

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
FACULDADE SÃO LEOPOLDO MANDIC - SLM
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DO SANEAMENTO

THAÍSA COLOMBIERI ANTUNES DE SOUSA

A FRAGILIDADE LEGISLATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS:
o exemplo da Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Município
do Natal – ARSBAN.

BRASÍLIA,
JANEIRO 2016

THAÍSA COLOMBIERI ANTUNES DE SOUSA

A FRAGILIDADE LEGISLATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS:
o exemplo da agência reguladora de serviços de saneamento básico do município
do Natal – ARSBAN.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Coordenação de Pós-Graduação stricto sensu online do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), em parceria com a Faculdade São Leopoldo Mandic – SLM, como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito do Saneamento.

Orientadora: Prof^a Ma. Ana Carolina F. Longo

BRASÍLIA,
JANEIRO 2016

THAÍSA COLOMBIERI ANTUNES DE SOUSA

A FRAGILIDADE LEGISLATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS:
o exemplo da agência reguladora de serviços de saneamento básico do município
do natal – ARSBAN

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Coordenação de Pós-
Graduação stricto sensu online do
Instituto Brasiliense de Direito Público
(IDP), em parceria com a Faculdade São
Leopoldo Mandic – SLM, como requisito
parcial para a obtenção do título de
especialista em Direito do Saneamento.

Brasília, 11 de janeiro de 2016.

COMISSÃO JULGADORA

Prof^a. Ma. Ana Carolina F. Longo (Orientadora)
Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

Prof. (Avaliador Interno)
Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

Prof. (Avaliador Externo)

**A FRAGILIDADE LEGISLATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS:
o exemplo da Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Município do
Natal – ARSBAN.**

THAÍSA COLOMBIERI ANTUNES DE SOUSA¹
Pós-graduanda em Direito do Saneamento

Sumário:

Introdução. 1- A História do Saneamento. 1.1- Saneamento Básico no Brasil. 1.2- O Processo Regulatório Nacional e em Natal. 2- A Lei 11.445/2007: O marco regulatório do setor. 3- Conceito e objetivos da regulação. 4- A Autonomia e Independências das Agências. 5- Poderes Regulatórios. 6- A Ameaça à autonomia e independência da ARSBAN. Conclusão e Recomendações. Referências bibliográficas.

RESUMO

A independência das agências reguladoras é tratada como elemento essencial para a configuração de uma estrutura propícia ao estímulo dos investimentos privados e ao desenvolvimento econômico e social sustentado. Assim, após uma rápida introdução histórica pelos principais fatos que proporcionaram a incorporação das agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro, segue-se uma análise aprofundada sobre o que de fato são essas estruturas administrativas reguladoras. E essa análise tanto se dá a partir do seu conceito ao espaço interno por elas ocupado, sempre tendo como base de estudo a sua natureza jurídica. Por fim, após o estudo dos elementos que compõem a independência dessas agências e da própria natureza técnica do instituto, passa-se à análise do Projeto de Lei Municipal nº 86/2008 que representou uma ameaça à autonomia reforçada das agências reguladoras, caso fosse aprovado. Seguindo-se à crítica, são feitas algumas sugestões de aperfeiçoamento do processo legislativo, com o intuito de contribuir positivamente na evolução científica do tema.

Palavras-chave: Regulação. Agências Reguladoras. Independência. Projeto de Lei nº 86/2008.

ABSTRACT

The autonomy of regulatory agencies is treated as a crucial element for build a proper structure to encourage private investment and sustained development economic and social. So, after a brief historical major events introduction that provided the incorporation of regulatory agencies in the Brazilian legal system. This paper presents a thoughtful analysis

¹ Thaisa Colombieri Antunes de Sousa, advogada, ex-assessora jurídica da Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Município do Natal – ARSBAN e atual Chefe da Assessoria Jurídica da Companhia de Águas e Esgotos do Rio Grande do Norte - CAERN

about these regulatory administrative structures. This analysis takes much from its concept to the internal space occupied by them, always having as study based its legal status. Finally, after the study of the elements that arrange the independence of these agencies and the very technical nature of the institute, it passes to the analysis of the Municipal Law Project No. 86/2008 which represented a threat to the autonomy of the regulatory agencies enhanced, in case it is approved. Following the criticism, they are made some suggestions for improvement of the legislative process in order to contribute positively in the theme scientific evolution.

Key words: Sanitation. Regulation. Regulatory agencies. Independence.

INTRODUÇÃO.

O Presente artigo tem como tema o processo legislativo para criação e modificação das agências reguladoras, citando como exemplo a Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Município do Natal - ARSBAN.

O objetivo deste artigo é abordar um tema pouco discutido que é a segurança da estrutura regulatória do setor de saneamento criada por lei ordinária, na qual define suas características, principalmente quanto aos instrumentos de garantia de sua autonomia e independência, bem como o alcance de seus poderes, a fim de buscar alternativas de solução.

A importância desse estudo está associada à própria importância das agências reguladoras no equilíbrio e segurança jurídica do setor regulado do ponto de vista econômico e social, cuja fragilidade poderá intervir negativamente.

No caso da Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Município do Natal – ARSBAN, autarquia especial, com autonomia administrativa, financeira e técnica, criada mediante a Lei Municipal nº 5.346/2001, teve tal autonomia e independência ameaçadas durante a tramitação perante à Câmara Municipal de Natal do Projeto de Lei nº 86/2008, que modifica o §1º do art. 13 da Lei nº 5.346, de 28 de dezembro de 2001 (que cria a ARSBAN), no qual alteraria o mandato do Diretor Presidente de 4 para 2 anos, “admitida uma única recondução mas cessando, em qualquer caso, ao término do mandato anterior”, tornando o mandato do diretor-presidente coincidente com ao do Chefe do Poder Executivo.

Portanto, uma lei ordinária, que não necessita de muito rigor formal para ser aprovada pelo Legislativo, pode alterar toda uma estrutura regulatória estabelecida em nome de uma nova conjuntura político-eleitoral.

Assim, questionamos se a melhor forma para dar aos entes reguladores a autonomia e independência necessárias ao desenvolvimentos e consecução de seus fins seria definir critérios legislativos mais rigorosos.

Para tanto, serão discutidos temas ligados ao marco regulatório do saneamento básico inerentes à pesquisa proposta, explicando o conceito, características, poderes e natureza jurídicas as agências reguladoras, bem como a sua evolução histórica no Brasil.

Além disso, investigaremos o Projeto de Lei nº 86/2008 e as possíveis implicações caso tivesse sido aprovado pela Câmara Municipal do Natal, a fim de verificar se de fato poderia acarretar perigo à autonomia e independência da ARSBAN.

Portanto, o presente estudo irá contribuir para o fortalecimento da regulação do setor de saneamento básico com o aprimoramento da estrutura jurídica da Agências Reguladoras.

Para a elaboração deste artigo foram utilizados os procedimentos metodológicos e as técnicas adotadas na pesquisa bibliográfica mediante a Leitura de artigos e livros relacionados ao Direito Constitucional, Administrativo e Regulatório, à exemplo de autores como Alexandre Aragão, Carlos Ari Sundfeld, Celso Antônio Bandeira de Mello, bem como legislação e Normas Técnicas relacionadas ao tema, além da leitura e análise de arquivos da ARSBAN.

A pesquisa caracteriza-se como sendo qualitativa e de procedimento analítico.

Dadas às características da pesquisa, constituem-se em limitações aspectos referentes à dificuldade de acesso à informação quanto aos documentos citados neste artigo, como, por exemplo, o ofício da Associação Brasileira de Agências de Regulação - ABAR, que se posicionou contrariamente ao projeto de lei municipal.

1. A HISTÓRIA DO SANEAMENTO

1.1 SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

O saneamento básico é um elemento essencial para dignificar a vida do ser humano no ambiente urbano particularmente nos dias atuais com a problemática do crescimento desordenado dos centros urbanos.

