

REGULAÇÃO

de Serviços Públicos
e Controle Externo



República Federativa do Brasil

Tribunal de Contas da União

Ministros

Walton Alencar Rodrigues, Presidente

Ubiratan Aguiar, Vice-Presidente

Marcos Vinícios Vilaça

Valmir Campelo

Guilherme Palmeira

Benjamin Zymler

Augusto Nardes

Aroldo Cedraz

Raimundo Carreiro

Auditores

Augusto Sherman Cavalcanti

Marcos Bemquerer Costa

André Luís de Carvalho

Ministério Público

Lucas Rocha Furtado, Procurador-Geral

Paulo Soares Bugarin, Subprocurador-Geral

Maria Alzira Ferreira, Subprocuradora-Geral

Marinus Eduardo de Vries Marsico, Procurador

Cristina Machado da Costa e Silva, Procuradora

Júlio Marcelo de Oliveira, Procurador

Sérgio Ricardo Costa Caribé, Procurador



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E CONTROLE EXTERNO

Brasília, 2008

© Copyright 2008, Tribunal de Contas da União
Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Os conceitos e opiniões emitidas em trabalhos assinados são de inteira responsabilidade de seus autores.

Permite-se a reprodução desta publicação, em parte ou no todo, sem alteração do conteúdo, desde que citada a fonte e sem fins comerciais.

www.tcu.gov.br

Brasil. Tribunal de Contas da União.

Regulação de serviços públicos e controle externo / Tribunal de Contas da União. – Brasília : TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.

496 p.

1. Controle externo - Brasil. 2. Serviços públicos – regulação - Brasil I. Título.

APRESENTAÇÃO

Esta publicação representa muito mais do que mera coletânea de trabalhos acadêmicos seletos, elaborados por servidores do Tribunal de Contas da União. É bem mais do que isso. A obra reflete o sério esforço institucional, investido, ao longo dos anos, na formação de capacidades; o indeclinável compromisso do TCU em buscar cada vez mais a excelência, em todas as suas áreas de atuação, no desempenho de sua missão constitucional de assegurar a aplicação dos recursos públicos, de maneira efetiva e regular, em benefício da sociedade.

Os trabalhos estão em consonância com o novo paradigma estabelecido pelas mudanças constitucionais que levaram à reformulação do modo de atuação do Estado Brasileiro. Ampliaram-se as possibilidades de prestação de serviços públicos por entidades privadas, muitas vezes em ambiente concorrencial, com relevo para os entes estatais novos, criados para regular a prestação desses serviços, até então, em grande parte, submetidos a regime de monopólio estatal.

A diversidade e a complexidade da nova realidade levaram o Tribunal de Contas da União a acompanhar a correção, a legalidade e a economicidade dos processos de privatização e de outorga de serviços públicos, bem assim a fiscalizar a correta execução dos contratos de concessão e a própria atuação das entidades reguladoras, o que tornou evidente a necessidade de alto nível de especialização técnica das equipes e de especial esforço na capacitação de pessoas.

Esse esforço, porém, não se deve limitar ao âmbito interno do TCU, nem pode esgotar-se na aquisição de títulos ou elaborações de obras acadêmicas. É de mister abrir o diálogo com a sociedade civil, com o Parlamento, com todos os interessados, para que sejam submetidas a debate as grandes questões enfrentadas, a todo o tempo, pela atividade de controle externo.

O principal desafio é discutir os meios e as possibilidades da ação fiscalizadora dos Tribunais de Contas, diante da nova concepção e atuação do Estado, dessa nova forma de buscar a realização das finalidades públicas, dessa particular forma com que se dá a atuação das entidades reguladoras.

É exatamente esse o objetivo pretendido com a edição deste livro. Mais do que a divulgação dos estudos, a presente publicação apresenta convite claro à reflexão, à discussão e ao diálogo construtivo.

Em se tratando de momento em que o Tribunal de Contas da União edita trabalhos de reflexão sobre controle e regulação de serviços públicos, não se poderia deixar de prestar justas homenagens ao insigne membro desta Corte de Contas, pioneiro no estudo da regulação dos serviços públicos, o Ministro Alfredo de Vilhena Valladão, cuja privilegiada visão é relatada pelo não menos ilustre Themistocles Brandão Cavalcanti, em seu *Tratado de Direito Administrativo*, nos seguintes termos:

Deve-se atribuir ao Professor ANHAIA MELO, de São Paulo, e ao Ministro ALFREDO VALADÃO, do Tribunal de Contas Federal, a primazia no sugerir a adoção entre nós da fiscalização dos serviços de utilidade pública por meio de comissões.

O primeiro estudou o assunto em conferências depois reunidas em volume, especialmente naquelas enfileiradas no livro **O problema econômico dos serviços de utilidade pública**. Por outro lado, ALFREDO VALADAO, quer em seu **Direito das águas**, quer em seu projeto de Código de Águas, quer em sua justificação, sempre se bateu pela criação de comissões semelhantes às existentes nos Estados Unidos.

[...]

O Código (de Águas), entretanto, não atendeu às considerações do projeto, preferindo a fiscalização pelo órgão burocrático do Ministério da Agricultura, sem a amplitude dos poderes das comissões existentes nos Estados Unidos.

A solução talvez tenha sido melhor naquela época, à espera que a idéia das comissões pudesse amadurecer.

Que esta publicação possa servir, então, sob os auspícios do Ministro Valladão, ao amadurecimento das reflexões a respeito do papel constitucional dos Tribunais de Contas e do controle externo dos órgãos governamentais inerente a qualquer regime que se pretende democrático e republicano.

Walton Alencar Rodrigues
Presidente do TCU

PREFÁCIO

A presente publicação reflete o esforço promovido pelo Tribunal de Contas da União (TCU), nos últimos anos, no sentido de desenvolver competências e especializar seu corpo técnico, por meio do patrocínio de cursos de pós-graduação, em áreas consideradas prioritárias no âmbito da instituição. Assim, esta obra reúne artigos produzidos a partir de monografias elaboradas durante curso de Pós-Graduação do Controle Externo da Regulação de Serviços Públicos, realizado pelo Instituto Serzedello Corrêa, assim como artigos originados de monografias produzidas por servidores do TCU, ao final de cursos de especialização na área de regulação de serviços públicos, realizados em outras instituições de ensino, em parcerias com o TCU.

A publicação se destaca pelo fato de abranger diversos assuntos relacionados à prestação de serviços públicos por particulares, mediante delegação, a seguir listados: a atuação das agências reguladoras quanto ao desempenho de sua missão institucional; o controle externo exercido, por meio do TCU sobre a regulação dos serviços públicos; questões afetas aos contratos de concessão, como o equilíbrio econômico-financeiro e a possibilidade de alteração unilateral dos contratos; análises dos efeitos da privatização e das reformas regulatórias nos setores de telefonia e de energia elétrica, além de estudo comparativo entre os institutos da concessão e da permissão.

Preliminarmente aos artigos produzidos durante os cursos de especialização, como forma de contextualizar os trabalhos, publica-se nesta obra artigo de autoria dos analistas Marcelo Barros Gomes, Maria do Amparo Coutinho e Maurício de Albuquerque Wanderley, referente à atuação do TCU em dez anos de exercício do controle externo sobre a regulação de serviços públicos. O objetivo desse artigo é esclarecer o papel do Tribunal relativamente ao controle das agências reguladoras, especificamente no que concerne às outorgas para delegações de serviços públicos, à execução dos contratos referentes a essas delegações e ao desempenho das agências. Além disso, o artigo trata das medidas de aprimoramento, levadas a efeito pelo Tribunal, para incrementar a eficácia e a eficiência das ações de controle e traz ainda vários exemplos de atuação do TCU quanto à fiscalização da regulação de serviços públicos.

Após o artigo introdutório, a ordem de publicação dos trabalhos foi estruturada segundo elementos temáticos comuns observados no conteúdo desses trabalhos. Assim, abre a publicação o artigo de José Augusto Maciel Vidigal – **As agências reguladoras e seus poderes especiais no ambiente institucional contemporâneo brasileiro** –, que cuida do modelo de agências reguladoras no Brasil, especialmente de suas peculiaridades, seu marco legal, além dos reflexos e dos limites da atuação desses entes no atual ambiente institucional contemporâneo brasileiro.

O segundo bloco de artigos trata da atuação do TCU no controle da regulação de serviços públicos. O artigo de autoria de Marcelo Bemerguy – **O papel do Controle Externo na regulação de serviços de infra-estrutura no Brasil** – discute a questão do controle sobre os entes reguladores em face da autonomia desses entes. Já o artigo da analista Márcia Cristina Nogueira Vieira – **O controle do Tribunal de Contas da União sobre os atos discricionários das agências reguladoras à luz dos princípios constitucionais** – investiga, a partir da jurisprudência e da doutrina pátrias, a competência do TCU para controlar os atos discricionários das agências. Por fim, ainda sobre a atuação do Tribunal de Contas, há o artigo de Deise Souza de Oliveira – **A atuação dos Tribunais de Contas no controle da exploração de rodovias federais delegadas aos entes federados** –, em que a autora apresenta casos práticos relativos à atuação das agências no setor de transportes, bem como à atuação dos

Tribunais de Contas, nas esferas federal e estadual, com enfoque central na delimitação entre as competências dos órgãos fiscalizadores quanto a sua atuação sobre convênios celebrados entre a União e os estados federados, com base na Lei nº 9.277/1996.

