizações distintas, com diferentes graus de autonomia perante situações aparentemente idênticas, em grande medida resultado de fatores conjunturais e aleatórios;

b) Apesar dessa heterogeneidade institucional, observa-se uma incontestável tendência para a substituição de autarquias tradicionais por entidades reguladoras autônomas ou independentes;

c) Apesar dessa tendência, está longe de haver homogeneidade nas soluções relativas às diversas entidades reguladoras, havendo consideráveis diferenças entre elas.

Adicionalmente, o fato de que a autonomia se deu via legislação ordinária importa em conviver, em contrapartida, com elevado grau de insegurança institucional, que compromete os requisitos de neutralidade e estabilidade requeridos do quadro regulatório, fator negativo e inibidor de potenciais investimentos. Nessa via, são inúmeras as iniciativas legislativas que, mediante projeto de lei ou proposta de emenda à Constituição, retiram ou ampliam os aspectos de autonomia e de funcionamento das entidades reguladoras, ao sabor do momento político.

Serviços de energia elétrica

Serviço público que dependa de equipamentos intensivos em capital e com vida útil medida em décadas, como o de eletricidade, só é prestado de forma adequada (CF/88, art. 175, IV) quando as regras da concessão são claras e estáveis. De acordo com o Código de Águas (Decreto nº 24.643/34), as tarifas deveriam proporcionar a cobertura do custo do serviço. Em 1971, foi instituído o regime de remuneração garantida de 10% a 12% e, em consequência, criada a Conta de Resultados a Compensar – CRC (Lei nº 5.655/71, art. 1º), sendo as tarifas equalizadas em todo o país. Esse modelo induzia ao sobreinvestimento, resultando um sistema economicamente ineficiente. A situação agravou-se quando o setor foi usado para combater a inflação. O Governo passou a conter os reajustes das tarifas a que tinham direito as distribuidoras e, como as tarifas não eram suficientes para garantir os percentuais de remuneração, as denominadas insuficiências tarifárias eram contabilizadas na CRC, em favor das concessionárias. Em decorrência, ocorreu generalizada inadimplência

entre as empresas do setor elétrico, que só veio a ser sanada com o advento da Lei nº 8.631/93, que possibilitou a liquidação da CRC, a um custo para o contribuinte de cerca de 25 bilhões de dólares.

Esgotada a capacidade de endividamento do Estado, a atração de capitais privados era o caminho natural para os investimentos nesse setor fundamental da infra-estrutura nacional. Para tanto, foi necessária a emissão de sinais claros e seguros aos investidores. Nesse contexto é que foram aprovadas as Leis nº 8.987/95 e nº 9.427/96 (Lei de criação da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL), e, em decorrência, celebrados os contratos de concessão, os quais incluíram condições para os reajustes e revisões tarifárias.

A Lei nº 9.427/96 atribuiu competência à ANEEL apenas para calcular tarifas que estejam em estrita consonância com o estabelecido no marco legal e nos contratos. Se, por exemplo, ao regulador fosse permitido promover “justiça social com suas próprias mãos”, arbitrando sistematicamente índices de reajuste do exclusivo agrado dos consumidores, poucas empresas permaneceriam interessadas na prestação do serviço. Conseqüentemente, a qualidade iria se deteriorar e os próprios consumidores sofreriam as conseqüências. Em outras palavras, uma tarifa excessivamente baixa pode ser vantajosa para os consumidores apenas no curto prazo. Cabe à ANEEL zelar pelos os interesses do consumidor, de curto e de longo prazos.

É clara a competência da ANEEL para estabelecer os reajustes e as revisões das tarifas de energia elétrica. Ela decorre diretamente do art. 29, V, da Lei nº 8.987/95, combinado com o art. 3º da Lei nº 9.427/96. Esta Lei (art. 14 e art. 15) estabelece o regime econômico-financeiro dos contratos de concessão de energia elétrica, lançando diretrizes para o exercício dessa competência, como, por exemplo, a apropriação dos ganhos de eficiência empresarial e competitividade. O contrato de concessão, por sua vez, estabelece uma fórmula paramétrica apenas para o reajuste anual, sendo parcimonioso ao tratar da revisão tarifária. Portanto, foi conferida à ANEEL a discricionariedade técnica para o cumprimento desse ofício.