Historicamente, a implementação e o desenvolvimento dos sistemas de saneamento básico nacionais dependem da ação do Poder Público. Em um primeiro momento, delineado a partir do término da Segunda Guerra Mundial que se estendeu até o início dos anos 70, foi organizado o saneamento por meio do Departamento Nacional de Obras de Saneamento (DNOS) com sua reorganização mediante o Decreto-Lei 8.847 de 24 de janeiro de 1946 e pela possibilidade de se conveniar (termo de cooperação) com entidades públicas e privadas objetivando a execução de obras de drenagem, irrigação e defesa contra enchentes (Lei nº 819 de 19 de setembro de 1949), e do Fundo Nacional de Obras de Saneamento (FNOS), criado pela Lei 4.089, de 15 de julho de 1962, que transformou o DNOS em autarquia, centralizando na União o planejamento, os investimentos e a execução de obras do setor, senão vejamos:

Art. 2º. O D. N. O. S. tem por finalidade promover, orientar, superintender, estudar, projetar, executar, contratar, fiscalizar e instruir todos os empreendimentos ou assuntos relativos a construção, melhoramento, conservação, modificação e exploração de obras de saneamento e defesa contra inundações.

Lei nº 819/1949

Art. 1º O Departamento Nacional de Obras e Saneamento (D.N.O.S.), do Ministério da Viação e Obras Públicas, poderá executar obras de drenagem, irrigação e defesa contra enchentes em cooperação com:

I - governos estaduais;

II - governos municipais, do Distrito Federal e de Território;

III - pessoas naturais ou pessoas jurídicas de direito privado.

Lei nº 4.089/1962

Art. 14. Fica criado o Fundo Nacional de Obras de Saneamento (F.N.O.S) destinado à execução dos serviços e obras atribuídos ao D.N.O.S. nesta lei. (Decreto-Lei 8.847/1946)

Em um segundo momento, foram instituídas a Política Nacional de Saneamento e o Conselho Nacional de Saneamento, este responsável pela análise do Plano Nacional de Saneamento (PLANASA), conforme disposto na Lei 5.318, de 26 de setembro de 1967. O PLANASA foi instalado pelo Banco Nacional de Habitação do Brasil – BNH “em 1968 de modo experimental e em 1971 de maneira formal”, segundo a análise de desempenho do plano feita pelo Eng. Jose Roberto do Rego Monteiro (1993, p. 03), e que em conjunto com FAE (Fundo para o financiamento de água e de esgotos), recursos do tesouro estadual, sendo

considerado peça básica na auto sustentação do Plano (1993, p. 05), contribuíram para o desenvolvimento do setor.

Porém, no período dos anos 80, ocorreu um real abandono da estrutura do PLANASA, com a extinção BNH por meio do Decreto-Lei nº 2.291, de 21 de novembro de 1986.

A importância do PLANASA se evidencia à medida que se constatou-se o seguinte dado: em caso de manutenção do ritmo médio de oferta de serviços observado entre 1970 e 1986, o déficit de água potável poderia ter sido eliminado em 1990 e o de serviços de esgotos no ano 2000 (MONTEIRO, 1993, p. 07).

Além do problema da falta de recursos, a ausência de clareza quanto à definição da titularidade dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário por parte.

Enquanto a norma federal não se materializava, os demais entes federativos se mobilizaram a fim de assegurar a prestação mínima dos serviços de saneamento básico e regulá-los. Em função disso, foram criadas em alguns entes da Federação agências reguladoras (estaduais e municipais) e novas empresas de prestação do serviço de saneamento (empresas privadas e municipais) que vieram se juntar às empresas estaduais de saneamento já existentes, criadas por ocasião do PLANASA.

A Lei do Saneamento Básico, lei nº 11.445, foi finalmente promulgada no dia 5 de janeiro de 2007, introduzindo o marco regulatório do setor, que impactará as empresas prestadoras de serviço de saneamento e os entes reguladores.

1.2 O PROCESSO REGULATÓRIO

O objetivo deste tópico é expor, de forma panorâmica, o conjunto de fatores que contribuíram para o processo regulatório nacional e, por conseguinte, em Natal, capital do Rio Grande do Norte.

Na história o papel do Estado no domínio econômico variou consideravelmente, passando do mais completo abstencionismo (liberalismo) a exagerada intervenção (welfare state), segundo Batista Júnior (2013).

Explico. Segundo Batista Júnior (2013), no período do liberalismo, predominava o modelo econômico baseado na livre iniciativa, na livre concorrência e na regulação privada, onde era objetivo do Estado assegurar as condições necessárias para o funcionamento do mercado. Porém, com os acontecimentos de ordem histórica como as duas grandes guerras mundiais e a crise econômica de 1929, redundou na derrocada do sistema liberal clássico, na segunda década do século XX, e no surgimento do Estado do Bem-estar Social.

Já o Estado Social, modelo político-econômico, que vigorou por boa parte do século XX, foi concebido com a finalidade de corrigir os desequilíbrios gerados pelo modelo liberal. Nota-se que o Poder Público assume diretamente a execução de serviços públicos.

Entretanto, o modelo do Estado Social não prosperou, acarretando na “falência do welfare state”, termo definido por Guiliano Cazzola, em *lo Stato Sociale tra Cristi e Reforme: il Caso Italia*, 1994, citado por Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, na obra *Regulação Estatal e Interesses Públicos* (2002, p. 116).

Segundo Marques (2002, p. 116), a decadência desse modelo se deveu às crescentes demandas com diminuição da capacidade do sistema político em atendê-las, provocando reivindicações de seus interesses com fortalecimento de mecanismos de pressão do Estado “para, num contexto de escassez de recursos, terem suas expectativas seletivamente atendidas”.

Para Batista Júnior (2013), o modelo de atuação estatal não conseguiu acompanhar as evoluções sociais por diversos fatores, entre eles: a multiplicação da população; a falta de manutenção do padrão de eficiência dos serviços prestados diretamente, sem o recebimento da devida contrapartida; o crescimento desmedido do aparelho estatal, através da criação das empresas, esgotando a capacidade de investimento, e ocasionando a deterioração do serviço público; e, por fim, o crescimento das dívidas externas e internas.

Assim, as agências reguladoras foram inseridas no ordenamento jurídico nacional como umas das instituições para a implementação da reforma do Estado diante da crise do Estado Social para um Estado Regulador, este decorrente do surgimento de uma nova modalidade de atuação estatal na economia, o Neoliberalismo. Ou seja, o Estado ampliou a participação da iniciativa privada na economia por meio privatização dos serviços públicos (MARQUES, 2002, p. 167), porém, como forma de garantir a qualidade dos serviços, criou-se

as primeiras agências reguladoras, à exemplo da ANEEL (Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996) e ANATEL (Lei 9.472, de 16 de julho de 1997).

As agências surgiram sem uma formulação muito sólida do que seriam e quais seus objetivos. Foram sendo criadas através de leis que visavam a reestruturação setorial, sendo criticadas como parte do processo de desestatização. É verdade que houve coincidência do seu surgimento com a diminuição da intervenção direta estatal (MARQUES NETO, 2005, p. 15). Mas não é correto afirmar que as agências sejam sinônimos de processo de privatização, e vice-versa. A Regulação existe em todos os setores, não só os privatizados e também está presente tanto na atividade econômica (regulação de mercado) quanto nos serviços públicos.

Conforme Marques Neto (2002, p. 167), a existência de agências reguladoras resulta da necessidade de o Estado intervir na organização das relações econômicas e na prestação dos serviços públicos, estes últimos visando à universalização, eficiência, adequação e modicidade tarifária, bem como a fim de conferir maior autonomia frente à estrutura tradicional do poder político.

A delegação dos serviços públicos ensejou a necessidade de controle desses serviços, através do instituto da regulação. Assistimos na verdade à construção de um Estado que deixa de ser executor e que passa a ser vigilante quanto às atividades que se revelam essenciais aos interesses da coletividade.

No Brasil, a regulação surge a partir da busca pela mitigação da intervenção direta do Estado sobre as atividades econômicas, situação prevista nos artigos 170 e 173 da Carta Constitucional Brasileira, onde fica claro que o Estado buscou incentivar o exercício da atividade econômica por particulares, com base em princípios como o da livre iniciativa e o da livre concorrência.

O Estado Brasileiro, não diferente do que ocorrera no mundo, entendeu que diante da necessidade de investir no país para alcançar o necessário desenvolvimento econômico e social, de maneira a atender as demandas internas, notadamente, as de energia, telefonia e saneamento, passou a adotar o modelo do Estado Regulador.