O terceiro bloco de artigos envolve a discussão sobre aspectos particulares da regulação de serviços públicos, tais como as questões do equilíbrio econômico-financeiro e da possibilidade de alteração unilateral de contrato. Assim, neste bloco, inicialmente temos o artigo de Adalberto Santos de Vasconcelos – **O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias federais no Brasil** –, cujo objetivo é contribuir com o processo de aferição e de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em delegações de serviço público, com vistas a que se tenha maior transparência do processo e maior conhecimento sobre o tema. Em seguida, temos o artigo de Maria do Amparo Coutinho – **Validade jurídica do Modelo Regulatório para aferição do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessões de serviços públicos de eletricidade no Brasil** –, em que a autora discute se o modelo de revisão tarifária periódica proposto pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) em relação aos contratos de concessão de serviços de distribuição de energia elétrica é juridicamente sustentável, tendo em vista romper com o teoria clássica do princípio do equilíbrio econômico-financeiro, aceita pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Ainda sobre este tema, há o artigo de Paulo Sisnando Rodrigues de Araújo – **Análise comparativa dos processos de revisão tarifária dos setores de transporte, energia elétrica e telecomunicações** –, que tem por objetivo contribuir para a melhor compreensão dos mecanismos de equilíbrio-financeiro, mediante descrição sucinta desses mecanismos nos setores de infra-estrutura com forte impacto na vida dos cidadãos, como os de transporte, energia elétrica e telecomunicações, regulados, respectivamente, pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), pela Aneel e Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Também são comparados nesse trabalho os processos de revisão tarifária em cada um desses setores e a atuação dos órgãos reguladores. Fecha esse bloco o artigo de Demóstenes Três de Albuquerque – **Execução dos contratos de concessão - possibilidade de alteração unilateral dos contratos de concessão de serviço público** –, cuja principal questão a ser examinada é a possibilidade jurídica de a Administração Pública alterar unilateralmente os contratos de concessão de serviço público, sem que isso implique o direito do concessionário em obter a rescisão da avença, por desrespeito a cláusula contratual. O autor busca tratar dessa questão a partir do estudo de casos concretos que se apresentam aos Tribunais de Contas.

O quarto bloco de artigos envolve temas relacionados à atuação de órgãos reguladores quanto ao cumprimento de obrigações contratuais. O artigo de Luciano dos Santos Danni – **Análise do efeito das reformas regulatórias e da privatização dos serviços públicos no Brasil - eletricidade e telefonia** – visa analisar se as reformas regulatórias e a privatização nos setores de telefonia e energia elétrica contribuíram para a redução das desigualdades e da pobreza no Brasil. Na mesma linha, o trabalho de Marcelo Nascimento Barbosa **Uma análise dos efeitos da privatização dos serviços de telefonia no Brasil e da implantação do marco regulatório no processo de universalização** tem por objetivo específico tecer considerações sobre alguns aspectos das reformas regulatórias e da privatização no setor de telecomunicações sob a ótica da Teoria Política Positiva da Regulação (TPPR). O autor analisa o desempenho da Anatel, agência reguladora do setor de telecomunicações brasileiro, quanto a uma de suas principais atribuições: incentivar e fiscalizar o cumprimento das metas de universalização de acesso ao sistema de telefonia fixa – serviço público exercido em regime de concessão que deve ser obrigatoriamente garantido pelo Estado.

Por fim, o quinto bloco encerra esta publicação com artigo de Noemia Naomi Matayoshi – **O instituto da permissão de serviços públicos no atual ordenamento jurídico brasileiro** –, em que a autora visa estudar o instituto da permissão de serviço público no atual ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista não ser um tema muito pesquisado e haver divergências e controvérsias entre a doutrina, a jurisprudência e a legislação hoje existentes versando sobre o tema.

Como se depreende dos temas apresentados, esta publicação propicia uma visão abrangente e analítica sobre diversos aspectos que envolvem a regulação de serviços públicos no Brasil. Espera-se que a presente obra contribua, em conjunto com outras séries de publicações patrocinadas pelo TCU, no sentido de permitir que a instituição, além de suas contribuições técnicas decorrentes do desempenho de suas competências constitucionais, consolide-se como um centro de excelência na difusão de conhecimentos gerados a partir do desenvolvimento sistematizado de atividades pedagógico-educativas, que permitam cada vez mais o fortalecimento do diálogo do Tribunal com a sociedade brasileira.

Jorge Pereira de Macedo
Secretário-Geral de Controle Externo

Sumário

10 anos de controle externo da regulação de serviços públicos

*Marcelo Barros Gomes, Maria do Amparo Coutinho,
Maurício de Albuquerque Wanderley, 11*

Parte I

As agências reguladoras e seus poderes especiais no ambiente institucional contemporâneo brasileiro

José Augusto Maciel Vidigal, 33

Parte 2

O papel do controle externo na regulação de serviços de infra-estrutura no Brasil

Marcelo Bemerguy, 79

O controle do tribunal de contas da união sobre os atos discricionários das agências reguladoras à luz dos princípios constitucionais

Marcia Cristina Nogueira Vieira, 107

A atuação dos tribunais de contas no controle da exploração de rodovias federais delegadas aos entes federados

Deise Souza de Oliveira, 159

Parte 3

O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias federais no Brasil

Adalberto Santos de Vasconcelos, 217

Validade jurídica do modelo regulatório para aferição equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessões de serviços públicos de eletricidade no Brasil

Maria do Amparo Coutinho, 267

Análise comparativa dos processos de revisão tarifária dos setores de transporte, energia elétrica e telecomunicações

Paulo Sisnando Rodrigues de Araujo, 313

Execução dos contratos de concessão - Possibilidade de alteração unilateral dos contratos de concessão de serviço público

Demóstenes Tres de Albuquerque, 353

Parte 4

Análise do efeito das reformas regulatórias e privatização dos serviços públicos no Brasil – eletricidade e telefonia

Luciano dos Santos Danni, 399

Uma análise dos efeitos da privatização dos serviços de telefonia no Brasil e da implantação do marco regulatório no processo de universalização

Marcelo Nascimento Barbosa, 423

Parte 5

O instituto da permissão de serviços públicos no atual ordenamento jurídico brasileiro

Noemia Matayaoshi, 457

MARCELO BARROS GOMES,
MARIA DO AMPARO COUTINHO,
MAURÍCIO DE ALBUQUERQUE WANDERLEY

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca descrever o papel do Tribunal de Contas da União (TCU), entidade de fiscalização superior do Brasil, no controle externo de entes reguladores de infra-estrutura. Inicialmente, o TCU acompanhou os processos de privatização de empresas incluídas no Plano Nacional de Desestatização, nos termos da Lei nº 8.031/1990, alterada pela Lei nº 9.491/1997. A partir de 1998, o TCU passou a realizar, de forma sistematizada e centralizada em uma unidade técnica, trabalhos de controle externo no ambiente regulatório. Tal atuação ocorreu por meio da análise concomitante de processos de outorga de serviços públicos e da análise da execução dos contratos decorrentes, bem como por intermédio de auditorias e de avaliações de desempenho dos entes formuladores e reguladores setoriais.

Primeiro, apresenta-se o contexto de atuação do TCU, para em seguida descrever-se o *modus operandi*, os principais instrumentos de fiscalização e as ações de aprimoramento de controle externo da regulação. Como destaque do artigo, são apresentados exemplos de trabalhos do TCU na área de regulação, nos últimos dez anos.

Pretende-se, desta forma, demonstrar que o controle externo, exercido pelo TCU, sobre as agências reguladoras garante *accountability* da gestão regulatória e, sem pretender substituí-las ou tornar-se instância regulatória, contribui para a melhoria da atuação desses entes sob os aspectos da eficiência, economicidade, efetividade e equidade na implementação de políticas públicas de regulação.

O CONTEXTO DE ATUAÇÃO DO TCU

O processo de privatização e a reforma regulatória, iniciados na década de 90, implicaram novos arranjos institucionais no modelo de prestação de serviços públicos no setor de infra-estrutura brasileiro. A participação de agentes privados nos setores de telecomunicações, petróleo, gás natural e energia elétrica surgiu como resposta às pressões do movimento internacional pela redução do Estado como provedor direto de bens e serviços.

O estabelecimento desse novo ambiente na administração pública teve como consequência uma profunda mudança na forma de atuação do Estado, que passou a atuar indiretamente no setor de infra-estrutura, mediante processos de privatização de empresas e de delegação de serviços públicos à iniciativa privada. A redução da participação estatal na economia do País exigiu, paralelamente, o fortalecimento das instituições incumbidas de formular políticas públicas e de regular os setores desestatizados (Bemerguy, 2004).

As agências reguladoras criadas nesse novo arranjo institucional receberam elevado grau de autonomia para que pudessem implementar com credibilidade as políticas públicas, de modo a conferir estabilidade ao marco regulatório. A independência das agências, por sua vez, representa maior possibilidade de captura, seja pelo ente regulado, seja por grupos específicos de consumidores, em detrimento dos princípios regulatórios de equidade, eficiência produtiva e eficiência alocativa, o que exige robusto sistema de *accountability* governamental. No regime democrático e republicano, a delegação de poderes que visa a garantir a independência dos agentes administrativos requer, obrigatoriamente, para o balanceamento das forças, a adequada prestação de contas sobre a utilização desses poderes.

O TCU tem acompanhado de forma próxima todo o ciclo de reforma do Estado na área de infra-estrutura, emitindo pareceres em todos os processos de privatização e de outorga de concessão de serviços públicos, e, posteriormente, acompanhando a regulação estatal e a execução dessas outorgas, de forma a garantir a necessária transparência e *accountability* aos processos regulatórios.