A Lei, não fixou critérios, apenas apontou a direção, deixando para o regulador, especialmente no caso da revisão tarifária, a tarefa de estabelecer a metodologia para contemplar, entre outros aspectos, a aferição dos custos eficientes e dos investimentos prudentes da concessionária. O objetivo da revisão é estimular a eficiência econômica da empresa e reverter parte dela em favor do consumidor, em prol da modicidade tarifária. Assim, entre os diversos métodos para se alcançar tal objetivo, coube à ANEEL, no legítimo espaço da discricionariedade técnica, definir o método mais aderente à lei e aos contratuais que disciplinam as concessões de serviços de energia elétrica. A revisão ordinária das tarifas

ocorre em média a cada quatro anos, quando é estabelecida a receita necessária para a prestação do serviço com a qualidade estipulada, mantendo a concessão em situação de equilíbrio econômico-financeiro. Essa situação é consagrada na lei e no contrato de concessão. Durante a revisão é estabelecida clara distinção entre as necessidades da concessão, que devem atender aos interesses do consumidor e as da concessionária, que podem estar contaminadas por decisões empresárias equivocadas, cujos custos não devem ser repassados ao consumidor. Como resultado da revisão ordinária, a tarifa de uma concessionária pode aumentar ou diminuir.

A missão essencial do regulador de um serviço monopolista, como no caso da distribuição de energia elétrica, é garantir que sejam respeitados os direitos dos consumidores e dos prestadores do serviço de eletricidade que atuam com eficiência e prudência. O consumidor tem o direito de receber o serviço com nível adequado de qualidade e de pagar uma tarifa justa. O prestador do serviço, por sua vez, tem o direito de obter adequado retorno sobre o capital prudentemente investido. Assim, compete à ANEEL evitar que se produzam situações de abuso de posição dominante, derivadas da situação de monopólio, e verificar se os níveis de qualidade do serviço são apropriados. Para estabelecer tarifas justas, o regulador desenvolveu metodologias que são utilizadas no processo revisional das tarifas, como a empresa de referência, que estabelece custos operacionais eficientes; a base de remuneração, que apura os investimentos prudentes efetuados na concessão; a estrutura ótima de capital, que minimiza o custo do capital; e o fator X, que compartilha com os consumidores os ganhos de produtividade do prestador do serviço.

O reajuste tarifário é efetuado anualmente e depende da variação do IGP-M, do ganho de produtividade da concessionária (que deve ser compartilhado com os consumidores) e da variação dos custos não gerenciáveis pela empresa distribuidora de energia elétrica, representados, essencialmente, pela compra de energia e pagamento de encargos setoriais e de tributos.

Grosso modo, o que os consumidores pagam na conta de luz pode ser dividido em três parcelas aproximadamente iguais. A primeira parcela refere-se ao custo de compra de energia. Em muitos casos esta parcela tem crescido por força da substituição de antigos contratos entre geradores e distribuidoras, com tarifas reguladas, por novos contratos livremente negociados às vésperas do racionamento de 2001, inclusive entre partes relacionadas (geradora e distribuidora pertencentes ao mesmo grupo econômico). O atual modelo, consubstanciado na Lei nº 10.848/04, veda esta possibilidade, pois as distribuidoras não podem mais escolher de qual gerador comprar energia, sendo obrigadas a se consorciar com as demais distribuidoras e,

por meio de leilão, celebrar contratos com os geradores que lograrem ofertar os menores preços.

Entretanto, à época em que muitos destes contratos foram firmados, a preocupação estava focada em medidas que visavam evitar ou mitigar o iminente racionamento. A principal alternativa consistia em garantir contratos de venda de energia para empreendedores que investissem em termoeletricas, cujos prazos de construção são inferiores aos das hidroelétricas. Tais investimentos iriam resultar em tarifas mais elevadas para os consumidores, como, de fato, está ocorrendo, quando da entrada em operação, em 2004.

Quando os reservatórios das usinas hidroelétricas estão cheios, o que circunstancialmente dispensa o uso da energia produzida pelas térmicas, há quem advogue, inclusive na Justiça, o não cumprimento dos contratos. Como o tema é complexo, há juízes que têm concedido liminares revogando cálculos tarifários, partindo do pressuposto de que os contratos firmados anos atrás foram lesivos ao interesse do consumidor. Não levam em consideração que a situação seria diametralmente oposta se tivesse chovido pouco e os reservatórios estivessem vazios.

Encontrar o equilíbrio entre uma tarifa que proporcione a atração de investimentos e a modicidade tarifária é um grande desafio. É difícil imaginar investidores interessados em aportar recursos em ativos de infra-estrutura, cuja vida útil se mede em décadas, em um país com movimentos pendulares, de amor e ódio aos investidores, em razão da boa ou má vontade de São Pedro no enchimento dos reservatórios. Ao observar a evolução das tarifas é importante reconhecer que a energia mais cara é aquela inexistente por falta de investimentos. Assim, a tarefa do regulador consiste em estabelecer regras no presente com o olho no futuro, para permitir a continuidade do serviço, em prol do interesse coletivo.