Dessa forma, surgiram no final da década de 90, as primeiras Agências Reguladoras brasileiras, a reboque das primeiras delegações de serviços públicos aos particulares.

A reforma regulatória iniciada nos anos 90 importou numa verdadeira revolução normativa, representada não apenas por mais e melhores leis, como também pelo aperfeiçoamento dos processos normativos e dos mecanismos de controle da discricionariedade regulatória.

No que tange especificamente ao saneamento, um dos últimos setores a carecer de marco regulatório, com o advento da Lei nº 11.445/07 foi estabelecida toda a normatividade infra legal que dela decorre, constituindo um notável avanço na regulação dos serviços de saneamento.

Em Natal, à medida que o processo de privatização dos serviços públicos avançou no Brasil, o Estado do Rio Grande do Norte começou a aventar a possibilidade de delegar a prestação dos serviços públicos de água e esgotos à iniciativa privada com a venda da Companhia de Águas e Esgotos do Rio Grande do Norte – CAERN ⁽²⁾, a exemplo do que ocorreu com os serviços de energia.

No ímpeto de barrar tal possibilidade foi aprovada a concessão exclusiva dos serviços à Companhia de Águas e Esgotos do Rio Grande do Norte – CAERN (Lei 5.250, de 10 de janeiro de 2001); a Prefeitura Municipal do Natal celebrou o contrato de concessão com a Companhia de Águas e Esgotos do Rio Grande do Norte – CAERN em abril de 2002, antes precário, conforme lei de outorga municipal; foi criado o Conselho Municipal de Saneamento Básico de Natal, órgão consultivo em matéria de saneamento básico prestado no âmbito do município de Natal, criado pela Lei nº 5.285, de 25 de julho de 2001, e a Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Município do Natal – ARSBAN, autarquia especial, com autonomia administrativa, financeira e técnica, mediante a Lei Municipal nº 5.346/2001.

Criou-se, portanto, naquela época, dificuldades políticas, administrativas e operacionais visando impedir a privatização da companhia estadual. Naquela época, o Executivo Municipal percebeu que a sociedade não via a privatização como algo positivo, razão pela qual optou pela defesa dos interesses dos munícipes.

2. A LEI 11.445/2007: O MARCO REGULATÓRIO DO SETOR

² Processo conhecido quando ocupava o cargo de Assessora Jurídica da ARSBAN entre 2004 a 2008

É certo que a Lei 11.445/07 estabeleceu as diretrizes nacionais para a prestação do serviço de saneamento básico. No entanto, segundo Marcos Juruena Villela Souto, o marco regulatório do serviço já existia, “à luz dos princípios constitucionais, legais e implícitos que regem a prestação de serviços públicos” (SOUTO, 2008, 51-72), mas se mostrou na prática insuficiente, pois não havia regras tão claras, conforme já observamos neste artigo.

Através da Lei Federal de Concessões (Lei 8.987/95) foram estabelecidos alguns princípios gerais que se tornaram os principais objetivos da atividade regulatória, dentre eles destacamos: a) prestação de serviço adequado; b) regras claras em geral; c) estabilidade nas relações envolvendo o Poder Concedente, concessionários e usuários; d) proteção dos usuários contra práticas abusivas e monopolistas; e) incentivo à expansão dos sistemas de prestação dos serviços (universalização); f) correção de imperfeições do mercado; g) garantia das condições necessárias à instauração da competição na indústria regulada; h) garantia da prática de tarifas adequadas; i) incentivo à eficiência; j) garantia da qualidade dos serviços.

O setor de saneamento é um dos mais complexos no tocante à regulação. Para Luiz Roberto Moraes (MORAES, 2007, p. 65-88), temos nesse setor a conjugação de características típicas de uma atividade passível de exploração econômica (como o tratamento de efluentes industriais), com um núcleo caracterizador de um serviço público, e ainda com uma infinidade de interfaces com políticas públicas específicas (de saúde, ambiental e meio ambiente) além do problema da indefinição quanto à titularidade do serviço.

A Lei do Saneamento passou a tratar a regulação com maior ênfase, uma vez que a Lei de Concessões não a previa, deixando a cargo da doutrina o entendimento da matéria. A função regulatória era exercida ou pelas administrações locais (de forma concentrada e centralizada) ou através da autorregulação feita pelas próprias companhias estaduais de saneamento, mas muito pouco se podia falar em regulação efetiva e moderna deste setor até o advento da lei nacional, segundo Floriano Marques Neto (2008, p. 11).

Floriano Marques Neto sintetizou a Lei nº 11.445/07 em três partes. Dividiu a lei por responsabilidades: a) a função planejadora; b) a função reguladora; e c) a função prestacional.

A primeira vem tratada nos artigos 9º (que lista as atribuições do ente titular dos serviços) e 19 (que lista o conteúdo mínimo do plano), além dos art. 11, 14 e 20 que tratam da condição prévia para a regulação e a delegação dos

serviços. A função regulatória, outro avanço da lei, vem tratada em diversos artigos, destacando-se aquele que elege a regulação como condição de validade dos contratos de prestação dos serviços (art. 11, III) e atribui ao regulador a função de arbitrar os conflitos entre o Poder Concedente, Prestador e Usuários (art. 12, §1º) e a possibilidade do titular do serviço delegar a atividade regulatória para entidade da Administração pública de outro ente federado situado dentro dos limites do Estado (art. 23, §1º). A função de prestar os serviços vem tratada na lei da seguinte forma: pode ser exercida pelo próprio ente titular, por ente de sua estrutura administrativa, por particulares delegatários ou ainda por ente de outra esfera da federação. (MARQUES NETO, 2008, p.13)

No tocante ao planejamento, deu bastante ênfase ao obrigar a elaboração dos planos de saneamento como condição de validade de contratos de prestação de serviços.

Adotou ainda novos princípios de políticas públicas para o setor (intersetorialidade, integralidade das ações, sistemas de informações institucionalizados e o controle social); fortalecimento da regulação; fortalecimento das responsabilidades do titular dos serviços, atribuindo a obrigação da elaboração da política de saneamento; e induziu a adoção de soluções consorciadas e regionalizadas, a fim de articular e melhorar os serviços de saneamento básico.

Entendido pela maioria da população como sinônimo de “água e esgoto”, o saneamento básico passou a apresentar conceituação mais abrangente para a comunidade científica mundial. Este conceito, legalmente consagrado pela Lei do Saneamento Básico (art. 3º, I), considera como saneamento básico o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo de águas pluviais urbanas, além dos mencionados abastecimento de água potável e esgotamento sanitário.

A regulação, definição das condições e fiscalização da prestação dos serviços públicos de saneamento, em seus aspectos sociais, econômicos, técnicos e jurídicos, passa a ter diretrizes claras, com a edição da Lei de Saneamento Básico, o que pode ser constatado a partir do seu artigo 12, caput, que estabelece: “Nos serviços públicos de saneamento básico em que mais de um prestador execute atividade interdependente com outra, a relação entre elas deverá ser regulada por contrato e haverá entidade única encarregada das funções de regulação e fiscalização”.

Registre que a atividade de regulação prevista na Política Nacional de Saneamento Básico deverá ser exercida por ente autônomo de sua administração ou ser delegada para entidade de outra esfera federativa.

A Lei do Saneamento Básico dispõe no artigo 21 sobre os princípios da atuação do ente regulador, apontando os seguintes: independência decisória, transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões.

O parágrafo 1º do artigo 12 determinou, em seus incisos, certas exigências a serem cumpridas pelo ente regulador:

§ 1º A entidade de regulação definirá, pelo menos: I - as normas técnicas relativas à qualidade, quantidade e regularidade dos serviços prestados aos usuários e entre os diferentes prestadores envolvidos; II - as normas econômicas e financeiras relativas às tarifas, aos subsídios e aos pagamentos por serviços prestados aos usuários e entre os diferentes prestadores envolvidos; III - a garantia de pagamento de serviços prestados entre os diferentes prestadores dos serviços; IV - os mecanismos de pagamento de diferenças relativas a inadimplemento dos usuários, perdas comerciais e físicas e outros créditos devidos, quando for o caso; V - o sistema contábil específico para os prestadores que atuem em mais de um Município. (Lei 11.445/2007)

Outras disposições merecem destaque nesta lei, tais como os objetivos da regulação (art. 22), a possibilidade de delegação da atividade reguladora (art. 8º) e a prestação regionalizada dos serviços de saneamento básico (arts. 14 e 15).