Considerando-se esses pressupostos, verifica-se que a atuação do TCU tem fundamento constitucional, pois exercita o controle externo, cujo titular é o Congresso Nacional. Cabe ao TCU efetuar, por iniciativa própria ou em razão de demanda parlamentar, fiscalizações de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial na União e em todas as entidades da administração direta e indireta. A realização de auditorias de natureza operacional foi uma inovação constitucional que possibilitou ao TCU analisar não só os atos da Administração Pública sob o aspecto da legalidade, mas também seu desempenho, sob os aspectos da eficiência, eficácia e economicidade. Na mesma linha, por meio da Emenda nº 19/1998, foi inserido na Constituição Federal o princípio da eficiência, que implicou significativa alteração do foco do controle externo.

12

Nesse contexto, não há dúvidas de que as agências reguladoras, na qualidade de autarquias especiais, estão sujeitas à fiscalização pelo TCU, de modo que sua atuação deve ser avaliada sob a ótica da legalidade, eficiência, eficácia e economicidade. O controle externo das agências reguladoras tem em vista identificar falhas e oportunidades de melhoria de procedimentos, no sentido de evitar que tais entidades afastem-se dos limites impostos pela lei ou de que adotem decisões não condizentes com sua finalidade legal ou resultantes da sua captura por interesses dos entes regulados.

Especificamente em relação ao acompanhamento dos atos regulatórios, salienta-se que o TCU não atua diretamente formulando políticas públicas ou direcionando a regulação, mas sobretudo fiscaliza a atuação das agências em face de suas competências legais, de modo que estas não ultrapassem os marcos legais do setor. O foco do controle sobre as agências reguladoras dá-se basicamente em dois momentos: o primeiro, nos atos de outorga de delegação ao ente privado da prestação de um serviço público; o segundo, na execução dos contratos decorrentes dessas outorgas. O objetivo do controle nos dois momentos não é outro senão o de garantir regularidade, transparência e auditabilidade aos atos das agências. Dessa forma, ao reduzir eventuais riscos de captura pelo regulador, o Controle Externo cria condições necessárias para estabilidade das regras, o correto cumprimento dos contratos e a eficiência da regulação.

FORMA DE ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O Tribunal de Contas da União (TCU) acompanhou todo o ciclo de reforma regulatória do Estado. Inicialmente, a atuação deu-se, principalmente, por meio de pareceres sobre os procedimentos adotados nos processos de privatização. Nesse contexto, o Tribunal emitiu normativos que obrigavam os gestores dos processos de desestatizações a encaminharem ao TCU documentos que permitissem a fiscalização concomitante desses processos. Esse modelo de acompanhamento permitiu que o TCU atuasse tempestivamente, corrigindo falhas em diversas etapas e propiciando maior transparência aos procedimentos adotados pelo governo federal.

Para a realização de tarefas nesta área, o Tribunal detectou a necessidade de capacitar uma equipe de analistas de controle externo. Verificou-se que o exame do processo de privatização exigia conhecimentos de temas relacionados com finanças corporativas, contabilidade, direito e gestão empresarial, cuja abordagem se diferenciava daquelas vivenciadas pelos técnicos do TCU durante o exame dos processos de fiscalização mais usuais.

Verificou-se, ainda, que o êxito no controle das privatizações exigia uma estrutura institucional que desse amparo a esse esforço de capacitação. Inicialmente, foi formado um grupo de trabalho com analistas dedicados exclusivamente ao controle dos processos de privatização. Posteriormente, com a criação das agências reguladoras e a implementação dos processos de delegação de serviços públicos, mediante as outorgas de concessão, permissão e autorização de serviços públicos, houve a necessidade de se criar uma unidade técnica exclusivamente voltada para a fiscalização dos processos de desestatização. Tal fato ocorreu em 1998, quando todos os processos de desestatização ficaram a cargo da então 9ª Secretaria de Controle Externo (9ª Secex), transformada, em 2000, na atual Secretaria de Fiscalização de Desestatização (Sefid).

O exame dos processos de desestatização que envolviam, além da alienação de ativos, a outorga concomitante da concessão de algum serviço público (exemplo: ferrovias, distribuição de energia elétrica) evidenciou a necessidade de o TCU acompanhar a execução dos contratos decorrentes desses processos, principalmente a atuação finalística das agências reguladoras. Esse novo desafio foi facilitado pela ampliação das competências do TCU na Constituição de 1988, em razão da possibilidade de realizar auditorias de natureza operacional – além das tradicionais auditorias contábeis, orçamentárias, financeiras e patrimoniais.

Quando a prestação de serviços públicos ocorria, preponderantemente, por meio de empresas estatais, a atuação do controle externo baseava-se, principalmente, na análise das prestações de contas das entidades. O controle do Tribunal tinha como foco os atos de gestão dos administradores, deixando para segundo plano a análise do desempenho da empresa na condição de provedora de serviços públicos.

Com vistas a acompanhar e a fiscalizar as alterações institucionais decorrentes dos processos de delegação, o TCU, por meio de normativos internos – IN/TCU nº 027/1998 e IN/TCU nº 46/2004 – , regulamentou a fiscalização dos processos de delegações de serviços públicos.

O controle das delegações é realizado em duas etapas: a outorga do ato delegatório e a execução contratual². A outorga é um processo delimitado no tempo, mas as condições por ela estabelecidas perpetuam-se por todo o prazo de validade da delegação, geralmente décadas. Daí a criticidade, nessa etapa, de verificar-se, em pouco tempo, os aspectos legais, a viabilidade técnica, econômica e financeira das condições de transferência do serviço público, bem como as implicações ambientais inerentes ao negócio em questão. Além disso, analisa-se a legalidade do edital e sua consonância com os estudos de viabilidade técnica e econômico-financeira, as etapas de habilitação de interessados e de julgamento de propostas, acompanhando-se, por fim, a assinatura dos contratos.

A execução contratual é controlada por meio de auditorias e inspeções, além do exame de relatório consolidado de acompanhamento elaborado pelos órgãos concedentes federais. No caso das concessões de distribuição de energia elétrica, as revisões tarifárias periódicas, tendo em vista a sua relevância durante a execução dos contratos, mereceram a edição de uma Instrução Normativa do TCU (nº 43/2002), a qual estabelece um controle concomitante dos procedimentos adotados pela agência reguladora.

Em razão de que os atos delegatórios da prestação de serviços públicos implicam a celebração de contratos de longo prazo, de valor econômico elevado e cujo objeto não pode ser descontinuado, é fundamental à eficácia do controle que este seja concomitante aos procedimentos de outorga ou de execução contratual, a fim de que qualquer irregularidade detectada possa ser corrigida previamente à assinatura do contrato. Do contrário, as determinações e recomendações do TCU com vistas à correção de falhas poderão ser inócuas, inoportunas ou de alto custo para a sociedade.

14 O terceiro foco de atuação do TCU é o controle de desempenho das agências reguladoras, em que, por meio de auditorias operacionais, verifica-se se as agências estão atuando segundo sua missão institucional.

Sobre esses aspectos, é importante mencionar que o papel do TCU no controle da regulação de serviços públicos não se confunde com o das agências reguladoras. O Tribunal, em primeiro lugar, realiza a fiscalização dirigida à atuação da agência, sem que, no entanto, esteja afastada a possibilidade de realizar-se, também, auditorias e inspeções diretamente nas concessionárias e nas permissionárias de serviços públicos.

O controle exercido pelo TCU envolve a formação de juízo sobre os resultados, a economicidade, a eficiência e a efetividade da atuação dos entes reguladores. Mais que isso, identifica e recomenda práticas de gestão regulatórias que possam alavancar o desempenho dos entes envolvidos, analisa a governança do regime regulatório e, ainda, busca criar um histórico em políticas de regulação que sirva de base para tomadas de decisões, sem, contudo, sobrepor-se nem confundir-se com o papel do regulador.

Registre-se que, recentemente, com a edição da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que trata das normas para a contratação de Parcerias Público-Privadas (PPP) no âmbito da administração pública, o TCU passou a incorporar em sua sistemática de fiscalização o acompanhamento do desempenho dos contratos de PPP. Para tanto, foi editada a Instrução Normativa TCU nº 52, de 4 de julho de 2007, aprimoramento do controle externo da regulação

Com o intuito de suprir as necessidades de aprimoramento, o TCU está desenvolvendo o **Projeto de Modernização do Controle Externo da Regulação**, financiado

pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), e apoiado tecnicamente pela Fundação Getúlio Vargas (FGV).

A necessidade de projeto específico para a área de controle da regulação surgiu da identificação de oportunidades de aperfeiçoamento do trabalho que estava sendo realizado, não somente em áreas já sob controle do TCU, mas também sobre novos objetos de controle externo da atividade regulatória estatal na área de infra-estrutura.

O projeto foi idealizado para atender tanto a ações de diagnóstico da atuação do TCU e dos entes reguladores, quanto a ações de desenvolvimento e sustentabilidade dos processos de trabalho criados ou aperfeiçoados após a implementação dos produtos previstos.

Os produtos de diagnósticos têm como objetivo registrar os processos dos trabalhos realizados, bem como os métodos e as técnicas atualmente utilizados pelo TCU. Mediante a comparação dessas informações e a identificação dos objetos de controle mapeados nas agências reguladoras, pode-se propor aperfeiçoamento ou novas abordagens para a atuação do TCU no controle da regulação de serviços públicos.