Prosseguindo, a segunda parcela da conta de luz refere-se aos custos de transmissão e distribuição de energia elétrica, que se mantêm estáveis. É desta parcela que a distribuidora retira o pagamento dos custos operacionais e a remuneração de seus investimentos.

A terceira parcela, que engloba tributos e encargos, é a que mais tem aumentado. A alíquota e o método de apuração do PIS-COFINS mudaram e diversos Estados revisaram a alíquota do ICMS. Ademais, considerando a decisão do STF no sentido de que os recolhimentos realizados ao PIS e à COFINS devem compor a base tributária, confirmando a forma de cálculo (por dentro) praticada pelos Estados, temos, por exemplo, que uma alíquota de 25% de ICMS equivale, na prática, a 33%, e, uma de 30% a 43%. No sentido inverso, o que é pago de ICMS é agregado à base de cálculo de PIS e COFINS, constituindo um

movimento circular e multiplicativo - uma espécie de vórtice arrecadatório - que traga as economias do consumidor.

Os principais encargos são utilizados para subsidiar: (a) a geração térmica na Amazônia Legal (sistemas isolados), que tem crescido muito devido à elevação de consumo, principalmente em Manaus, e ao preço do petróleo; (b) os consumidores de baixa renda; (c) o esforço de universalização - levar eletricidade a todos os brasileiros; (d) a geração térmica a carvão na região Sul; (e) as chamadas fontes alternativas de energia (eólica, bioeletricidade e pequenas centrais hidroelétricas); (f) a compensação financeira distribuída aos municípios e estados afetados pela implantação de usinas hidroelétricas; (g) as pesquisas científicas e tecnológicas relacionadas à eletricidade e ao uso sustentável dos recursos naturais; e (h) as térmicas “emergenciais” que foram contratadas por ocasião do racionamento de 2001. Quando analisado isoladamente, cada encargo ou tributo criado por lei pode ser plenamente justificado. Quando somados, constata-se que a conta pode estar ultrapassando a capacidade de pagamento do consumidor.

A expansão da geração e a questão ambiental

A crise de energia elétrica de 2001 resultou em várias lições. Uma das mais importantes foi a compreensão de que havia algo errado no fato de que a ANEEL licitava a concessão de potenciais hidráulicos sem a responsabilidade de dotá-los das correspondentes licenças ambientais. Cabia ao empreendedor, depois de ganhar a licitação, solicitar a devida licença.

Nesse arranjo, a entidade ambiental responsável pelo licenciamento, federal (IBAMA) ou estadual, submetia o investidor - em obras de interesse público - a rito idêntico ao que é aplicado a empreendimentos da esfera privada. O resultado é conhecido: a maior parte das licenças não foi emitida. Em alguns casos porque o empreendedor não conseguia satisfazer às exigências do processo de licenciamento. Em outros, porque não queria satisfazê-las, por conta do interesse em adiar investimento para atender eventual circunstância empresarial. As entidades responsáveis pelas autorizações e os investidores se comportavam como se o que estivesse em jogo fosse apenas o lucro do empreendedor. Desprezava-se o fato de que, sem a materialização das usinas, a população viria a sofrer racionamento de energia, com todas as conseqüências nefastas sobre o emprego e crescimento do PIB, como ficou evidenciado pelo deflagrar da crise. Em outras palavras, desprezava-se o interesse público. Paralelamente, afastava-se qualquer sinalização ao investidor externo em aportar recursos no país.

Em conseqüência da lição, o Governo Federal determinou que só os empreendimentos com prévia licença ambiental seriam licitados para concessão. Isto é, inverteu-se a equação.

Cabe agora ao Governo estabelecer o conjunto de locais aptos para instalação de usinas, tanto hidráulicas como térmicas, que tenham não só viabilidade técnica, econômica e financeira, mas também social e ambiental. Dessa maneira, é de se esperar que a análise sócio-ambiental ocorra para cada possível conjunto de empreendimentos que satisfaça a demanda energética projetada e não para cada empreendimento isoladamente.

Com isso, é possível obter um leque de obras que produza suficiente energia para o crescimento econômico, com a ampliação da oferta de empregos e do nível de vida da população, e que produza impacto sócio-ambiental mínimo. O que é bem diferente de impacto zero.

