

A Fonte de custeio das agências reguladoras

Ana Paula de Oliveira Gomes

Professora, Especialista - Centro de Ciências Administrativas
da Universidade de Fortaleza.

Resumo: Em tese, a missão institucional das agências reguladoras é cumprir as políticas determinadas pelo Estado, harmonizando os interesses dos agentes envolvidos em prol do bem comum. Para tanto, necessitam de autonomia, o que “legitima” arrecadação da taxa de regulação obtida diretamente dos prestadores de serviço. A matéria apresenta entendimentos divergentes quanto à natureza dessa taxa, o que justifica a relevância do enfrentamento da questão. Objetivo geral: analisar juridicamente essa receita pública a partir do modelo regulatório brasileiro. A pesquisa desenvolve estudo bibliográfico, eminentemente lógico-descritivo.

Palavras-chave: Brasil; Taxa regulatória; Natureza contratual.

1. Introdução

A reforma administrativa brasileira, realizada na década de 1990, levou a uma redefinição do papel governamental – de provedor, a orientador de políticas setoriais.

A Reforma do Estado efetuada no Brasil nos últimos anos tem como uma de suas finalidades a reestruturação do papel do Estado, com a consequente diminuição da atuação direta do Estado na realização de atividade econômica em sentido estrito e o aumento do grau de participação dos particulares na economia, através de mecanismos como a desregulamentação, desestatização ou desmonopolização de atividades e técnicas de delegação, colaboração e gestão privada. (CUÉLLAR, 2001, p. 143).

O novo cenário implicou a flexibilização dos monopólios estatais nacionais para facilitar o ingresso de capital estrangeiro interessado em explorar setores econômicos rentáveis, a exemplo dos serviços de telecomunicações e energia.

A necessidade de criar um ambiente adequado à captação de recursos privados constituiu a motivação fundamental para o desenho institucional das agências reguladoras brasileiras. Nesse contexto, previsibilidade e estabilidade das regras incentivariam o aporte de capitais. Teoricamente, então, a missão precípua das agências reguladoras seria

- cumprir as políticas determinadas pelo Estado;
- harmonizar os interesses dos agentes envolvidos (consumidores e delegatários) em prol, supostamente, do bem comum.

A denominação agência reguladora foi inspirada notadamente no direito norte-americano, berço de sua criação, com a instituição, em 1887, da *Interstate Commerce Commission* – parâmetro para o surgimento de órgãos reguladores em outros países.

Sobre o tema, a citada estudiosa destaca “[...] é importante acentuar a multiplicidade e heterogeneidade das agências norte-americanas, eis que, em princípio, por exemplo, cada agência possui um modelo estrutural próprio” (Cuéllar, 2001, p. 68).

Ressalte-se que, no modelo americano, as agências reguladoras exercem os poderes normativos e decisórios que lhes foram delegados pelo Congresso.

No entanto, a doutrina também leciona que nem todas as agências americanas possuem caráter regulador. Existem entidades encarregadas eminentemente de benefícios sociais.

No Brasil, o modelo foi implantado a partir do Governo Fernando Henrique Cardoso (FHC). Não obstante, até o presente momento, inexistente parâmetro legal que defina os limites de atuação das agências reguladoras. Na prática, as agências são criadas por normas pontuais. Di Pietro (2002, p. 141) destaca: “[...] a instituição dessas agências vem obedecendo mais ou menos ao mesmo padrão, o que

não impede que outros modelos sejam idealizados posteriormente”

O texto constitucional, por seu turno, não faz menção ao termo agência reguladora, mas a órgão regulador, conforme se observa com a leitura do inciso XI, do art. 21, c/c inciso III, do § 2º, do art. 177 (matrizes constitucionais, respectivamente, da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL – e da Agência Nacional do Petróleo – ANP).

Compreendidas as “raízes” da regulação no Brasil, é relevante destacar a temática atinente à sua autonomia: a taxa de regulação. Alguns estudiosos defendem a tese de que tal arrecadação possui natureza contratual, já que, normalmente, é pactuada mediante contrato de permissão ou de concessão. Assim, há imediata repercussão no cálculo tarifário.