Os produtos de diagnóstico, bem como seus objetivos, acham-se listados a seguir:

- Mapeamento dos processos organizacionais da Sefid - compreende o levantamento, a definição e a documentação de processos organizacionais e as atividades da Sefid;
- Mapeamento dos métodos e das técnicas de controle da regulação utilizados pela Sefid - compreende o levantamento e a documentação de métodos utilizados no controle da regulação, sejam eles tácitos ou explícitos;
- Mapeamento dos macroprocessos dos entes reguladores jurisdicionados à Sefid - objetiva o melhor conhecimento das atividades essenciais dos entes reguladores jurisdicionados à Sefid, levando-se em conta critérios de materialidade, risco, relevância e outros necessários ao controle da regulação, com vistas ao seu aprimoramento;
- Mapeamento dos sistemas informatizados de entes reguladores - compreende o levantamento de sistemas existentes em entes reguladores jurisdicionados à Sefid, com a identificação das informações e relatórios relevantes para o controle da regulação.

Os produtos de desenvolvimento têm como horizonte a atuação futura do TCU na área de controle da regulação, e prevêem a concepção de métodos e técnicas que serão utilizados para possibilitar a atuação mais abrangente e efetiva no controle da regulação. Os produtos previstos para essa ação são os seguintes:

- Desenvolvimento de novos métodos e técnicas em controle da regulação - compreende o desenvolvimento de novos modelos de controle da regulação aplicados a novos objetos considerados relevantes pela Secretaria de Fiscalização de Desestatização (Sefid); e
- Análise da estrutura organizacional do TCU para o controle da regulação - consiste na racionalização da gestão de controle da regulação, mediante proposta

de estrutura organizacional adequada para o TCU, tendo em vista critérios de economicidade, eficiência e efetividade das ações de controle da regulação.

A sustentabilidade das ações do Projeto deve ser alcançada mediante o fortalecimento da relação do TCU com os públicos-alvo que têm interesse na área de regulação, bem como na estratégia de coleta e tratamento dos dados necessários ao controle externo dos entes reguladores. Para tanto, prevê-se a realização de três produtos:

- Diagnóstico de públicos-alvo: consiste na busca da melhoria da visibilidade das ações do TCU relacionadas ao controle da regulação, pelo aprimoramento da comunicação com seus públicos-alvo;
- Especificação preliminar dos sistemas de informação para suporte à automação de processos organizacionais da Sefid; e
- Implementação do Centro de Estudos e Controle da Regulação (CECR).

O Projeto, iniciado em 2003, está em fase final de desenvolvimento, mas o impacto dos produtos finalizados já vem surtindo efeito no trabalho da Sefid, a exemplo do mapeamento de processos e do registro de métodos e técnicas que vêm sendo utilizados pelos servidores da Secretaria na instrução de processos.

Também já estão sendo utilizados os resultados do mapeamento de macroprocessos nas agências reguladoras, que gerou um instrumento de identificação de aspectos regulatórios quanto aos critérios de materialidade, relevância e risco, de suma importância para o planejamento de fiscalizações, para a identificação de novos objetos de controle e para a indicação de novas competências a serem desenvolvidas pela Secretaria.

16

Em breve, deverá entrar em funcionamento, sob coordenação da Sefid, o CECR, cujo objetivo é coletar, sistematizar, disseminar e apoiar a geração de informações e de conhecimento sobre regulação da infra-estrutura e seu controle.

Além dos produtos que estão sendo desenvolvidos com o apoio do BID, mediante consultoria da Fundação Getúlio Vargas, o TCU já promoveu a primeira edição do curso de pós-graduação em controle da regulação, em que servidores que atuam nessa área produziram trabalhos que tratam do tema regulação de serviços públicos. Acha-se, ainda, prevista a elaboração de Plano de Educação Corporativa em Controle da Regulação e a definição de competências técnicas para quem atua no controle da regulação, a ser desenvolvido com o apoio do Instituto Serzedello Corrêa, unidade do TCU, responsável pelo desenvolvimento de competências dos profissionais do controle.

Após a implementação integral do **Projeto de Modernização do Controle Externo da Regulação**, espera-se criar, no âmbito do TCU, as competências profissionais e a infra-estrutura técnica necessárias para adoção de sistemática de fiscalização abrangedora de processos de delegação de serviços públicos com foco no controle externo do regulador. Além disso, esperam-se subsídios para a realização de análise direta e crítica da atuação dos agentes econômicos delegados em aspectos relacionados à qualidade dos serviços prestados, ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e a outros fatores que permitam uma compreensão mais completa do modelo político, econômico e operacional adotado para o provimento dos serviços públicos objeto de delegação estatal.

10 ANOS DE ATUAÇÃO DO TCU - PRINCIPAIS TRABALHOS

Como ficou assente neste artigo, o controle exercido por meio do TCU é fundamental para que o regime regulatório se sustente, pois se deve garantir alto grau de transparência e *accountability* sobre os processos regulatórios, uma vez que a independência dos entes reguladores, essencial para que esses exerçam seus papéis de forma isenta, pode levar também a comportamentos indesejados por parte daqueles que delegaram mandatos específicos para os referidos entes.

O TCU tem atuado de forma exemplar na garantia da *accountability* e na tentativa da melhoria dos processos de gestão regulatória. Dentre os principais trabalhos de fiscalização na área de regulação de serviços públicos de infra-estrutura, destacam-se:

SETOR DE TELEFONIA

Em 2004, o TCU, por meio de sua unidade especializada, realizou auditoria na Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) com o objetivo de avaliar a atuação daquela Agência na fiscalização da execução dos contratos das concessões, permissões e autorizações dos serviços públicos no setor de telecomunicações.

O TCU identificou deficiência grave da Anatel no acompanhamento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de prestação de serviços de telefonia fixa, o que pode estar propiciando lucros indevidos às operadoras, desde 1997. Em resumo, foi verificado o seguinte:

- inexistência de critérios na fixação de fatores de transferência de produtividade das concessionárias e na mensuração de ganhos de produtividade;
- ausência de acompanhamento do cumprimento de prazos para atendimento de solicitações de acessos individuais e de qualidade dos serviços de comunicação de massa;
- acompanhamento deficiente do desempenho econômico-financeiro das concessionárias; e
- indícios graves de ocorrência de aumentos abusivos das tarifas, acima da inflação, bem como a concentração dos reajustes sobre a tarifa de assinatura.

Por meio do Acórdão nº 1.196/2005 - TCU – Plenário, o Tribunal determinou à Anatel a apresentação de estudo que demonstrasse a preservação do equilíbrio econômico-financeiro desde o início da vigência dos atuais contratos de concessão de telefonia fixa, e, caso ficasse evidenciada a não-preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, adotasse ações imediatas com vistas ao restabelecimento do equilíbrio contratual.

Como benefícios auferidos da fiscalização, cita-se, inicialmente, a quebra da inércia representada pela mera aplicação, pelo regulador, dos índices de reajustes sugeridos nos contratos de concessão, tal como vinha sendo feito. A Agência está se preparando para avaliar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, e poderá realizar

revisões tarifárias periódicas nesses contratos, em caso de haver desequilíbrio. A prática anterior não permitia ao regulador aferir se as empresas obtinham ganhos indevidos, o que poderia implicar o descumprimento da Lei Geral de Telecomunicações e dos próprios contratos, em desfavor dos usuários.

Outra auditoria de destaque foi a que fiscalizou a qualidade da telefonia no Brasil. Com a privatização das telecomunicações brasileiras, houve crescimento expressivo do número de acessos aos serviços telefônicos. No entanto, simultaneamente a esse crescimento intensificaram-se os questionamentos dos usuários e de suas entidades representativas junto à Anatel, órgãos de defesa do consumidor e demais instâncias de defesa dos direitos dos usuários relativamente à qualidade dos serviços de telecomunicações. Nesse contexto, o TCU, instado pelo Congresso Nacional – por meio da Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados –, realizou investigação sobre a atuação da Anatel em seu papel institucional de acompanhar e garantir a qualidade da prestação dos serviços de telefonia.

O TCU constatou que, para os usuários de serviços de telefonia, aspectos relevantes concernentes à qualidade desses serviços ainda não são devidamente tratados pelo órgão regulador, pois persistem falhas em três dimensões fundamentais do controle da qualidade: regulamentação, fiscalização e sanção.

Foi verificado que há defasagem da regulamentação em relação a aspectos da qualidade percebida pelo usuário, especialmente no que diz respeito à resolução de problemas de contas e ao atendimento dos usuários realizado pelas prestadoras, e que o processo de regulamentação não considera adequadamente demandas razoáveis da sociedade. Constatou-se baixa participação dos usuários nos processos regulatórios da agência.

18

O TCU apontou limitações na atual estratégia de acompanhamento da qualidade e falhas no processo de fiscalização realizados pela Anatel. Houve reação tardia da Agência na implantação de ações integradas de fiscalização de questões que têm tido maior demanda por parte dos usuários dos serviços de telefonia. O TCU constatou ainda que as ações de repressão conduzidas pela agência contra as infrações cometidas pelas prestadoras não apresentam a efetividade necessária para garantir o cumprimento dos requisitos de qualidade estabelecidos na regulamentação. A baixa materialidade das sanções e a falta de tempestividade dos processos sancionatórios parecem explicar a persistência das operadoras em determinados problemas e, por conseqüência, o alto índice de reclamação dos usuários de serviços telefônicos.

Somam-se a essas constatações a não-prioridade do desenvolvimento de política de educação dos usuários e o fato de o órgão regulador não ter como foco central a qualidade na prestação do serviço sob a perspectiva do usuário.