Porém, diante das experiências vividas na Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Município do Natal - ARSBAN e na Companhia de Águas e Esgotos do Rio Grande do Norte, as mudanças trazidas pela nova política de saneamento básico irão demorar a provocar uma mudança na realidade do setor, uma vez que a cultura da autorregulação que ainda persiste no seio das companhias estaduais de saneamento, mas que vem modificando este paradigma ao longo do tempo.

3. CONCEITO, OBJETIVOS E PODERS DA REGULAÇÃO

As agências reguladoras independentes são autarquias, pessoas jurídicas de direito público interno, dotadas de regime jurídico especial e, por isso, compõem o quadro da denominada Administração Pública Interna.

Alexandre Aragão conceitua as Agências Regulatórias como:

(...) podemos conceituar as agências reguladoras independentes brasileiras como sendo as autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à Administração centralizada, incumbida do exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração ad nutum. (ARAGÃO, 2002, 275)

Segundo Marçal Justen Filho diz que:

O objetivo da regulação é conjugar as vantagens provenientes da capacidade empresarial privada com a realização de fins de interesse público. Especialmente quando a atividade apresentar relevância coletiva, o Estado determinará os fins a atingir, mesmo quando seja resguardada a autonomia privada no tocante à seleção dos meios. (JUSTEN FILHO, 2002, 30)

Isto por que numa sociedade capitalista, como a nossa, é preciso, para alcançar o desenvolvimento, que se garanta a livre iniciativa e a concorrência, sendo este o papel do Estado.

Para Hugo de Brito Machado:

A regulação é a atividade tendente a fazer correto, normal, regular alguma coisa (...) é a atividade desenvolvida pelo Estado com o objetivo de garantir a regularidade na prestação do serviço, assim entendida a preservação de preço justo e qualidade adequada ao atendimento das necessidades coletivas que deva suprir. (MACHADO, 2005, p. 93)

Na visão de Marçal Justen Filho (2005, p. 447), “a regulação econômico-social consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais”.

Como regulação, podemos entender conceitualmente, a imposição indireta de regras e controles do Estado sobre entidades no exercício de atividades, na sua essência, públicas, de acordo com regras estabelecidas no interesse público.

O art. 3º, V, da Lei 11.445/2007, vetado pelo Presidente da República, definia a regulação como sendo a definição das condições e fiscalização da prestação dos serviços públicos, em seus aspectos sociais, econômicos, técnicos e jurídicos. Contudo, o Decreto 7217/2010 dispôs no art. 2º a diferenciação de regulação e fiscalização. Vejamos:

II - regulação: todo e qualquer ato que discipline ou organize determinado serviço público, incluindo suas características, padrões de qualidade, impacto socioambiental, direitos e obrigações dos usuários e dos responsáveis por sua oferta ou prestação e fixação e revisão do valor de tarifas e outros preços públicos, para atingir os objetivos do art. 27;

III - fiscalização: atividades de acompanhamento, monitoramento, controle ou avaliação, no sentido de garantir o cumprimento de normas e regulamentos editados pelo poder público e a utilização, efetiva ou potencial, do serviço público; (Lei 11.445/2007)

Gislene Rocha de Lima (2013, p. 5) conclui que o conceito de regulação, de fato, não se confunde com o de fiscalização, mas o contém, por ser o primeiro mais abrangente, visto que seria de nenhuma valia as agências reguladoras definirem condições e regulamentarem a prestação dos serviços, organizando tais serviços públicos, sem a correspondente competência para fiscalizarem a observância pelos prestadores dos serviços das condições e regulamentos impostos, acompanhando, monitorando, controlando e avaliando os serviços e aplicando penalidades, no sentido de garantir qualidade, continuidade, regularidade, segurança, atualidade, universalidade e modicidade tarifária dos serviços públicos regulados.

Contudo, a mesma autora (2013, p. 6), ressalta que o art. 2º, II, do Decreto supra restringe à noção de normatização ou regulamentação técnica e não propriamente delimitar o que corresponde ao moderno conceito de regulação, enquanto atividade de normatização, planejamento, acompanhamento, controle e fiscalização, englobando o estabelecimento de tarifas ou parâmetros tarifários (regulação econômica), controle dos padrões de qualidade (regulação técnica) e recebimento, processamento e decisão acerca das reclamações dos usuários, relacionadas com a prestação de utilidade e serviços públicos (atendimento ao usuário).

A regulação se divide em três linhas gerais de atuação, que abaixo elencamos: a) Regulação econômica, que é a intervenção direta nas decisões de mercado, tais como preço, concorrência, condições de entrada e saída do mercado; b) Regulação social de proteção dos interesses públicos, como saúde, segurança, saneamento e meio ambiente; c) Regulação administrativa, que é a exigência de documentos e formalidades administrativas.

Alexandre Aragão (2005, p. 24), no tocante às funções da regulação, ensina que há três poderes inerentes: “aquele de editar a regra, o de assegurar a sua aplicação e o de reprimir as infrações”.

Uma das competências outorgadas às Agências mais importantes situa-se na expedição de normas gerais e abstratas. E o fazem desdobrando o que está na lei ou nos regulamentos expedidos pelo Presidente da República.

No caso do setor de saneamento, competiria às agências reguladoras a edição de normas técnicas como, por exemplo, as que definem o processo de revisão e reajuste tarifário e a qualidade da prestação de serviços, e demais especificações técnicas dispostas na Lei nº 11.445/2007. Vejamos:

Art. 23. A entidade reguladora editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços, que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos: I - padrões e indicadores de qualidade da prestação dos serviços; II - requisitos operacionais e de manutenção dos sistemas; III - as metas progressivas de expansão e de qualidade dos serviços e os respectivos prazos; IV - regime, estrutura e níveis tarifários, bem como os procedimentos e prazos de sua fixação, reajuste e revisão; V - medição, faturamento e cobrança de serviços; VI - monitoramento dos custos; VII - avaliação da eficiência e eficácia dos serviços prestados; VIII - plano de contas e mecanismos de informação, auditoria e certificação; IX - subsídios tarifários e não tarifários; X - padrões de atendimento ao público e mecanismos de participação e informação; XI - medidas de contingências e de emergências, inclusive racionamento; § 1º A regulação de serviços públicos de saneamento básico poderá ser delegada pelos titulares a qualquer entidade reguladora constituída dentro dos limites do respectivo Estado, explicitando, no ato de delegação da regulação, a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas. (Lei nº 11.445/2007)

Verifica-se no §1º, do artigo supracitado que a Lei nº 11.445/2007 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de delegação da regulação dos serviços públicos pelos seus respectivos titulares. No art. 174 da Constituição Federal apenas estabelece que como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado

exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Do ponto de vista teleológico, a Lei 11.445/2007 atribui competência ao ente regulador de definir padrões e normas relativas às dimensões técnicas, sociais e econômicas da prestação de serviços, bem como fiscalizar e aplicar penalidades, garantindo o cumprimento das condições e metas estabelecidas. Além disso, a ela compete a definição de tarifas a fim de assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a modicidade tarifária, aplicando mecanismos de eficiência e eficácia dos serviços, dentre outras funções.

4. A AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS

Como vimos anteriormente, as agências reguladoras regulam e fiscalizam os diversos setores, atuando nas atividades econômicas de interesse público, sob forma de autarquia especial, objetivando uma independência política decisória e autonomia em relação à administração direta, evitando qualquer ameaça à plena consecução dos interesses públicos, à segurança jurídica dos investimentos e a concretização das políticas públicas traçadas como objetivos legítimos do governo, segundo Gislena Lima (2013, p. 17).

A autonomia e independência são essenciais para que entes de direito público como as Agências, possam regular mercados e serviços públicos delegados, com base nas premissas da teoria da regulação, notadamente, a imparcialidade entre os interesses dos agentes dos mercados regulados (poderes concedentes, delegatários dos serviços públicos e usuários).