Para outros doutrinadores, muito embora a cobrança decorra de obrigação contratual, sua natureza jurídica é de uma taxa tributária, já que a regulação desencadeia atividades de polícia, o que justificaria a exação.

Nesse contexto, erige a questão orientadora do estudo: de acordo com o ordenamento jurídico vigente no Brasil, as taxas regulatórias teriam natureza contratual ou tributária?

Objetivo da pesquisa: analisar a essência jurídica da taxa de regulação, a partir da compreensão do modelo regulatório brasileiro.

2. Metodologia

A pesquisa começou a ser desenvolvida em 2006, a partir da observação de que a definição de tarifas constitui elemento crítico dos processos regulatórios.

Os preços administrados pelo Poder Público remuneram serviços pouco sensíveis às condições de oferta e demanda, sendo a maioria deles considerados essenciais no orçamento familiar e no

custo de todos os setores produtivos.

Segundo Turolla (2007, p.95), “as tarifas são o instrumento preferencial à disposição dos reguladores para a obtenção de eficiência no uso dos recursos e de outros objetivos da regulação”.

Nesse contexto, erige o problema da taxa regulatória, Embutida no contrato de concessão e, por decorrência, nas tarifas cobradas dos usuários.

Aspectos metodológicos da pesquisa:

a) quanto à classificação: bibliográfico-aplicada. Estudo sistematizado a partir da leitura da legislação e de material publicado em livros, sítios governamentais, periódicos jurídico-econômicos e artigos técnicos. Portanto, o assunto foi examinado em tese, mediante o estudo das disposições constitucionais, legais e entendimentos doutrinários aplicáveis à espécie;

b) quanto à abordagem do problema: qualitativo-descritiva. Trabalhou-se eminentemente com estabelecimento de relações a propósito da questão orientadora do estudo, tudo no intuito de analisar detalhadamente o tema em foco.

Definidos os aspectos metodológicos, eis as etapas desenvolvidas na pesquisa:

- determinação do tema;
- identificação e delimitação do problema a ser pesquisado;
- problematização;
- definição dos objetivos de acordo com a metodologia utilizada;
- "mapeamento" do conteúdo;

- leitura do material;
- interpretação;
- síntese.

3. Atividade regulatória representaria exercício do poder de polícia?

Compreende-se por poder de polícia a faculdade de que a Administração Pública dispõe para condicionar ou restringir o uso e o gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado. De acordo com MELLO (2000, p.675),

[...] pode-se definir a polícia administrativa como *a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção ('non facere') a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.* Obs.: itálicos no original.

O Estado, então, observados os ditames constitucionais, expedir regras (legais e infralegais) com o objetivo de disciplinar o exercício dos direitos atinentes à liberdade e à propriedade. O Código Tributário Nacional (CTN) define poder de polícia:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à

higiene, à ordem, aos costumes, à **disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público**, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder. Obs.: negritou-se.

No Brasil, ressalte-se, o poder de polícia deve ser exercitado, num primeiro momento, por meio de lei, editada pela pessoa política que, nos termos da Constituição, detenha a competência administrativa para ordenar e restringir direitos e liberdades individuais em prol do interesse público.

Só depois de vigente essa lei, (e com apoio nela) é que a Administração Pública poderá editar regulamentos que disciplinarão abstratamente determinada conduta e atos administrativos de efeitos concretos.

Compreendida a exata noção do poder de polícia estatal, passar-se-á a detalhar as atribuições englobadas pela regulação:

Dentre as atribuições desempenhadas pelas agências, é possível destacar as seguintes: regulação de determinado feixe de atividades, através da positivação de regras ou da aplicação de regras preexistentes; outorga do exercício de atividades a terceiros (mediante licitação e contratos); fiscalização dos contratos administrativos e da execução dos serviços cuja prestação foi outorgada a terceiros ou de atividades econômicas em sentido estrito; aplicação de sanções

àqueles que descumprirem as normas relativas aos serviços ou atividades econômicas; exercício de papel de ouvidor de reclamações e denúncias de usuários ou consumidores, efetuando, inclusive, arbitragem de conflitos (CUÉLLAR, 2001, pp. 143, 144).