O TCU, mediante Acórdão nº 2109/2006 – TCU- Plenário, de 14 de novembro de 2006, determinou que a Anatel apresentasse proposta de revisão da regulamentação relativa à qualidade da prestação dos serviços de telecomunicações, com vistas a adequá-la a padrões de qualidade compatíveis com as exigências requeridas pelos usuários. Determinou, ainda, que a Anatel desenvolvesse plano de revisão dos processos de fiscalização das metas de qualidade e plano de reformulação dos processos sancionatórios, explicitando as soluções e o cronograma de implementação de ações. Também proferiu uma série de recomendações como forma de aprimorar o processo de

controle e o acompanhamento das questões relativas à qualidade, bem como exarou recomendação para que o Ministério das Comunicações realizasse, em conjunto com a Anatel, análise circunstanciada das necessidades de recursos para o bom funcionamento da Agência Reguladora no acompanhamento e na garantia da qualidade dos serviços de telecomunicações. O TCU está monitorando o Acórdão.

A Agência encaminhou ao TCU plano de ação que deverá transformar de forma inequívoca a atuação daquele órgão no acompanhamento da qualidade dos serviços de telefonia nos próximos anos. Em breve, o Tribunal deverá realizar nova auditoria na Anatel para aferir a implementação e os resultados do plano de ação.

Cita-se, ainda, como trabalho de grande relevância o que investigou as causas da paralisia do Fundo de Universalização de Telecomunicações (Fust). A ausência de aplicação dos recursos que compõem o Fust compromete de forma significativa políticas de universalização de serviços de telecomunicações e, conseqüentemente, coloca o Brasil na retaguarda mundial no que se refere a índices de inclusão digital.

Desde a edição da lei que instituiu o Fust, em 2000, não foram implementadas as condições necessárias para a aplicação dos recursos que o compõem, que continuam a ser arrecadados e já chegavam, até junho de 2005, época da realização da auditoria, a cerca de 3,6 bilhões de reais. Daí a relevância do trabalho, em que se procurou identificar as causas que estariam impedindo a aplicação dos recursos do Fust.

Entre os achados, o TCU verificou que a principal causa para a não-aplicação dos recursos do Fust foi a falta, ao longo desses anos, de uma atuação mais eficaz do Ministério das Comunicações na definição das políticas, prioridades e diretrizes para aplicação dos recursos.

Foi constatado que os recursos do Fust seriam também fundamentais para maior êxito de ações relacionadas à inclusão digital. Nesse sentido, o TCU identificou que existem vários programas com esse objetivo, coordenados por diversos órgãos, atuando de forma bastante desarticulada, o que dificulta uma ação governamental consistente.

O TCU também verificou que a Anatel não aprovou regulamento final para o Serviço de Comunicação Digital, que viabilizaria a utilização do Fust para aplicação em redes de informação digital (acesso à internet por banda larga). A auditoria concluiu, dessa forma, que as barreiras que impedem a aplicação dos recursos do Fust não estão relacionadas à eventual impropriedade na legislação que rege o Fundo.

Nos termos do Acórdão nº 2048/2005-TCU-Plenário, de dezembro 2005, o Tribunal fixou prazo para a apresentação, pelo Ministério das Comunicações, de diagnóstico da necessidade de universalização de telecomunicações no Brasil, de acordo com os objetivos previstos pela Lei do FUST, e determinou ao Ministério que apontasse políticas, diretrizes e prioridades para sua aplicação, indicando os programas que receberão os recursos. Determinou, adicionalmente, o desenvolvimento de ações regulatórias necessárias para viabilizar a aplicação do FUST. Também proferiu recomendações à Casa Civil da Presidência da República, para que desempenhe papel mais ativo nesse processo.

O Ministério das Comunicações encaminhou estudo contendo diagnóstico de necessidade de universalização em telecomunicação, e relacionou projetos que poderão ser financiados com os recursos do FUST.

SETOR DE ENERGIA

Um dos grandes trabalhos que vem sendo realizado no controle da regulação de serviços públicos de energia elétrica é avaliação da eficiência do encargo tarifário Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis (CCC), como indutor de modicidade tarifária para os sistemas isolados de energia elétrica.

A Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis dos Sistemas Isolados (CCC-ISOL) é o principal encargo que compõe a tarifa de energia elétrica. Para o ano de 2004, época da auditoria, a geração de energia elétrica nos Sistemas Isolados da Região Norte a ser subsidiada pela CCC, implicava o reembolso da ordem de R\$ 3,4 bilhões, a ser rateado entre todos os consumidores brasileiros, o que demonstra a pertinência da fiscalização.

O trabalho de auditoria procurou focar as seguintes questões: (1) averiguar a eficiência do encargo tarifário Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis dos Sistemas Isolados (CCC-ISOL) como indutor de modicidade tarifária para esses sistemas; (2) avaliar a eficácia dos seus mecanismos de fiscalização e de operacionalização; (3) estimar a razoabilidade da previsão de extinção desse encargo em 2022; e (4) sugerir medidas que pudessem atenuar o peso desse encargo tarifário.

Entre os achados, o TCU identificou que houve crescimento de 542% na CCC no período de cinco anos e que uma das variáveis que mais impactaram esse incremento foram as perdas elétricas verificadas nos sistemas isolados. Em termos monetários, os custos decorrentes das perdas elétricas nos sistemas isolados são superiores a R\$ 1 bilhão, a valores de 2003.

20 O TCU constatou que a CCC-ISOL tem papel fundamental para a sustentabilidade econômica das localidades atendidas pelos sistemas isolados. A cessação do subsídio representaria a aplicação de tarifas de energia elétrica elevadíssimas se comparadas ao nível de renda da região em que se localizam esses sistemas. Com o fim da CCC-ISOL, as tarifas duplicariam, havendo casos em que algumas classes de consumidores estariam sujeitas a aumentos de mais de 300%. Já no que concerne aos financiadores, o impacto da extinção do encargo não é insignificante, pois reduziriam suas tarifas entre 3% e 7%.

O TCU verificou que não há fiscalização efetiva que afira a aplicação desses recursos. Não há conferência *in loco* da efetiva utilização do combustível na geração termelétrica. Também não é efetuado qualquer controle operacional para verificar se a geração das usinas é compatível com o consumo do combustível.

O TCU verificou, ainda, que os sistemas isolados carecem de políticas setoriais específicas com vistas a incentivar a sua efficientização, tanto pelo lado da geração quanto do consumo.

Por meio do Acórdão nº 556/2005 - TCU – Plenário, o Tribunal fixou prazo para que as Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobrás) e Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) apresentassem plano de ação contendo medidas que permitam aferir de forma efetiva os parâmetros que têm impacto nos valores de reembolso da CCC-ISOL. Determinou que a Aneel implementasse mecanismos regulatórios com vistas a induzir a redução dos níveis de perdas de energia elétrica para o sistema isolado; e avaliasse se a utilização da linha de transmissão Rio Branco-Porto Velho vem criando condições que favoreçam o menor custo de produção de energia para o sistema Acre-Rondônia. Determinou ao Ministério de Minas e Energia que reavalie o atual modelo setorial aplicável aos sistemas isolados, com a participação dos financiadores e dos beneficiários da conta.

Após a auditoria do TCU, houve diversas ações para integração do sistema isolado e houve fiscalização mais efetiva da Aneel sobre os gastos. No período auditado (1999-2006), foram gastos R\$ 16 bilhões com a CCC-ISOL. As ações advindas das determinações do Acórdão nº 556/2005 - Plenário possibilitam redução das cotas de CCC para 2007 em torno de 37%. Caso o crescimento médio no período - que foi de 38% ao ano - persistisse, o gasto para 2007 seria de R\$ 6,3 bilhões. Entretanto, a atuação do Tribunal permitiu a redução de R\$ 3,4 bilhões do encargo CCC - ISOL, somente para o ano de 2007, devendo-se frisar que essa redução ainda terá impacto nos anos futuros.

Ainda na área de energia elétrica, destaca-se a auditoria sobre a tarifa social. Tendo em vista o desafio para o Estado brasileiro no sentido de eliminar a exclusão social e reduzir a desigualdade no País, a auditoria realizada pelo TCU teve por objetivo realizar diagnóstico sobre o fenômeno da “exclusão elétrica” no País, e avaliar se os beneficiários dos subsídios concedidos aos consumidores residenciais de energia elétrica integrantes da denominada “subclasse residencial baixa renda”, de fato, encontravam-se realmente entre a população brasileira de menor renda.

Os critérios definidos na Lei nº 10.438/2002 para o enquadramento de consumidores residenciais na subclasse baixa renda, para ter direito a pagar tarifas menores, teve por pressuposto que o consumo domiciliar de energia elétrica está positivamente correlacionado com a renda per capita domiciliar, ou seja, baixo consumo de energia elétrica significa baixa renda per capita domiciliar.

O TCU concluiu, com base na obtenção de dados a partir da análise estatística dos microdados da amostra utilizada no trabalho realizado, que consumo domiciliar de energia elétrica e renda domiciliar per capita não são correlacionados, o que demonstra que os critérios legais para elegibilidade de consumidores à Tarifa de Baixa Renda não são adequados. Tal fato corroborou a tese de que tarifas são instrumentos altamente ineficientes, do ponto de vista econômico, para distribuir renda, uma vez que renda e consumo não guardam relação estatisticamente significativa.

Por exemplo, moradores de classe média que vivem sozinhos, proprietários de casas de praia, de campo, utilizados ocasionalmente, são beneficiados pela tarifa social, independentemente da renda que possuam, uma vez que consomem aquém da faixa mínima estipulada. Entretanto, famílias numerosas que vivendo em uma única residência, proprietários de aparelhos domésticos velhos e ineficientes, mesmo possuindo baixo nível de renda, não são beneficiados pela tarifa social, por extrapolarem a faixa mínima de consumo de energia elétrica.