Observa-se que as agências formulam, implementam e avaliam os parâmetros indicadores pactuados segundo a finalidade das normas e segundo diretrizes das políticas públicas.

Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto (2005, p. 59-66), as agências reguladoras possuem as seguintes características: a) amplitude dos poderes das agências,

tendo poderes normativos, de outorga, de fiscalização, sancionatório, de conciliação e de recomendação; b) capacidade técnica, concentrando conhecimento e essencialidade sobre o setor objeto da regulação; c) permeabilidade à sociedade, exercendo sua atividade com abertura aos atores sociais; d) processualidade, no qual obriga as agências, ao exercerem seus poderes, ao devido processo legal.

As agências gozam de autonomia, que se constitui o núcleo central do conceito das agências reguladoras (ARAGÃO, 2006, p.4). Segundo Aragão, o art. 21, I, da Lei 11.445/2007 prevê a “independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira da entidade reguladora” como princípio da função reguladora e para obter êxito, dependerá de sua especialização técnica do seu corpo funcional, da atuação eficiente dos mecanismos de ação e da imparcialidade necessária à composição dos naturais conflitos de interesses que se revelam entre o regulado, o prestador e o poder concedente.

Segundo Vital Moreira (1997 apud MARQUES NETO, 2005, 67), o traço essencial dos entes reguladores é naturalmente a autonomia ou independência dos respectivos membros. Não estão organicamente integrados na administração ordinária do Estado, nem sujeitos a orientações ou controle governamental quanto à condução da sua atividade.

Floriano de Azevedo Marques Neto, diz:

A independência se põe, portanto, essencial para que o regulador possa exercer suas funções de forma equidistante em relação aos interesses regulados (operadores econômicos), dos beneficiários da regulação (os usuários, consumidores, cidadãos) e ainda o próprio poder político, ficando protegidos tanto dos interesses governamentais de ocasião, quanto dos interesses estatais diretamente relacionados ao setor regulado (...). Segue daí que, para que tenhamos o pleno exercício da regulação sobre atividade (inclusive buscando a aferição das pautas de interesse geral estabelecidas para o setor regulado), será necessário que o ente dela encarregado mantenha uma certa autonomia em relação a estes três blocos de interesses que, normalmente, não são combináveis, nem muito menos coincidentes. (MARQUES NETO, 2005, p. 68)

Na condição de agente normativo e regulador, o Estado exerce, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento e as Agências fixam, perseguem e avaliam conjuntamente com o órgão supervisor da administração direta, as políticas voltadas a cumprir a regra do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, incorporando-se aos planos de desenvolvimento.

As Agências Reguladoras devem implementar, de maneira a se concretizarem os objetivos gerais da regulação. São eles, fundamentalmente: a) regulação prévia e fiscalização posterior; b) agilidade e tecnicidade das decisões; c) transparência e publicidade; d) postura fomentadora de investimentos, do desenvolvimento do mercado e da universalização; e) estabilidade jurídica – respeito às decisões transitadas em julgado e ao marco regulatório (contratos, leis e Constituição Federal); f) caráter pedagógico-educativo das penalidades aplicadas.

É relevante destacar a primordial importância desses requisitos da regulação para que a delegação de serviços públicos seja bem-sucedida e possa promover, na sua plenitude, o bem-estar social tão almejado.

Floriano Marques Neto defende que há duas espécies de independência: a orgânica e a administrativa. Vejamos:

A independência orgânica pertine ao exercício das atividades-fim da agência e se traduz na existência de mecanismos aptos a assegurar que os agentes reguladores não estarão subordinados à vontade política do poder central para além das metas, objetivos e princípios constantes das políticas públicas estabelecidas para o setor. Já daí percebe-se que a independência orgânica se presta a assegurar ampla autonomia no manejo dos instrumentos regulatórios. (...) Sua atividade há de ser condicionada i) pelos princípios e objetivos previstos na lei que o criou; ii) pelos princípios gerais que regem a Administração pública e em especial a atividade regulatória; iii) pelas políticas públicas estabelecidas direta ou indiretamente (via reflexa) para o setor. (MARQUES NETO, 2005, p. 72-76)

Para alcançar a tal independência, instituiu-se alguns mecanismos, como: i) a estabilidade dos dirigentes e fixação de mandatos; ii) mandatos não coincidentes; iii) ausência de controle hierárquico.

Quanto à estabilidade de seus dirigentes, assegura que o regulador poderá exercer suas competências sem estar ameaçado de ter sua atuação interrompida por ato de vontade do Poder Executivo. Assim, são estabelecidos mandatos por tempo determinado, vedando-se a exoneração ad nutum, com fim de evitar que se tornem agentes políticos de confiança do Poder Executivo (LIMA, 2013, P. 23).

Ao contrário das autarquias especiais, os dirigentes de uma autarquia comum podem ser exonerados livremente.

Cabe salientar que o estabelecimento de regras claras para a seleção e nomeação dos dirigentes, assim como para a demissão e substituição, reforça a autonomia da agência, afastando a “captura” por grupos de interesse. Em suma, a nomeação está sujeita à escolha pelo Presidente da República e indicação ao Senado Federal, no caso de agências federais, que sabatina e aprova, enquanto a demissão dos dirigentes não poderá ocorrer sem justa causa.

No tocante ao segundo mecanismo, Pires e Goldstein (2001, p. 12) defendem que os mandatos fixos para os dirigentes das agências reguladoras, combinados com a não coincidência com os mandatos do Chefe do Poder Executivo, revelam-se elementos primordiais para o fortalecimento da autonomia dessas instituições, devido à elevação da previsibilidade das decisões, afastando uma eventual ruptura contratual. Desse modo, a estabilidade garante a permanência de uma conjuntura favorável para a atração de investimentos de longo prazo, tendo em vista que no cálculo da taxa de risco de um projeto as incertezas provenientes da regulação são tidas como componentes importantes. Portanto, demonstram que “a não coincidência de mandatos é desejável para evitar vícios administrativos e estimular a renovação administrativa dos órgãos”.

No mesmo sentido, Gislene Lima (2013, p. 24-25) reza que se mostra útil à independência decisória a não coincidência entre o mandato do dirigente e do chefe do Executivo, como também a não coincidência de mandatos entre os próprios dirigentes, de modo que, a cada ano, haja a possibilidade de renovação de um deles. Esse mecanismo fortalece a desvinculação dos dirigentes e, relação à orientação política vigente no Poder Executivo, de forma a conferir estabilidade às políticas públicas regulatórias.

Quanto à ausência de controle hierárquico, Marques Neto (2005, p. 75) explica que os atos praticados pelas agências não são passíveis de anulação, revisão ou revogação por parte dos dirigentes do órgão da Administração central aos quais os órgãos reguladores são institucionalmente vinculados. Se admitida esta espécie de controle, os órgãos da Administração direta poderiam interferir permanentemente na atividade do regulador, monitorando seus atos e, sempre que tomados em contrário à vontade política existente no núcleo do poder, desfariam o ato reformando-o ou determinando o seu refazimento.

O que não se pode abandonar, entretanto, é a ideia de que as agências reguladoras devem passar por um controle parlamentar e judicial, pois a sua autonomia não é de caráter absoluto. Caso algum ato da agência se revele contra a ordem jurídica estabelecida, o Poder

Judiciário possui instrumentos para combater essa prática. O fato de ser considerada a última instância administrativa não afasta a possibilidade de recurso ao Judiciário, conforme inciso XXXV do artigo 5º, que prevê o sistema de unidade de jurisdição.

Em relação ao Poder Legislativo, devem ser observados os incisos V e X, do artigo 49 e o artigo 70 da Constituição Federal, que permitem: (i) a suspensão dos atos normativos das agências reguladoras que não se adequarem aos parâmetros determinados pela lei; (ii) a fiscalização e controle pelo Congresso Nacional dos atos da Administração Indireta; e (iii) a fiscalização contábil, orçamentária, operacional e patrimonial.