Portanto, a atividade regulatória envolve:

- a) edição de atos normativos;
- b) solução de conflitos administrativos decorrentes da aplicação das normas disciplinadoras do setor;
- c) fiscalização do cumprimento da legislação pertinente ao objeto regulado;
- d) aplicação de sanções aos infratores;
- e) definição de reajustes ou revisões tarifárias;
- f) edição de atos administrativos compelindo o delegatário à observância dos preceitos legais.

Resta, destarte, demonstrado que atividade regulatória representa exercício regular de poder de polícia, no tocante à “conciliação” dos seguintes interesses: prestação dos serviços aos consumidores a uma tarifa módica e de modo adequado X obtenção de lucro pelo operador do serviço público delegado.

4. O custeio das agências

Comprovado o exercício do poder de polícia pelas agências reguladoras, é imprescindível estudar a natureza jurídica das taxas regulatórias.

Autonomia administrativo-financeira, independência, técni-

dade e transparência constituem pressupostos básicos da regulação. No tocante à autonomia financeira, esta ocorre por meio de transferência patrimonial à agência - pela lei que a instituiu - e pela previsão de diversas fontes de recursos:

No que tange à autonomia financeira dos entes reguladores, observa-se que o legislador buscou proporcionar-lhes, além das dotações orçamentárias gerais, outras fontes de receitas próprias, como os recursos oriundos de (a) arrecadação de taxas de fiscalização sobre os serviços ou atividades econômicas regulados, (b) produtos de multas, emolumentos e retribuição de serviços prestados a terceiros, (c) rendimento de operações financeiras, (d) recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados, (e) doações, legados, dentre outros recursos que lhes forem destinados, (f) valores apurados na venda ou aluguel de bens móveis ou imóveis de propriedade das agências (CUÉLLAR, 2001, p. 94).

Erige, então, a lógica de uma suposta taxa contratual, devida pelo delegatário diretamente à agência competente, com base no proveito financeiro gerado pela atividade, sob alegação de serem evitadas interferências políticas na regulação do serviço:

[...] capacidade da agência de fazer frente ao seu orçamento e obter pessoal sem depender de transferências ou nomeações controladas pelo processo político. A falta de autonomia pode comprometer a independência, na medida em que expõe o regulador à discricionariedade na liberação de verbas e composição do seu quadro (TUROLA, 2007, p. 96).

Em tese, as agências não dependeriam de recursos provenientes dos cofres públicos, o que também minimizaria custo. Outra finalidade dessa taxa contratual, embutida no contrato de concessão, seria garantir o equilíbrio econômico-financeiro da delegação (muito

embora onerando as tarifas cobradas dos consumidores).

De acordo com Rosane Heineck Schmitt, Auditora do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul (parecer 66/2000), agência reguladora não exerceria poder de polícia, mas fiscalização do cumprimento do contrato de concessão:

[...] o contratado - concessionário - tem o dever, por previsão contratual, de custear as despesas para esta fiscalização e controle dos serviços executados, o que o faz mediante pagamento àquelas agências da '*taxa de regulação*' ou '*taxa de fiscalização dos serviços públicos*' que **não é devida pelo exercício do poder de polícia nem em função de um serviço público prestado pelo Estado às concessionárias, o que configuraria o tributo** [...].

É certo que este não é um entendimento pacífico, ou seja, de que realmente não teria caráter tributário a *taxa de regulação* cobrada pelas agências reguladoras". Obs.: negritos no original.

Não obstante, há quem conteste o citado argumento: “as pessoas políticas, no Brasil, podem criar taxas de serviço e taxas de polícia. Outras modalidades de taxas, encontráveis no Direito Comparado, são inconstitucionais em nosso país” (Carrazza, 2006, p. 511).