Tendo em vista a materialidade dos subsídios - a ANEEL estima algo em torno de R\$ 581 milhões por ano - e o volume de recursos possivelmente desperdiçados, seria oportuno investir em novos estudos sobre o assunto. Por acreditar que a inclusão de questão sobre o consumo de energia elétrica na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) dos anos seguintes seja suficiente para obter resposta conclusiva, com elevado grau de confiabilidade, o Plenário do TCU, mediante Acórdão nº 344/2003, recomendou ao Ministério da Minas e Energia (MME) que atue junto ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) com essa finalidade.

Em paralelo a isso, o Tribunal recomendou também ao MME a avaliação da utilização de mecanismos como bônus ou vales-energia, a serem distribuídos às famílias beneficiárias, a partir de informações sobre a renda domiciliar obtidas junto a cadastros ou bancos de dados de programas sociais já existentes. Essa pode ser uma alternativa, já que há grandes chances de que os novos estudos corroborem os resultados obtidos, o que

significa a inviabilidade de usar tarifas como mecanismo para concessão de benefícios com vistas a atingir os consumidores de baixa renda, a menos que se encontrem outros critérios capazes de eliminar as distorções detectadas no trabalho realizado. Em outra linha, seria possível avaliar se a combinação de critérios utilizando dados sobre o valor das residências (cadastro do IPTU), por exemplo, seria suficiente para eliminar as distorções que foram verificadas com a aplicação dos atuais critérios.

O Tribunal de Contas recomendou, por fim, que haja cooperação e integração inter-institucional, envolvendo a Aneel, o Ministério da Minas e Energia e o Congresso Nacional para resolver a questão de maneira efetiva, uma vez que já existem leis e resoluções tratando do assunto. Para colaborar com tal integração e disseminar as informações obtidas a partir da auditoria, o TCU remeteu cópias do relatório principal, bem como do Acórdão nº 344/2003/TCU, às Comissões de Minas e Energia, de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados e à Comissão de Serviços de Infra-estrutura do Senado Federal, ao Conselho Nacional de Política Energética, ao Ministério da Minas e Energia e à Agência Nacional de Energia Elétrica.

Caso sejam corrigidas as distorções verificadas pela auditoria, haverá redução da desigualdade social, assim como haverá maior efetividade e eficiência da política pública, que envolve gastos com subsídios de cerca de R\$ 581 milhões por ano, no sentido de fazer com que sejam beneficiadas pela tarifa social aqueles que de fato façam parte da subclasse baixa renda.

Trabalho recente de grande importância foi o acompanhamento do leilão para outorga de uso de bem público da Usina de Santo Antônio no leito do Rio Madeira. Nos termos da IN TCU nº 27/1998, compete ao TCU acompanhar a licitação para contratação de energia de novos empreendimentos que resultarão em outorga de concessão. Em sessão ordinária de 10 de outubro de 2007, o TCU apreciou os estudos de avaliação econômico-financeira referente à concessão para outorga de uso de bem público da Usina de Santo Antônio no leito do Rio Madeira, que acrescerá a capacidade instalada brasileira em 3.168 MW a partir 2012, por meio de contratação de energia elétrica no ambiente regulado.

No acompanhamento realizado, o TCU constatou a presença de divergências e inconsistências acerca de questões técnicas que indicaram a necessidade de aprimorar os estudos de viabilidade técnica e econômica dos empreendimentos licitados, de modo a conferir maior transparência e credibilidade ao certame. O TCU identificou as seguintes falhas: erro metodológico no cálculo do custo de capital real de terceiros; sobrepreço em obras civis da usina e em equipamentos; e custos ambientais considerados inadequados

Diante dos problemas detectados, o TCU, mediante Acórdão nº 2.138/2007-Plenário, com a redação dada pelo Acórdão nº 2.276/2007-Plenário, recomendou à Empresa de Pesquisa Energética (EPE), responsável pelos estudos de viabilidade técnica e econômico-financeira do projeto, que considerasse: valores de *spreads* mais adequados ao financiamento, o IPCA como deflator do custo de capital, correções nos valores sobrestimados em obras civis e equipamentos eletrônicos e a exclusão de custos ambientais desnecessários ao projeto.

Após as considerações da EPE, que acatou algumas recomendações do TCU, o novo valor da tarifa-teto do leilão foi reduzido de R\$ 130,00 por megawatt-hora para R\$ 122,00 por megawatt-hora. Vale ressaltar que a concorrência havida no leilão fez o preço-teto cair para R\$ 78,87 por megawatt-hora, o que representa um deságio de 35,4%

Em continuidade às análises dos empreendimentos elétricos do Rio Madeira, o TCU, por intermédio do Acórdão nº 602/2008-Plenário, proferido na Sessão de 9 de abril de 2008, aprovou os estudos de avaliação econômico-financeira referentes à concessão para outorga de uso de bem público da Usina de Jirau.

O Tribunal constatou significativo avanço nos estudos econômico-financeiros que embasaram o cálculo do preço teto de leilão, quando comparados aos estudos apresentados para o leilão da usina de Santo Antônio. Os estudos de viabilidade econômico-financeira entregues ao Tribunal estimaram o preço-teto para Jirau em R\$ 91,00 por megawatt-hora, 25% menor àquele estipulado para o leilão de Santo Antônio. Os avanços apresentados derivam, em grande parte, das recomendações exaradas pelo TCU quando do acompanhamento do leilão de Santo Antônio. Exemplo disso foi a utilização de *spreads* fixos no cálculo do custo do financiamento a ser disponibilizado pelo BNDES ao vencedor do certame e o uso do IPCA como deflator do custo nominal de capital de terceiros.

As recomendações efetuadas pelo TCU, caso fossem implementadas, reduziram o preço-teto de leilão de Jirau para R\$ 85,00 por megawatt-hora. A Empresa de Pesquisa Energética (EPE), responsável pelos estudos econômico-financeiros, manteve a indicação do preço original. Após o leilão, realizado em maio de 2008, a tarifa foi fixada em R\$ 71,00 por megawatt-hora.

Considerando o período total de concessão (30 anos), os benefícios de controle externo decorrentes do acompanhamento do processo de licitação para outorga de uso das usinas de Santo Antônio e Jirau foram estimados, respectivamente, em R\$ 9 bilhões e em 2,9 bilhões.

SETOR DE TRANSPORTE

Na área de transportes, um dos trabalhos marcantes para o TCU, realizado nos primórdios do acompanhamento dos processos de concessão de rodovias, foi a inspeção relativa à cobrança indevida nas tarifas de pedágio do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN)².

Tal trabalho teve origem na representação do Deputado Federal Sergio Miranda, que demonstrou não existir previsão legal para a cobrança do ISSQN nos pedágios atinentes às rodovias exploradas por concessionárias de serviço público, pois esse serviço não estava expressamente incluído na lista anexa à Lei Complementar nº 56, de 15 de dezembro de 1987, que alterou o Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, com a redação determinada pelo Decreto-Lei nº 834, de 8 de setembro de 1969.

Objetivou-se, inicialmente, verificar a compatibilidade com o interesse público da forma de utilização dos valores decorrentes do ISSQN, indevidamente arrecadados pelas concessionárias, e fornecer subsídios precisos para que o Tribunal, em futura decisão, avaliasse, nos casos concretos, a correção da aplicação desses recursos.

No curso do processo, verificou-se que o extinto Departamento Nacional de Estradas e Rodagem (DNER) reincidira na prática já antes censurada pelo Tribunal, tendo determinado novamente a inclusão do ISSQN nas tarifas de pedágio, com a sua conseqüente majoração, sem que fossem previamente comprovados os acréscimos de custo, decorrentes da incidência do ISSQN, ou a sua regular instituição pelos municípios.

O TCU determinou, em prol da modicidade tarifária, a reversão dos valores indevidamente arrecadados a título de ISSQN, pelas concessionárias de rodovias federais, nos exercícios de 1996 a 1999, assim como a diferença cobrada a maior no período de janeiro a junho de 2000, em virtude da adoção de alíquota provisória de 5%. Determinou, ainda, que, sobre tais recursos, houvesse a incidência de receita financeira, à taxa equivalente à taxa interna de retorno de cada empreendimento.

Da atuação do Tribunal, decorreram os seguintes resultados: redução imediata de 5% na tarifa de pedágio majorada indevidamente; realização de investimentos não previstos inicialmente no contrato, que se traduziram em aumento da segurança e do conforto dos usuários e pedestres, sem acarretar aumento do pedágio; ausência de reajuste em 2004, com o fim de compensar as receitas auferidas ilegalmente pelas concessionárias durante o lapso de tempo em que houve a cobrança indevida.

Atuação também relevante na área de transportes foi a inspeção realizada pelo TCU em razão da instalação de praça de pedágio em Jacareí pela Novadutra. A fiscalização realizada na concessionária originou-se do subitem 8.3 da Decisão 337/2001 - TCU - Plenário, de 6 de junho de 2001, “a fim de certificar que o benefício oferecido aos usuários, na forma de redução do pedágio, em razão da instalação de nova praça em Jacareí/SP, foi calculado na justa medida para manter inalterado o equilíbrio financeiro do contrato, sem proporcionar ganhos injustificados à Concessionária, bem como verificar se as adequações e revisões efetuadas no contrato, desde o seu início, preservaram o equilíbrio financeiro original e a modicidade das tarifas”.