O caminho para o desenvolvimento sustentável passa pela construção de um consenso sobre a legislação ambiental. Faz-se necessário, e urgente, um maior engajamento dos três Poderes na avaliação dos gargalos legais e um posicionamento que favoreça a tomada de decisões, hoje “emperradas” por serem lesivas ao meio ambiente. E lesivas também a sustentabilidade do país.

Serviços de saneamento básico⁵

A Constituição tratou o saneamento básico de forma obscura. O art. 30, inc. V, da CF/88⁶ dispõe que “compete aos Municípios organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”. Como se vê, a Constituição apenas definiu que serviço público de natureza local deve ser administrado, direta ou indiretamente, pelo município. Este é o caso da maioria das cidades que captam água e lançam esgoto em algum corpo hídrico localizado no próprio município. Nesses casos, em que o serviço de fornecimento de água e tratamento de esgoto está restrito aos limites do município, é fácil caracterizar o assunto como de “interesse local”, sendo inquestionável a atribuição municipal para decidir se o serviço deve ser prestado por uma única empresa, ou se convém algum tipo de fracionamento. Por exemplo, atribuir à empresa A os serviços de captação, tratamento e adução de água, à empresa B distribuição de água e coleta de esgoto, e à empresa C o tratamento de esgoto. Adicionalmente, pode o município optar por criar um ente próprio para administrar os contratos de concessão, ou delegar tal atribuição a uma agência reguladora existente, ou ainda, atribuir a responsabilidade a uma secretaria.

⁵ Esta seção segue a contribuição ao tema de Kelman, Abicalil e Pena (2006)

⁶ Art. 30. Compete aos Municípios:

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

Ocorre que o critério de interesse local não é absoluto. O problema surge no caso de serviços de fornecimento de água que ultrapassem os limites do município. Tipicamente, esse é o caso da maior parte das regiões metropolitanas e de alguns conjuntos de municípios nordestinos que compartilham instalações hidráulicas. Nas regiões metropolitanas, é comum que diversos municípios sejam abastecidos por uma estação de tratamento de água, cujo manancial às vezes se localiza fora da própria região. É o caso das regiões metropolitanas de São Paulo e Rio de Janeiro. Na primeira, a maior parte da captação de água é feita na distante bacia hidrográfica do rio Piracicaba. Na segunda, na bacia do rio Paraíba do Sul. Nos conjuntos de municípios nordestinos, a água armazenada num açude de grande porte é, em geral, transportada por adutoras ao longo de dezenas ou centenas de quilômetros para atender diversos municípios.

Quando os serviços são de interesse comum a diversos municípios e, portanto, não se aplica o conceito de serviço público de interesse local, a quem cabe a responsabilidade da prestação do serviço? A dificuldade em responder a pergunta explica, em boa medida, o atraso do Brasil no quesito abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Alguns entendem que a tarefa não é exclusiva a nenhum dos municípios e o governo estadual deveria ser o responsável. Afinal, segundo a Constituição (art. 25, §3º⁷), cabe ao estado criar as regiões metropolitanas e microrregiões e nelas integrar a organização, o planejamento e a execução dos serviços comuns. Porém, outros entendem que, segundo a Constituição (art. 241⁸), os municípios que compartilham instalações é que deveriam se organizar para decidir sobre a prestação do serviço.

A divergência originou disputas que perduram até a presente data. De um lado, os governos estaduais, que pretendem manter suas empresas operando na correspondente região metropolitana para usufruir da economia de escala que possibilita o subsídio cruzado (consumidores da região metropolitana pagam um pouco mais do que seria o necessário, considerando apenas o custo de fornecimento, para que os consumidores de pequenas cidades possam pagar um pouco menos). De outro lado, os governos municipais que, com frequência,

⁷ Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 3º - Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

⁸ Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

se queixam da qualidade do serviço prestado e das altas tarifas praticadas pelas empresas estaduais.

O art. 23 da CF/88⁹ define como sendo competência comum da União, dos Estados, do Distrito federal e dos Municípios promover a melhoria das condições de saneamento básico (inc. IX) e “registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios” (inc. XI).

O Estado do Rio de Janeiro, com base no § 3º, art 25 da CF/88, promulgou lei complementar estadual que considera de interesse metropolitano o “saneamento básico, incluindo o abastecimento e produção de água desde sua captação bruta dos mananciais existentes no Estado, inclusive subsolo, sua adução, tratamento e reservação, a distribuição de água de forma adequada ao consumidor final, o esgotamento sanitário e a coleta de resíduos sólidos e líquidos por meio de canais, tubos ou outros tipos de condutos e o transporte de águas servidas e denominadas esgotamento, envolvendo seu tratamento e decantação em lagoas para posterior devolução ao meio ambiente em cursos d’água, lagoa, baías e mar, bem como as soluções alternativas para os sistemas de esgotamento sanitário” (LC nº 87/97, art. 3º, II).