Ressalta-se ainda que as agências possuem um vínculo com o Poder Executivo Central, o que permite aos Ministérios exercerem uma supervisão que, por sua vez, “não quer dizer que, quanto às matérias de competência das agências, a Administração Direta deva necessariamente intervir” (SUNDFELD, 2006, p. 27). Em outras palavras, a supervisão ministerial faz-se necessária, mas não deve violar a autonomia, em suas várias facetas, que foi concedida às agências. As agências estão sujeitas à tutela, mas seus atos não podem ser revistos pelo Poder Executivo Central. Portanto, a autonomia funcional das agências reguladoras garante a execução de políticas ad hoc.

Já a independência administrativa, consiste na liberdade de meios para a boa atuação do ente regulador, tendo como mecanismo garantidores: i) autonomia de gestão; ii) autonomia financeira; iii) a liberdade de organizar seus serviços; iv) regime de pessoal.

O primeiro, é referente à capacidade de organização e gestão, alocando os recursos nas ações prioritárias ao desempenho de suas atividades.

O Segundo, caracteriza-se pela garantia de que os recursos financeiros não dependerão do Poder Executivo (MARQUES NETO, 2005, p. 77). Para Aragão, (2005, p. 24), “a autonomia financeira constitui requisito essencial para que qualquer autonomia se efetive na prática”.

Porém, a autonomia financeira das agências reguladoras é mitigada em razão do Princípio de Unidade Orçamentária, o que torna imprescindível a apresentação do orçamento de maneira harmônica e integrada em seu conjunto. Aragão (2002, 334) sugere, como uma forma de tornar a autonomia orçamentária factível, a elaboração de apenas uma previsão global para o Poder Executivo:

Uma sugestão a ser aventada, por compatível com o nosso ordenamento jurídico, seria as agências reguladoras, visando ao atendimento do princípio da unidade orçamentária, apresentarem à Administração central apenas uma previsão global de suas receitas e despesas, fazendo, posteriormente, de per se, as necessárias especificações e distribuições entre seus órgãos internos. (ARAGÃO, 2002, 334)

O terceiro mecanismo é a liberdade para organizar os serviços, atribuindo competências e atribuições aos agentes.

O quarto, é o regime de pessoal compatível como a natureza das atividades, ou seja, a adoção de regime dos seus servidores mais estável, dotado de todas as garantias inerentes à carreira de servidor público ocupante de funções de estado (2005, p.79).

Embora elementos tão essenciais à própria existência das agências, a Lei 11.445/07 que instituiu o marco regulatório do setor de saneamento básico não definiu os conceitos da autonomia e independências, dificultando inclusive a edição das leis de criação dos entes reguladores. Senão vejamos:

Art. 21. O exercício da função de regulação atenderá aos seguintes princípios:
I - independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira da entidade reguladora;
II - transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões. (Lei 11.445/2007)

Dessa forma, verifica-se que o conceito de autonomia e independência dependerá sempre do que dispor a lei, a Constituição ou o diploma que conferir esta prerrogativa à entidade, segundo Alexandre Aragão no seu artigo Agências Reguladoras: algumas perplexidades e desmistificações (ABAR, 2008, 40).

Portanto, vimos que a autonomia e independência são os elementos essenciais das agências e são os instrumentos asseguradores dessa independência que permitirão o exercício da regulação com vistas ao equilíbrio do sistema regulado.

Assim, o reforço legislativo da autonomia e independência faz com que as agências fiquem fora do alcance do juízo de conveniência e oportunidade dos agentes públicos político-eleitoralmente legitimados do ponto da democracia representativa. Assim, por exemplo, um novo Chefe do Poder Executivo, recém-eleito, tem que lidar com as agências reguladoras dirigidas por pessoas que seguem a política do seu antecessor.

5. PODERES REGULATÓRIOS

Segundo Marques Neto, (2005, p. 60-61), as agências reguladoras possuem os seguintes poderes: i) (poder normativo, consistente em editar comandos gerais para o setor regulado (completando os comandos legais crescentemente abertos e indefinidos); ii) poder de outorga ⁽³⁾, consistente na prerrogativa de emissão, em consonância com as políticas públicas aplicáveis ao setor, de atos concretos de licenças, autorizações, injunções, com vistas a franquear ou interditar o exercício de uma atividade regulada a um particular; iii) poder de fiscalização do setor, a qual se revela tanto pelo monitoramento das atividades reguladas (de modo a manter-se permanentemente informada sobre as condições econômicas, técnicas e de mercado do setor), quanto na aferição das condutas dos regulados de modo a impedir o descumprimento de regras ou objetivos regulatórios; iv) poder sancionatório, consistente tanto na aplicação de advertências, multas ou mesmo cassações de licenças, como também na prerrogativa de obrigar o particular a reparar um consumidor ou corrigir os efeitos de uma conduta lesiva a algum valor ou interesse tutelado pelo regulador; v) poderes de conciliação, que se traduzem na capacidade de, dentro do setor, conciliar ou mediar interesses de operadores regulados, consumidores isolados ou em grupos de interesses homogêneos, ou ainda interesses de agentes econômicos que se relacionam com o setor regulado (malgrado não explorem diretamente a atividade sujeita à regulação setorial) no âmbito da cadeia econômica; e, por fim vi) poderes de recomendação, consistentes na prerrogativa, muitas vezes prevista na lei que cria a agência, de o regulador subsidiar, orientar ou informar o poder político, recomendando medidas ou decisões a serem editadas no âmbito das políticas públicas.

Sobre o poder normativo, há um grande debate analisando o limite do poder normativo das agências reguladoras frente ao que dispõe a nossa Carta Magna.

Alexandre Aragão (2002) invoca o instituto da delegificação ou deslegalização para justificar o teor da Lei 11.445/07, no que tange ao limite legislativo. Por este instituto, o legislador, no uso da sua liberdade para dispor sobre determinada matéria, atribui um largo campo de atuação normativa à Administração, que permanece, em todo caso, subordinada às leis formais.

³ As outorgas aqui elencadas não se confundem com a prerrogativa de decidir, planejar e organizar as outorgas de direito de exploração de um bem ou atividade.

Menciona Aragão que não há qualquer inconstitucionalidade na delegificação, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria. E, com efeito, se este tem poder para revogar uma lei anterior, por que não o teria para, simplesmente, rebaixar o seu grau hierárquico? Por que teria que direta e imediatamente revogá-la, deixando um vazio normativo até que fosse expedido o regulamento, ao invés de, ao degradar a sua hierarquia, deixar a revogação para um momento posterior, a critério da Administração Pública, que tem maiores condições de acompanhar a avaliada e complexa realidade econômica e social?

Henrique Ribeiro Cardoso (2006, p. 210), diz, citando Alexandre dos Santos Aragão, que as normas das agências reguladoras são regulamentos de execução, não configurando qualquer espécie de delegação legislativa. Tais regulamentos, embora denominados pelo mesmo de execução, podem normatizar amplamente o campo de sua competência, complementando as leis e inovando no ordenamento jurídico. As leis que atribuem às agências função normativa promovem, em regra, a deslegalização, fazendo com que as normas que seriam veiculadas por lei, passem a ser por regulamento. Tais regulamentos são de competência exclusiva das agências reguladoras, não havendo possibilidade de emissão pelo chefe do Poder Executivo no campo reservado por lei a estas (CARDOSO, 2006, p. 215-216).

Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto entende que é um regulamento com fundamento na deslegalização e em razão da discricionariedade técnica, mas que as normas das agências reguladoras não poderiam inovar, somente quando se tratar de questões técnicas.

Há, contudo, opiniões que sustentam que tal deslocamento de sede normativa só pode ser operado pela própria Constituição, isto é, que a liberdade do legislador, em um regime de Constituição rígida, não pode chegar ao ponto de abrir mão dos seus poderes, delegando-os. Para essa assertiva, pouco importaria que a Constituição vede ou não, expressamente, a delegação de poderes, vez que a vedação decorreria da própria divisão constitucional de competências. Sendo assim, afirmam esses autores, a delegificação por via legislativa implicaria a derrogação infraconstitucional de competências fixadas pelo Poder Constituinte.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Melo diz que:

Nos termos do art. 5º, II, 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'. Aí não se diz 'em virtude de' decreto, regulamento, resolução, portaria ou quejandos. Diz-se 'em virtude de lei'. Logo a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor a quem quer que seja. (...) Para reforçar ainda mais o entendimento deste caráter subalterno da atividade administrativa, basta examinar atentamente o art. 84, IV, da Lei Magna. De acordo com ele, compete ao Presidente da República 'sancionar, promulgar e fazer publicar leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução'. Evidencia-se, destarte, que mesmo os atos mais conspícuos do Chefe do Poder Executivo, isto é, os decretos, inclusive quando expedem regulamentos, só podem ser produzidos para ensejar execução fiel da lei. Ou seja: pressupõem sempre uma dada lei da qual sejam fiéis executores. (MELO, 2008, 102-103)

Ou seja, as normas das agências devem abranger apenas aspectos técnicos destinados a regular a atuação dos agentes econômicos da área submetida à sua regulação.