24

Verificou-se que o desmembramento da praça de Parateí, em Parateí Sul e Parateí Norte, e a criação da Praça em Jacareí, ocasionou um estímulo ao tráfego na posição original, provocando aumento no volume de veículos captados pelos sensores instalados na pista das Praças de Parateí Sul e Norte, que passaram a ter cobrança unidirecional, em relação ao volume original que lá transitava.

Além disso, foi constatado que a criação da praça de Jacareí influenciou positivamente no volume de tráfego captado em Parateí, vez que ficou economicamente mais vantajoso transitar pela Via Dutra em vez de trafegar pela Rodovia Ayrton Senna, estrada também pedagiada alternativa à Via Dutra. Ademais, foi observado que o tráfego na posição original de Parateí foi acrescido dos usuários que passaram a utilizar a rodovia atraídos pelos descontos no valor da tarifa proporcionados pelas alterações.

Comprovou-se que os mencionados acréscimos de tráfego não estavam sendo devidamente computados para se aferir o equilíbrio econômico-financeiro da concessão e a respectiva receita adicional não estava sendo revertida em benefício do usuário.

Constatou-se, ainda, que houve diminuição no risco de tráfego assumido pela Concessionária quando da licitação e da obtenção de ganhos econômicos sem que esses fossem repassados em forma de desconto da tarifa do pedágio.

Verificou-se que os ganhos indevidos em razão da diminuição do risco de tráfego original correspondiam a 4,16%, com o desmembramento de Parateí, e a 10,62%, com a criação de Jacareí, totalizando 13,33%, o que poderia resultar em descontos aos usuários nas tarifas de pedágio em valores maiores que os repassados originalmente. Ou seja, a concessionária tinha proposto ao poder concedente desconto de R\$ 0,30 no valor do

pedágio à época, a fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato em decorrência das alterações efetuadas na configuração original da rodovia. No entanto, o TCU constatou que esse desconto deveria ser de, no mínimo, o dobro (R\$ 0,60).

O Tribunal concluiu que a receita adicional resultante da instalação da praça de pedágio deveria ser aplicada em benefício exclusivamente público, materializado no benefício dos usuários da rodovia. Consoante Acórdão nº 575/2007 – TCU – Plenário, foi determinada à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) a redução da tarifa de pedágio no tocante à receita originada do acréscimo de tráfego obtido em virtude da criação da praça de Jacaréí. Da mesma forma, a arrecadação adicional auferida em razão do incremento do tráfego originado pelo desmembramento da praça de Parateí deveria ser dirigida à redução da tarifa e/ou à realização de melhorias na rodovia destinadas à promoção da segurança, fluidez e equidade do tráfego, incluindo a execução das obras previamente discriminadas nas análises técnicas realizadas.

A atuação do TCU acarretou a redução da tarifa de pedágio, em face do acréscimo de tráfego decorrente da criação da praça de Jacaréí e da alteração da configuração original da Praça de Parateí, impedindo a materialização de ganhos injustificados para a concessionária de, pelo menos, R\$ 165,6 milhões.

Por fim, merece destaque o acompanhamento da Segunda Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias (acompanhamento da concessão de sete trechos rodoviários). O TCU, nos termos da Instrução Normativa -TCU 46/2004, acompanhou os cinco estágios referentes aos processos de outorga para concessão de trechos integrantes da segunda etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais, incluídos no Programa Nacional de Desestatização (PND) por meio do Decreto nº 2.444/1997.

O acompanhamento do primeiro estágio dos mencionados processos de outorga teve por objetivo, basicamente, examinar os estudos de viabilidade técnica e econômico-financeira do empreendimento, bem como os estudos de impacto ambiental. A fiscalização concomitante deste Tribunal em relação aos procedimentos de outorga de concessão de rodovias federais é extremamente relevante, tendo em vista que as condições inicialmente pactuadas surtirão efeitos pelos próximos vinte e cinco anos de concessão, necessitando, portanto, do estabelecimento de tarifas justas e adequadas que garantam a modicidade, sem prejuízo da atração dos investidores privados e da qualidade das rodovias. Deve-se atentar, assim, para a apuração da real consistência e robustez dos estudos de viabilidade técnica e econômica.

Foram encontradas diversas falhas e inconsistências nos estudos, assim sintetizadas:

- indefinição quanto ao passivo ambiental existente e quanto à responsabilidade por esse passivo;
- superestimativa dos custos operacionais;
- superestimativa dos valores dos investimentos;
- utilização de parâmetros equivocados na estimativa da taxa interna de retorno (TIR) do empreendimento.

A análise efetuada pelo TCU nos estudos de viabilidade econômico-financeira dos trechos rodoviários a serem concedidos resultou em diversas sugestões à ANTT, constantes do Acórdão nº 2.047/2006-TCU-Plenário, a fim de sanar as falhas e inconsistências identificadas.

Houve o monitoramento desse acórdão, tendo o TCU autorizado a publicação do edital de outorga de concessão das rodovias, após a comprovação pela ANTT do cumprimento das recomendações efetuadas (Acórdão nº 1.405/2007-TCU-Plenário).

Em razão da atuação do TCU, a ANTT propôs valores máximos de tarifas de pedágio compatíveis com a situação de cada rodovia concedida, o que favorece o princípio da modicidade tarifária (anteriormente, todas as rodovias tinham os mesmos valores da tarifa por quilômetro). Nas principais rodovias, foram alcançadas reduções superiores a 30 %. Houve inclusão de novas obras a serem realizadas pelos concessionários, propiciando maior benefício para os usuários da rodovia, além de ter sido adotado critério objetivo e fundamentado para estabelecer a rentabilidade das concessões. A fiscalização do TCU propiciará, para os 25 (vinte e cinco) anos de concessão, economia de cerca de R\$ 19 bilhões para os usuários das rodovias concedidas.

Conforme se observa da tabela a seguir, houve redução significativa das tarifas máximas exigíveis no procedimento licitatório:

Tabela 1

Comparativo entre as tarifas apresentadas nos estudos de viabilidade econômico-financeira

Trecho	1	2	3	4	5	6	7
Segmento rodoviário	Divisa MG/SP à divisa SP/PR	Curitiba à divisa SC/RS	Divisa MG/RJ ao entronc. BR116 (Via Dutra)	Divisa ES/RJ a Ponte Rio-Niterói	Fernão Dias (SP a BH)	Régis Bitencourt (SP a Curitiba)	Curitiba a Florianópolis
Extensão (Km)	321,6	412,7	200,35	320,1	562,1	401,6	382,33
Praças de pedágio	4	5	3	5	8	6	5
Tarifa inicial proposta pelo poder competente	5,10	5,20	4,20	4,60	4,90	4,60	4,60
TIR inicial	17,37%	17,43%	17,35%	17,43%	17,83%	17,87%	17,83%
Tarifa revista pela ANTT após corrigir as falhas e inconsistências apontadas pelo TCU (1) e uma TIR recalculada para 12,88%	4,43	4,63	4,43	4,13	3,18	3,05	3,06
Redução média dos pedágios em virtude da atuação do TCU	-13,1%	-11,0%	+5,0% (2)	-10,2%	-35,1%	-33,7%	-33,5%
Tarifa revista pelo CND considerando a MP do PAC e uma TIR de 8,95 %	3,95	4,05	3,91	3,70	2,79	2,60	2,67
Redução final da tarifa máxima de pedágio em comparação à originalmente proposta	-22,5%	-22,1%	-6,9%	-19,57%	-43,1%	-43,5%	-41,9%

Data-base: outubro de 2004.

O cálculo das reduções não considerou novos investimentos atribuídos aos futuros concessionários pela ANTT, a exemplo, de contornos e recuperação de novas obras de artes.

Conforme pode-se inferir dos resultados da atuação do controle, a fiscalização efetuada pelo TCU, ao garantir transparência, auditabilidade e segurança jurídica aos atos praticados pelos agentes envolvidos no sistema regulatório, assegura sobretudo previsibilidade a esse sistema. A efetiva atuação do Tribunal de Contas permite a construção de ambiente regulatório estável no País, propício à elevação dos investimentos e à continuidade de serviços públicos que atendam aos critérios fundamentais de qualidade, universalidade e modicidade de tarifas.

Em alguns momentos, tem havido manifestações de alguns agentes setoriais no sentido de que a atuação do TCU em matérias regulatórias vem ocasionando incerteza jurídica. Tal fato, no entanto, não guarda consonância com as deliberações que o TCU vem adotando ao longo desses últimos dez anos.

CONCLUSÃO

Tendo em vista as alterações institucionais decorrentes, inicialmente, dos processos de privatização, o TCU, por meio de normativos internos, editou regulamentos que dispõem sobre a fiscalização dos processos de desestatização, que também incluem a concessão, a permissão e a autorização de serviços públicos. Essas normas prevêm o acompanhamento desses institutos de delegação de serviços públicos tanto na fase da outorga, emitindo parecer sobre a regularidade dos procedimentos de licitação e contratação da exploração desses serviços, quanto na fase de execução contratual, que envolve o exame dos processos regulatórios adotados pelas agências, sem, no entanto, adentrar o mérito da discricionariedade técnica dos órgãos reguladores.

O controle do TCU tem-se mostrado bastante tempestivo e com relevantes contribuições para o aperfeiçoamento do sistema. Claro que não se trata de esforço isolado de transição, antes, vê-se uma decisão estratégica irreversível de se dispor a responder questões complexas que envolvem a formação de juízo sobre os resultados, a economia, a eficiência e a efetividade da ação governamental. Mais que isso, de procurar identificar e recomendar práticas de gestão (regulatória) que possam alavancar o desempenho dos entes estatais envolvidos, analisar a governança do regime regulatório e, ainda, contribuir para a formação de histórico em políticas de regulação que sirva de base para tomadas de decisões, mesmo em momentos de transição política. Assim, argumenta-se que o papel do TCU deve ser mantido e intensificado, no que diz respeito ao controle externo do regime regulatório, vez que as possibilidades de captura do regulador nacional são bastante aumentadas num contexto de baixa *accountability* e transparência.