A lei estadual em questão ensejou ações judiciais, por inconstitucionalidade. As Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1826, nº 1842, nº 1843 e nº 1906, que tramitam no Supremo Tribunal Federal - STF, evidenciam a dificuldade de se encontrar modelos de relacionamento entre entes da Federação que permitam conciliar a realidade fática de interesses públicos comuns.

No mesmo diapasão, outra ação tramita no STF. A ADI nº 2077 questiona emenda à Constituição do Estado da Bahia (art. 59, inc. V e §1º e caput do art 228) que, “além de ofender o art. 18, também nega vigência aos artigos 21 e 23 da Constituição Federal”, estaria a “delimitar o alcance e a definição dos serviços públicos de interesse local (municipal), quando nem mesmo o texto maior se permitiu fazer tamanha restrição”.

No debate em torno da ADI nº 1842, o Ministro Gilmar Mendes adotou sábia posição intermediária entre duas opções antagônicas, concluindo que, “na hipótese de integração metropolitana, o poder decisório e o eventual poder concedente não devem ser transferidos integralmente para o estado federado, como entendia o Min. Maurício Corrêa; nem

⁹ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

(...)

XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

permanecer em cada município individualmente considerado, como sustentava mais enfaticamente o Min. Nelson Jobim”. No seu entendimento, a região metropolitana deve, como ente colegiado, planejar, executar e funcionar como poder concedente dos serviços de saneamento básico, inclusive por meio de agência reguladora, de sorte a atender o interesse comum e à autonomia municipal.

Desde a Constituição de 1988 havia uma lacuna, pois inexistia lei para o setor de saneamento. Em 2007, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 11.445/07, que estabelece diretrizes nacionais para o setor de saneamento básico sem equacionar a questão da titularidade, que remanesce aguardando julgamento final do STF. Apesar do mérito e da importância da Lei nº 11.445/07, a sua implementação será um grande desafio, pois remanesce o caráter difuso da titularidade, dispersa entre Estados e Municípios. Prestadores de serviço, governo e sociedade terão de debater e aprovar um normativo regulatório com um mínimo de uniformidade, conforme previsto no art. 23 da citada Lei, cabendo registrar a pouca experiência na regulação dos serviços do setor em questão e, portanto, a inexistência de normas de referência.

A regulação poderá ser exercida por uma entidade independente (Lei nº 11.445/07, art. 21), com o objetivo de regular e fiscalizar a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário (art. 22), podendo ser delegada a qualquer entidade reguladora constituída no respectivo Estado (art. 23, § 1º).

Uso do bem público - Recursos hídricos

Muitos recursos naturais 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, dos campos de petróleo, dos recursos hídricos (rios e aquíferos subterrâneos) e dos potenciais hidráulicos. Nesses casos, cabe ao poder público assegurar que a utilização destes bens se faça com a observância do interesse coletivo.

O direito de uso de bem público por parte de um particular é assegurado via contrato de concessão ou através de simples autorização. 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 regulação 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, dos diferentes usuários. Aqui também se revela importante a presença de um ente estatal que valorize, acima de tudo, o uso sustentável do recurso natural.

Bens públicos que no passado não tinham valor econômico, devido à relativa abundância, hoje têm. É o caso dos rios. Nossos antepassados julgavam que os rios seriam capazes de atender as necessidades futuras da população, tanto para suprir as cidades com água, quanto para diluir e afastar 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 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 possuem. Em situações de escassez, seja para captação ou para diluição de efluentes, os não-outorgados devem 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 se confunde com concessão de serviço público, como é o caso de abastecimento de água, nem tampouco com concessão de outro bem público, que é o potencial hidráulico.. O poder outorgante de direito de uso de água é o governo federal ou os governos estaduais, conforme o caso. Segundo a Lei nº 9.433/97, a outorga tem prazo de validade limitado (art. 16) e não implica alienação parcial das águas, que são inalienáveis, mas o simples direito de uso (art. 18).

A outorga tem valor econômico para quem a recebe porque oferece garantia de acesso ao bem escasso. Sem o sistema de outorgas os usuários se comportariam como comensais mal-educados, sentados em torno de uma mesa com um bolo ao centro: todos tendem a comer de forma rápida e atabalhoada 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 o direito de uso no momento oportuno. Naturalmente, a autorização de outorga de uso de recursos hídricos deve caducar caso o beneficiário não a exerça ao longo de determinado período, digamos, três anos.