Tudo isso sem inovar originariamente a ordem jurídica e atingir direitos ou interesses dos destinatários da regra, que estejam protegidos pela lei ou pela legislação superior.

No entanto, diante da existência de agências reguladoras autônomas e independentes, é possível entender que, apesar de ambas as posições possuírem grande plausibilidade, as necessidades práticas de uma regulação social ágil e eficiente irão, em um espaço de tempo, impor o amplo acatamento do instituto da delegificação, até porque, além das razões de ordem prática, reveste-se de argumentos jurídicos.

Com efeito, devemos observar que o Poder Legislativo, face à complexidade e dinamismo da sociedade, tem distinguido os aspectos políticos, dos de natureza preponderantemente técnica da regulação econômica e social, retendo os primeiros, mas, consciente das suas naturais limitações, transpassando a outros órgãos ou entidades, públicas ou privadas, a normatização de cunho marcadamente técnico.

Nota-se, com isto, a grande conexão existente entre os ordenamentos setoriais, as entidades reguladoras independentes e a proliferação de sedes normativas não parlamentares, aí inclusas, com destaque, as propiciadas pelas delegificações. Todos estes fenômenos constituem o reflexo no Direito da complexidade da sociedade contemporânea.

A necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, é a razão de ser das agências independentes, ao que se pode acrescentar o fato da competência normativa integrar o próprio conceito de regulação.

Hugo de Brito Machado ressalta que:

As normas de regulação submetem-se também à supremacia da lei em relação a elas. Se uma questão é tratada em lei, evidentemente não pode a norma de regulação dispor em sentido contrário. Mas a esse respeito é da maior importância que na constatação de possíveis antinomias entre as normas de regulação e as leis não se perca de vista o critério da especialidade, que em regra deve prevalecer sobre o critério hierárquico. (MACHADO, 2005, p. 101)

Desta forma, parece que, em princípio, “as leis criadoras das agências reguladoras implicam, pelo menos em matéria técnica, em deslegalização em seu favor, salvo, logicamente, se delas se inferir o contrário” (ARAGÃO, 2002, p. 291).

Ressalta-se que, mesmo para os que não acolhem a delegificação por via legislativa, o instituto tem grande importância no Direito positivo brasileiro, já que, em diversos casos, é a própria Constituição que delegifica matérias para entidades estatais e não estatais: em favor das entidades desportivas privadas (art. 217, I), dos órgãos reguladores da prestação dos serviços de telecomunicações (art. 21, XI) e da exploração do petróleo (art. 177, § 2º, III), das universidades em geral (art. 207) etc.

Compreende-se que estamos diante de uma legitimidade do poder normativo delegificado em favor de órgãos ou entidades estranhas ao Poder Legislativo. E segundo Aragão, o artigo Princípio da legalidade e poder regulamentar no estado contemporâneo, como essas esferas normativas autônomas se fundamentam diretamente no Poder Constituinte, estão protegidas contra as ingerências que a elas venham a ser impostas, ressalvada, naturalmente, a incidência de normas da própria Constituição, mormente as concernentes à Administração Pública, e a possibilidade de balizamento e coordenação de caráter político, não técnico, pelo Poder Legislativo.

Portanto, entendemos que o poder normativo deslegalizado se constitui em pilar fundamental para garantir a independência e autonomia das agências reguladoras.

6. A AMEÇA À AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DA ARSBAN

O caso da Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Município do Natal - ARSBAN é um bom exemplo para ilustrar o que exaustivamente fora explicado no presente artigo quanto à hipótese em que a autonomia e independência foram ameaçadas.

Vejamos. No final da gestão do Executivo do Município do Natal em 2008, surgiu, de autoria do vereador Emilson Medeiros, o Projeto de Lei nº 86/2008, que modificava o §1º do art. 13 da Lei nº 5.346, de 28 de dezembro de 2001 (que cria a ARSBAN), no qual alteraria o mandato do Diretor Presidente de 4 para 2 anos, “admitida uma única recondução mas cessando, em qualquer caso, ao término do mandato anterior”.

Sobre o tema, e no mesmo sentido do exposto neste artigo quanto às características das entidades reguladoras, a Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR imediatamente se posicionou contrária ao projeto, alegando que a ARSBAN deixaria de ser uma agência reguladora, pois, para tanto, os seus dirigentes devem ter mandato fixo e não coincidente com o prefeito municipal, ao contrário do se pretendia fazer. Ao final, alertou, caso o projeto fosse aprovado, que:

a ARSBAN passará a não atender ao disposto no inciso I do art. 21 da Lei 11.445/07 ao perder sua independência decisória e autonomia administrativa e financeira, ou seja, deixará de ser uma agência reguladora, passando a ser, de fato, semelhante a qualquer autarquia convencional, deixando de ser especial. (ABAR)

Por outro lado, embora aprovado pela Câmara Municipal do Natal, o então Chefe do Poder Executivo o vetou integralmente, além dos motivos de ordem formal, pelas seguintes razões:

(...) Ressalta-se ainda que o projeto de Lei é contrário ao interesse público, visto que pretende fixar a interrupção do período de mandato do Diretor-Presidente da Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Município da Natal – ARSBAN, retirando assim as funções regulatórias da ARSBAN, transformando-a em autarquia comum. (...) Prejudicando, por conseguinte, a execução de suas funções, posto que a independência se põe essencial para que o regulador efetue suas funções de forma equidistante em relação aos regulados, beneficiários da regulação e o próprio poder público, protegendo assim suas funções tanto dos interesses governamentais quanto qualquer outro interesse que não o interesse público. (...).(RAZÕES DO VETO AO PROJETO DE LEI 86/2008)

Portanto, o Município do Natal considerou acertadamente, diante do exposto neste artigo, que manutenção da autonomia e da independência da ARSBAN é de interesse público, uma vez que poderia comprometer sua atividade normativa, de controle e de fiscalização dos serviços por ela prestados, principalmente nos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário vitais à população da cidade.

E não poderia ser diferente, sem a autonomia e independência das agências reguladoras, não seria possível o desempenho da função de mediação com neutralidade frente à gestão administrativa, assegurando que o setor sobre o qual atuam se desenvolva de acordo com suas próprias regras como defende Floriano Marque Neto (2005, 49-51).

Perder a independência decisória significaria negar a própria razão de ser da regulação.

CONCLUSÃO E RECOMENDAÇÕES

O Estado Regulador surge como uma solução à situação crítica da economia mundial, afastando a noção de prestação de serviço do Estado Social e adota uma regulação sistemática de setores que prestam serviços privados ou públicos, intervindo através de normas por agentes reguladores.

A reforma do Estado ocorreu durante o processo de privatizações ocorridas na década de 90, deixando de ser executor de serviços de interesse público para estar voltado às questões de planejamento, regulação e fiscalização desses serviços, deixando a prestação dos serviços às concessionárias e, quando privatizados, às empresas privadas.

Com isso, busca-se a eficiência e a consecução dos contratos e o controle das atividades passa a ser exercido a posteriori e não prévio, afastando-se o modelo burocrático tradicional e adotando a administração gerencial.

Quanto à natureza jurídica das normas das agências, ficou claro que se trata de autarquia especial, dotada de autonomia administrativa, financeira, técnica e orçamentária, onde as leis instituidoras das agências devem estabelecer os campos de competência normativa, de caráter eminentemente técnico, uma vez que a sua tecnicidade e especialidade são características predominantes dessa autarquia especial. Além disso, as normas editadas pelo ente regulador é a razão de ser das agências independentes, integrando a competência normativa conceito de regulação, esta que limita a liberdade das empresas privadas ou entidades públicas concessionárias de serviços públicos em virtude do interesse público.