Para o eminente tributarista, na medida em que a Constituição Federal autorizou às pessoas políticas a instituir taxas de serviço e de polícia, implicitamente, proibiu-as de “inovar” com a criação de outras modalidades de taxas.

5. Conclusão

Conforme demonstrado na pesquisa, por intermédio das agências reguladoras, o governo utiliza o seu poder de coerção para impactar o processo decisório dos delegatários em um ambiente econômico caracterizado pela existência de um poder de mercado signifi-

cativo. Trata-se, pois, de controle social direto dos monopólios. As agências

- fiscalizam o serviço delegado;
- monitoram o acesso aos mercados, observando a continuidade da prestação dos serviços públicos e a sua universalização;
- disciplinam as atividades delegadas;
- restringem a liberdade empresarial em prol do interesse público;
- definem estruturas de custos;
- fixam tarifas, atendendo ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;
- fomentam a competição, quando possível;
- arbitram conflitos entre os diversos atores envolvidos.

Tudo isso implica interferência no domínio econômico (disciplina da produção e do mercado). Claramente, as agências reguladoras brasileiras atuam no campo do acompanhamento das políticas públicas definidas pelo Estado mediante atos normativos, executivos e “parajudiciais”.

O custeio de suas atividades, tipicamente de polícia, deverá ser efetivado - nos termos do art. 145, II, da Lei Maior - por taxas tributárias e não indiretamente via tarifas cobradas dos usuários dos serviços públicos delegados.

Para que a cobrança ocorra validamente, então se faz necessário que sejam editadas duas leis:

- a) uma regulando o exercício do poder de polícia;

b) outra qualificando a hipótese de incidência tributária.

A taxa de regulação há que ter relação imediata (equivalência) com o custo efetivo das atividades de polícia, que, por seu turno, devem ser efetivas. Deve, pois, existir um nexo causal que harmonize o montante do tributo requerido em face da atuação da entidade reguladora.

A exação deve atender aos princípios da economicidade e da neutralidade, já que os tributos não devem interferir na alocação dos recursos econômicos. Há que observar também aos princípios da anterioridade, da “noventena” e da legalidade estrita para sua instituição e majoração.

Não é possível, portanto, adotar como parâmetro o valor da atividade econômica exercida pelo contribuinte, ou seja, a receita auferida pelo regulado. Acresça-se que, sempre que for estabelecida taxa regulatória cuja base de cálculo mensure a produção, renda ou patrimônio do contribuinte, estar-se-á diante de um imposto “disfarçado” e de uma flagrante inconstitucionalidade (afronta ao § 2º, do art. 145 da Carta Magna). Tal base de cálculo é típica de impostos e imprópria para fixação de taxa. Implicação: repetição de indébito.

Pelo exposto, a taxa contratual afronta a teoria jurídico-tributária e, principalmente, a Constituição Federal. Parece claro que a sua essência é subsidiar as despesas genéricas da entidade (não necessariamente o poder de polícia que a justifica). Pela lógica da retributividade, a taxa regulatória deveria ser instituída como tributo fixo, haja vista ser possível, *a priori*, orçar o custo da atividade estatal de polícia.

Conclusão: a taxa de regulação possui natureza tributária e não contratual.

Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Publicada no Diário Oficial da União [Brasil] de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 24. mar.2009.

_____. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, estados e municípios. Publicada no Diário Oficial da União [Brasil] de 27 de outubro de 1966 e retificada no Diário Oficial da União [Brasil] de 31 de outubro de 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em 24. mar.2009.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 2006. 1041p.

CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. 159p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. São Paulo: Atlas, 2002, 395p.

MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000. 845p.

RIO GRANDE DO SUL. Parecer 66/2000. Porto Alegre, Tribunal de Contas. Disponível em <http://www.tce.rs.gov.br/Pareceres/ASC/Pareceres_de_2000/pdf/P066-00.pdf> Acesso em 27. abr.2006.

TUROLLA, Frederico Araujo. Participação social na definição de tarifas. *Revista de Regulação*, Fortaleza, 2007.