A concessão de outorgas depende do cotejamento entre a oferta e demanda pela água. A oferta é quantificada através de estudos estatísticos das observações das vazões nos cursos de água e a demanda através da compilação de dados sobre os usuários, que captam água ou diluam poluentes nos rios. Entretanto, o direito de uso da água é sempre precário e deve se subordinar aos usos de interesse social e para abastecimento humano.

A Constituição determina que “compete à União instituir Sistema Nacional de Recursos Hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso” (CF/88, art. 21, inc. XIX ¹⁰) e que “compete privativamente à União legislar sobre águas...” (CF/88, art. 22, inc. IV ¹¹).

O domínio da água entre a União e os Estados é repartido da seguinte forma: a) são bens da União os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham (CF/88, art. 20, inc. III ¹²); b) são bens dos Estados as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, na forma da lei, as decorrentes de obras da União (CF/88, art. 26, inc. I ¹³).

O eminente relator da Constituição de 1988, jurista Bernardo Cabral, destaca que o “art. 5º da Constituição de 1967 incluía entre os bens dos Estados, os lagos e rios em terrenos de seu domínio e os que têm nascente e foz no território estadual. Já a Constituição de 1988 não incluiu explicitamente os rios dentro do rol de bens dos Estados”. Apesar disto, por tradição, tem-se interpretado a Constituição de 1988 como se tivesse, neste tópico, a redação adotada na Constituição de 1967. Conseqüentemente, os governos estaduais têm exercido absoluta competência administrativa nos rios que têm foz e nascente em seu território, mesmo quando esses rios desembocam em outros rios que fluem em direção a outros estados (CABRAL; KELMAN, 2003).

A esse respeito, Cunha, Veiga e Kelman (2004) argumentam que:

(...) é necessária muita atenção aos dispositivos constitucionais para que não se desvie a intenção do legislador constituinte. Vamos supor que determinada corrente de água com nascente e foz no espaço territorial de um único Estado deságüe em um rio de domínio federal. Será que o Estado poderá editar normas de lançamento de resíduos mais permissivas do que aquelas que forem adotadas águas abaixo, em rio de domínio da União? Ou ainda, poderá o Estado conceder outorgas de direito de uso de água, por sua exclusiva decisão, sem consulta à União e aos Estados localizados a jusante, quando essas outorgas resultarem em diminuição da disponibilidade hídrica para usuários

¹⁰ Art. 21. Compete à União:

XIX - instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso;

¹¹ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;

¹² Art. 20. São bens da União:

III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

¹³ Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:

I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;

radicados além de suas fronteiras? Em ambos os casos, entendemos que não! Na realidade, rio e corrente de água são dois termos que se referem ao mesmo fenômeno natural, visto sob óticas diferentes. Uma ótica é a do observador estático, que se posta à beira de um rio, e observa a água passar. Outra ótica é a do observador dinâmico, que senta numa bóia e se desloca flutuando com a corrente de água. Uma corrente de água que ultrapasse as fronteiras de um Estado tem que ser administrada de forma condicionada, e não absoluta.

A “Lei das Águas” (Lei 9.433/97) adota os princípios gerais recomendados em diversos documentos que sintetizam a experiência internacional para a gestão dos recursos hídricos ¹⁴ e cria os instrumentos adequados para implementação destes princípios, que deram certo nos países em que foram efetivamente aplicados.

A unidade de planejamento e de gerenciamento de recursos hídricos é a bacia hidrográfica porque os usuários da água bruta, que utilizam os rios de uma mesma bacia (companhias de saneamento, distritos de irrigação, indústrias, hidroelétricas) estão “hidraulicamente interconectados”. As ações da iniciativa privada ou governamental num estado podem afetar diretamente os usos em outros estados. É o que acontece nos rios contidos nas grandes bacias hidrográficas, por exemplo, as bacias do São Francisco e do Paraná. Por esta razão, a Lei prevê a criação de um sistema nacional de outorga pelo direito de uso de água, tanto para consumo como para diluição de efluentes, que pressupõe, quando necessário, ação articulada entre as unidades da Federação. Quando os rios não fluem para outros estados, como é, por exemplo, o caso de quase todos os rios que banham o Ceará, a Lei considera suficiente a existência do sistema estadual de outorga.

A cobrança pelo uso do recurso hídrico, tanto para captação quanto para diluição de efluentes, é um dos principais instrumentos de gestão criados pela Lei. Tem dois objetivos: (a) sinalizar que a água bruta é um bem econômico (cada usuário afeta a capacidade de uso dos demais usuários), induzindo à diminuição de desperdícios; (b) criar um fundo financeiro que dê sustentabilidade às ações de gestão e aos investimentos de interesse coletivo na própria bacia, por exemplo, barragens, adutoras e estações de tratamento de esgoto.