Entendemos também que a atividade normativa das agências reguladoras deve estar em conformidade com a Constituição Federal e Estaduais (Lei Orgânica quando a titularidade for municipal), as leis que as instituíram e aos termos dos contratos de concessão.

Mister se faz ressaltar, que as normas de regulação devem se submeter também à supremacia da lei em relação a elas, pois se uma questão é tratada em lei, evidentemente não pode a norma de regulação dispor em sentido contrário. Mas se deve prevalecer o critério da especialidade das normas de regulação sobre o critério hierárquico.

Além disso, concluímos que a autonomia e independência das Agências Reguladoras são características primordiais à sua existência. Sem elas estaríamos condenando-as a sua possível extinção, pois, perderia sua razão de ser, tornando sua atividade regulatória inócua, pondo em risco o equilíbrio do setor regulado.

Diante todo o exposto, a visão do regulador contemporâneo deve ser a harmonização dos interesses do Poder Concedente, do concessionário e dos usuários dos serviços públicos, tendo em vista o alcance do interesse público.

A verdade é que há muito a ser debatido sobre as agências reguladoras e se deve discutir, principalmente, quanto ao seu fortalecimento enquanto instituições sólidas e independentes. Além disso, o seu aperfeiçoamento também contribuirá ao fortalecimento da atuação estatal.

A sustentabilidade das agências reguladoras não pode ficar à critério do termômetro político do momento, haja vista a sua importância econômico-social no âmbito do seu respectivo setor produtivo. É imperioso garantir a segurança jurídica dos investimentos público e privados com o fortalecimento das agências. Contudo, a possibilidade de

retrocesso histórico, mediante a simples alteração legislativa, poder-se-ia representar na instabilidade das instituições envolvidas.

Portanto, são os instrumentos asseguradores da independência que garantirão o sistema regulatório adequado e harmônico.

Dessa forma, recomendamos que seja revista a forma de criação, modificação e extinção das agências reguladoras, visando dificultar a intervenção dos Poderes Executivo e Legislativo, à exemplo do caso do Município do Natal, no funcionamento dos órgãos reguladores.

REFERÊNCIAS:

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: Uma Contribuição da Teoria dos Ordenamentos Setoriais**. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.º 13, 2002.

_____. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Agências Reguladoras**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **A legitimação democrática das agências reguladoras**. In: BINENBOJM, Gustavo, (Coord.). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Agências Reguladoras: algumas perplexidades e desmistificações**. In: Associação Brasileira de Agências de Regulação. **Regulação – Normatização da prestação de serviços de água e esgoto**. Fortaleza, 2008.

_____. **Princípio da legalidade e poder regulamentar no estado contemporâneo**. Disponível em: <file:///C:/Users/Thaisa/AppData/Local/Temp/47568-92465-1-PB.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2016.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023: Informação e documentação – Referências – Elaboração**. Rio de Janeiro, 2002.

_____. **NBR 10520: Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação**. Rio de Janeiro, 2002.

BATISTA JUNIOR, Márcio Roberto Montenegro. **Agência Nacional de Saúde Suplementar e o seu poder regulador**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 117, out 2013. Disponível em: <http://ambito->

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13700&revista_caderno=4.
Acesso em: 16 nov. 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 8.847**, de 24/01/1946, que
http://www.bvambientebf.uerj.br/arquivos/comissoes/lei_819.htm. Acesso em: 07 nov. 2015.

_____. **Lei nº 819**, de 19 de setembro de 1949, que institui o regime de cooperação para a execução de obras de saneamento. Disponível em:
http://www.bvambientebf.uerj.br/arquivos/comissoes/lei_819.htm. Acesso em 07 nov. 2015.

_____. **Lei nº 4.089**, de 15 de julho de 1962, que transforma o Departamento Nacional de Obras de Saneamento em Autarquia, e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4089.htm. Acesso em 07 nov. 2015.

_____. **Decreto-Lei nº 2.291**, de 21 de novembro de 1986, que extingue o Banco Nacional da Habitação - BNH, e dá outras Providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2291.htm. Acesso em: 07/11/2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 20 maio 2015.

_____. **Lei nº 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm. Acesso em 07 nov. 2015.

_____. **Lei nº 9.427**, de 26 de dezembro de 1996, que institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9427cons.htm. Acesso em 16 nov. 2015.

_____. **Lei nº 9.472**, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm. Acesso em 16 nov. 2015.

_____. **Lei nº 9.986**, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9986.htm. Acesso em 02 jun. 2015.

_____. **Lei nº 11.445**, de 05 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em:
www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007_2010/2007/lei/11445.htm. Acesso em: 12 maio 2015.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006.

CONTRATO DE CONCESSÃO. **Celebrado entre o Município do Natal e a Companhia de Águas e Esgotos do Rio Grande do Norte – CAERN**, em 30 abril de 2002 para a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Publicação em 21/06/2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP. **Guia básico para elaboração de artigo científico**. Brasília 2013. Fonte: Cepes – Centro de Pesquisa; disponível em: <http://cepes.idp.edu.br/index.php/2015-07-20-17-30-41/manual-de-artigo.html>; acesso: 11.jan.2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LIMA, Gislene Rocha de. **Modelos e mecanismos de regulação independente**. In: PHILIPPI JR., Arlindo (Coord.). **Regulação do Saneamento Básico**. Fortaleza: Manole 2008.

MACHADO, Hugo De Brito. In: Associação Brasileira de Agências de Regulação. **Revista: Regulação Brasil – v.1, n.1, 2005**. Porto Alegre: ABAR, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

_____. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Prefácio**. In: Associação Brasileira de Agências de Regulação. **Regulação – Normatização da prestação de serviços de água e esgoto**. Fortaleza, 2008.

MEIRELLES. Hely Lopes Meirelles. **Direito Municipal Brasileiro**. 16ª ed., Malheiros, 2008.

MONTEIRO. José Roberto Rego. **Plano Nacional de Saneamento – PLANASA: Análise de desempenho**. Disponível em: <http://www.bvsde.paho.org/bvsacg/e/fulltext/planasa/planasa.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2015.

MORAES, Luiz Roberto Santos. **A intersectorialidade em saúde e saneamento e o controle social**. In: Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Município do Natal. **Controle Social do Saneamento: perspectiva para uma cidade saudável**. Natal, 2007.

NATAL. **Lei nº 5.250**, de 10 de janeiro de 2001, que dispõe sobre a autorização ao Executivo Municipal a outorgar concessão exclusiva à Companhia de Águas e Esgotos do Rio Grande do Norte, para a prestação dos serviços públicos locais de abastecimento de água e de esgotamento sanitário e dá outras providências. Disponível em: <https://www.natal.rn.gov.br/arsban/paginas/ctd-319.html>. Acesso em: 18 jun. 2015.

_____. **Lei nº 5.346**, de 28 de dezembro de 2001, que cria a Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do município do Natal – ARSBAN e dá outras providências. Disponível em: <https://www.natal.rn.gov.br/arsban/paginas/ctd-319.html>. Acesso em: 18 jun. 2015.

_____. **Projeto de Lei nº 86/2008**, que “Altera o § 1º do Art. 13 da Lei nº 5.346, de 28 de dezembro de 2001, e dá outras providências. CD-ROM.

_____. **Veto ao Projeto de Lei nº 86/2008**. Disponível em: http://portal.natal.rn.gov.br/_anexos/publicacao/dom/dom_20081231.pdf. Acesso em: 20 jun. 2015.

PIRES, José Cláudio Linhares; GOLDSTEIN, Andrea. **Agências Reguladoras: avaliação e desafios**, in Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 8, nº 16, pp. 3-42, 2001.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **O marco regulatório do saneamento básico e o poder normativo das agências reguladoras**. In: Associação Brasileira de Agências de Regulação. Regulação – Normatização da prestação de serviços de água e esgoto. Fortaleza, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo, Malheiros, 2006.

_____. **Introdução às Agências Reguladoras**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Direito Administrativo Econômico. 1ª edição. São Paulo: Malheiros editores, 2006.