Para contrabalançar qualquer tendência centralizadora do processo decisório, a Lei prevê a criação de comitês de bacias hidrográficas, com a participação de governos, inclusive municipais, de usuários, e da sociedade civil. Os comitês são formados seletivamente, com aprovação governamental, apenas onde ocorram usos conflitantes dos recursos hídricos, atuais

¹⁴ Dublin - 1992, Agenda 21 - 1992, Documento de Políticas do Banco Mundial - 1993.

ou potenciais, e onde haja interesse de organização por parte dos usuários e dos demais setores afetados. As “agências de bacia” são as executoras das decisões dos comitês.

A principal responsabilidade do Governo Federal é fazer com que a Lei seja aplicada em sua plenitude, para que se inicie a solução dos graves problemas que ocorrem nas bacias hidrográficas: poluição, secas, enchentes, ação descoordenada dos setores usuários da água, ausência de gerenciamento da demanda e manutenção insuficiente das estruturas hidráulicas. Para cumprir com esta responsabilidade, o Governo Federal criou a Agência Nacional de Água – ANA, a quem cabe implementar e operacionalizar o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

A ANA tem contribuído para a solução de dois graves problemas do país: a) as secas prolongadas, especialmente no Nordeste, cujo equacionamento depende não apenas do aumento da oferta de água, mas também do gerenciamento da demanda, inclusive pela adoção de regras de racionamento; b) a poluição dos rios, cujo equacionamento demande ação pactuada na escala da bacia hidrográfica, abrangendo mais de um estado. Aumenta assim a segurança de empreendimentos que utilizam água com padrão mínimo de qualidade como insumo ao processo produtivo e que necessitem de regras estáveis quanto à utilização dos rios.

A judicialização das decisões regulatórias

Um movimento recente tem sido o uso da via judicial para a redução das tarifas. A impugnação dos cálculos tarifários e o questionamento das opções metodológicas, bem como dos critérios técnicos adotados, comprometem a discricionariedade técnica, fundamento de validade das normas expedidas pela agência. Daí decorre preocupante insegurança jurídica, que aumenta a percepção do chamado “risco regulatório”. Como efeito colateral, as concessionárias deixam de ter previsibilidade de seus níveis tarifários, elemento essencial para uma política de investimentos. A percepção de risco diminui o interesse na prestação do serviço e, conseqüentemente, as empresas demandam maior remuneração do capital. Ao final, os consumidores pagam a conta, por meio de tarifas mais elevadas.

A Constituição brasileira, assim como a de outros países, assegura às partes o direito de recorrer à Justiça contra decisões das agências reguladoras. Mas, como no resto do mundo, no Brasil, o Judiciário não tem como conhecer, na profundidade requerida, os fatores técnicos que freqüentemente geram disputas em relação a essas decisões. Ademais, o recurso ao Judiciário não pode constituir mero ensejo protelatório das decisões das agências reguladoras. Assim, ainda que o Judiciário tenha papel relevante a cumprir nessa área, é importante que as

suas intervenções se limitem ao controle da legalidade e da razoabilidade dos atos e à garantia de respeito às normas processuais.

Não se trata de usurpar a função jurisdicional, principalmente em respeito à nossa tradição e ao princípio da proteção judiciária, insculpido no art. 5º, XXXV da Constituição Federal. Contudo, não é descabido reconhecer que o Judiciário, dificilmente conseguirá superar o desafio de solucionar, de forma célere e eficaz, os conflitos de natureza cada vez mais complexa gerados pela dinâmica dos setores regulados. Além disso, muitas das questões envolvidas requerem decisões rápidas, sob risco de prejuízos elevados para as partes. Por outro lado, o uso excessivo de medidas liminares de primeira instância contra as decisões das agências reguladoras restringe a efetividade da ação reguladora do Estado. Como resultado tem-se um aumento da percepção de risco, o que afugenta investidores, e os que remanescem passam a exigir maior remuneração do capital, o que resulta em tarifas mais elevadas.

Neste cenário, o Judiciário poderá exercer papel positivo e essencial na regulação, mediante a previsão de recurso das decisões das agências reguladoras diretamente a um órgão jurisdicional de segundo grau e não a um juiz de primeira instância. A equiparação de decisões colegiadas das agências reguladoras às decisões de juízes de primeira instância tem por principal mérito valorizar a decisão administrativa e desestimular o litígio meramente protelatório.

Assim, a solução razoável, mediante emenda ao art. 108 da CF/88, consiste em ampliar a competência originária dos Tribunais Regionais Federais para processar e julgar ações e mandados de segurança, eventualmente interpostos contra decisões do colegiado das agências reguladoras, a exemplo do que ocorre em outros países.

Considerações finais

Complementada via legislação ordinária, a nova disciplina dada aos serviços públicos, a partir da Constituição Federal, foi, em essência, bem sucedida, notadamente naqueles setores em que houve clareza e objetividade dos comandos constitucionais. Nos casos em que a Constituição foi objetiva na definição de competências, a exemplo dos setores de energia elétrica e de telecomunicações, não se verificou conflitos entre Estados e Municípios, fato que permitiu o desenvolvimento de tais setores sem maiores perturbações. O mesmo não se verificou, por exemplo, no setor de saneamento básico, que, espera-se, ganhe nova dinâmica com a Lei nº 11.445/07.

Bem ilustra a afirmativa, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3.729. O STF julgou procedente a ADI em questão, na qual o Executivo do Estado de São

Paulo questionava a expressão “energia elétrica” contida no caput do art. 1º da Lei estadual nº 11.260/02, de iniciativa da Assembléia Legislativa. A norma proibia o corte no fornecimento de energia elétrica, água e gás canalizado por falta de pagamento sem prévio comunicado ao usuário. O Ministro Gilmar Mendes, relator da ação, declarou:

O Supremo possui firme entendimento no sentido da impossibilidade de interferência do estado-membro nas relações jurídico-contratuais entre Poder concedente federal e as empresas concessionárias, especificamente no que tange a alterações das condições estipuladas em contrato de concessão de serviços públicos sob regime federal, mediante a edição de leis estaduais.

Certamente, a firmeza de interpretação da Suprema Corte decorre da clareza das disposições constituições, em particular o art. 22, inc IV, que confere à União competência exclusiva para legislar sobre a matéria energia elétrica.

Por constituir importante aperfeiçoamento no sentido da estabilidade regulatória, merece referência a PEC nº 81/2003, de autoria do Senador Tasso Jereissatti, que, ao fixar princípios para a atividade regulatória, sem dúvida, bem se ajusta ao propósito de prover maior segurança jurídico-institucional à estrutura do Estado regulador brasileiro. Oportunamente, a PEC nº 81/2003, poderá ter as demais iniciativas parlamentares apensadas, em particular a PEC nº 245-A/1995, de autoria do Dep. Luciano Zica, a qual foi apensada a PEC nº 584/1998 e a PEC nº 29/1999, a PEC nº 173/1999, de autoria do Dep. Bispo Rodrigues, a PEC nº 290/2000, de autoria do Dep. Luiz Antonio Fleury, e a PEC nº 65/2003, de autoria do Dep. Carlos Alberto Leréia.

No Discurso do Método, René Descartes advertiu que “um Estado é bem regrado quando tem poucas leis e elas são rigorosamente observadas”. Não se pode dizer que essa recomendação tenha sido seguida na elaboração da Constituição de 1988, conhecida pelo excesso de detalhes. Como não há volta, é forçoso reconhecer que só a incorporação do conceito da administração autônoma e da fixação de seus limites em norma formalmente superior poderá dotar as entidades reguladoras da necessária proteção, tanto em relação ao poder político como em relação à pressão dos grupos de interesse. Essa cautela decorre da necessidade de que a agência reguladora deve apresentar características especiais de autonomia, que assegurem estabilidade à sua atuação, ou, de outra forma, a normalidade regulatória, de modo a transmitir ao mercado a credibilidade necessária à atração de investimentos privados para os setores sob regulação.

Referências Bibliográficas

BANCO MUNDIAL, “Selecting an Option for Private Sector Participation”, 1997

CABRAL, B. & KELMAN, J. Quem é responsável pela administração dos rios? Revista Justiça e Cidadania, Rio de Janeiro, n. 36, jul. 2003.

CUNHA, E. C. N.; VEIGA, A. P.; KELMAN, J. Domínio e competência sobre os recursos hídricos no Brasil. Revista Justiça e Cidadania, Rio de Janeiro, n. 45, abr. 2004.

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

KELMAN, J.; ABICALIL, M. T. & PENA, D. Regulação de saneamento, O Estado de São Paulo, 0612/2006.

KELMAN, J. & VERAS, L. **Constituição Federal, serviços públicos concedidos e uso de bem público.** In: DANTAS, Bruno et al. (Org.). Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois. Brasília: Senado Federal, 2008. v. 4, p. 542-569.