O entendimento por parte do Tribunal de Contas tem sido de que o controle externo exercido sobre agências reguladoras por entidades fiscalizadoras superiores, de que é exemplo, é capaz de garantir *accountability* da gestão regulatória, bem como contribuir para a melhoria da atuação desses entes sob os aspectos da eficiência, economicidade, efetividade e equidade na implementação de políticas públicas de regulação. Os trabalhos nessa área e os processos de fortalecimento e de melhoria da fiscalização buscados pelo TCU no bojo de seu projeto de aperfeiçoamento, conforme descritos neste texto, demonstram, de forma inexorável, o papel decisivo do controle externo exercido pelo TCU para aperfeiçoamento das atividades finalísticas de entes reguladores nos últimos dez anos.

REFERÊNCIAS

BEMERGUY, Marcelo. *O papel do controle externo na regulação de serviços de infra-estrutura no Brasil*. 2004. 43 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Controle Externo)- Instituto Serzedello Corrêa, Tribunal de Contas da União, Brasília, 2004.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1.196/2005*. Plenário. Auditoria Operacional na Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Avaliação da atuação da Anatel na fiscalização da execução dos contratos de concessões, permissões e autorizações de serviços públicos no setor de telecomunicações. Relator: Marcos Bemquerer. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 13 mar. 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2.109/2006*. Plenário. Auditoria Operacional na Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Avaliação da atuação da Anatel em seu papel institucional de acompanhar e garantir a qualidade dos serviços de telefonia. Relator: Ubiratan Aguiar. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 13 mar. 2008.

_____. *Acórdão nº 2.028/2005*. Plenário. Auditoria Operacional na Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e no Ministério de Comunicações. Avaliação das causas de paralisação do Fundo de Universalização de Telecomunicações (Fust). Relator: Valmir Campelo. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 13 mar. 2008.

28 | _____. *Acórdão nº 556/2005*. Plenário. Auditoria Operacional na Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), nas Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobrás) e no Ministério de Minas e Energia; avaliação da eficiência do encargo tarifário Conta de Combustíveis Fósseis (CCC) como indutor de modicidade tarifária para os sistemas isolados de energia elétrica. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 13 mar. 2008.

_____. *Acórdão nº 344/2003*. Plenário. Auditoria Operacional na Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e no Ministério de Minas e Energia; diagnóstico sobre o fenômeno “exclusão elétrica” no Brasil e avaliação dos subsídios concedidos via tarifas aos consumidores baixa renda. Relator: Ubiratan Aguiar. Brasília, 2003. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 13 mar. 2008.

_____. *Acórdão nº 2.276/2007*. Plenário. Acompanhamento de outorga de concessão de uso de bem público. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 18 mai. 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 602/2008*. Plenário. Acompanhamento de outorga de concessão de uso de bem público. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 18 mai. 2008.

_____. *Acórdão nº 168/2004*. Plenário. Inspeção sobre cobrança indevida nas tarifas de pedágio do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN). Relator: Walton Alencar Rodrigues. Brasília, 2004. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 13 mar. 2008.

BRASIL. *Acórdão nº 575/2007*. Plenário. Inspeção para verificar instalação de praça de pedágio. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 13 mar. 2008.

_____. *Acórdão nº 2.047/2006*. Plenário. Acompanhamento da segunda etapa do programa de concessões rodoviárias. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 13 mar. 2008.

_____. *Acórdão nº 1.405/2007*. Plenário. Acompanhamento da segunda etapa do programa de concessões rodoviárias. Relator: Augusto Nardes. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 13 mar. 2008.

_____. *Decisão nº 337/2001*. Plenário. Inspeção para verificar instalação de praça de pedágio. Relator: Walton Alencar. Brasília, 2001. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 13 mar. 2008.

NOTAS

¹ Instruções Normativas TCU nos 27/1998, 43/2002 e 46/2004.

² A esse respeito, ver as Decisões 281 e 490-TCU-Plenário, ambas de 2000, a Decisão 567/2002 -TCU-Plenário e o Acórdão nº 168/2004-TCU-Plenário.

JOSÉ AUGUSTO MACIEL VIDIGAL

INTRODUÇÃO

Atualmente, no Brasil, seguindo uma generalizada tendência mundial, vive-se uma época de transformação na atuação do Estado no domínio econômico. Essas mudanças apontam para a alteração da antiga forma de intervenção estatal, isto é, da intervenção direta, como produtor de bens e de serviços, para a indireta baseada na regulação das atividades econômicas.

As atividades sujeitas à regulação do Estado são aquelas definidas na Constituição ou na Lei como serviço público, ou em outras atividades que – mesmo sem essa definição legal – tenham como característica o monopólio natural, ou sejam de caráter social ou econômico relevantes.

Nesse novo contexto socioeconômico, surgiram no Brasil as chamadas agências reguladoras, com a atribuição de operacionalizar a regulação estatal. Para Sundfeld (2002, p. 19), atualmente, o País vive uma verdadeira febre de criação de agências reguladoras, sendo que várias delas nem seguiram um modelo comum, e nem têm competências sempre comparáveis.

Justificou-se a criação desses novos entes pela necessidade de controle, de normatização e de fiscalização, bem como de mediação na busca de equilíbrio entre Estado, usuários e prestadores das atividades que ensejam a regulação estatal. Portanto, o traço mais importante desse novo modelo é a necessária neutralidade e independência do ente regulador ante os díspares interesses regulados, especialmente os do Poder Público. O pré-requisito essencial para o exercício de um poder moderador neutro é a tão controvertida questão da independência das agências reguladoras. Nesse sentido pensa Alexandre Santos de Aragão (2003, p. 9):

Entendemos que a independência das agências reguladoras deve ser tratada sem preconceitos ou mitificações de antigas concepções jurídicas que, no mundo atual, são insuficientes ou mesmo ingênuas. Com efeito, limitar as formas de atuação e organização estatal àquelas do século XVIII, ao invés de, como afirmado pelos autores mais tradicionais, proteger a sociedade, retirar-lhe a possibilidade de regulamentação e atuação efetiva de seus interesses.

Nesse contexto, segundo Salgado (2003, p. 16), “A qualidade do desenho institucional é, pois, condição *sine qua non* para a garantia de eficiência e da eficácia da agência regulatória, no cumprimento dos objetivos previstos em lei.”

A autora assevera ainda que

[...] é da natureza de agências regulatórias que elas exerçam essa miríade de funções — de natureza executiva, legislativa e judicante. O importante é que tais funções sejam exercidas dentro de limites predefinidos e sob o controle da sociedade. (SALGADO, 2003, p. 18).

Imperativo, também, analisar o trato da matéria no Direito Comparado, mormente, nos países em que as agências reguladoras se desenvolveram há mais tempo e com mais vigor. Para o Professor Alexandre Santos de Aragão (2003, p. 14) “em todos os países há dúvidas quanto à sua constitucionalidade, mas todas as cortes têm contornado com maior ou menor habilidade os argumentos contrários; e as agências não param de se multiplicar [...]”.

Com o intuito de comparar a evolução histórica e o atual modelo brasileiro com o desenvolvido em outros países, far-se-á, preliminarmente, no Capítulo 1 deste trabalho, menção ao modelo de agências introduzido na França e nos Estados Unidos. A escolha desses países deve-se à maturidade e à consolidação do modelo de agências nos Estados Unidos, servindo inclusive como paradigma para as demais nações, e, no caso da França, a semelhança do Direito Administrativo francês com o brasileiro.

Não é possível transplantar integralmente para a aplicação em um Estado um instituto desenvolvido em outro Estado de características culturais, sociais, econômicas, políticas muito diferentes daquelas presentes no país importador dessa modelagem institucional. Daí a necessidade de adaptação de um modelo e de seus institutos, de certa forma consolidado em outros países – principalmente os de origem anglo-saxã – para o Brasil.

No Capítulo 2, discorre-se sobre a modelagem que vem sendo implantada no Brasil. Procurou-se desenvolver uma síntese da configuração de cada agência com base nas suas respectivas leis de criação, demonstrando seus pontos comuns e suas peculiaridades, além de se fazer menção à atual proposta de alteração no modelo que tramita no Congresso Nacional.

34

No Capítulo 3, foi enfatizada toda a alteração do ordenamento jurídico vigente até o início da década de noventa, para prover o arcabouço constitucional e legal necessário à mudança do papel intervencionista – até então desempenhado pelo Estado, para uma atuação estatal voltada para a regulação dos serviços públicos e das atividades econômicas consideradas de relevante interesse público. Além disso, procurou-se demonstrar a viabilidade da existência das agências reguladoras em todos os demais setores regulados por disposição de lei ordinária, apesar de só haver previsão constitucional de órgãos reguladores nos setores de petróleo e de telecomunicações.

O enfoque principal do trabalho, desenvolvido no Capítulo 4, traz à tona a seguinte questão: a autonomia das agências reguladoras no desempenho de suas funções mostra como imperiosa a reflexão acerca de suas competências para aplicação do Direito. É necessário determinar a natureza dos poderes reconhecidos às agências reguladoras para delimitar a sua atuação. Apesar de serem entidades administrativas, face a sua independência, foi atribuído a elas a possibilidade de produzirem normas abstratas, qualificado poder normativo; de reunir funções administrativas, com reflexos no poder regulamentar; e a prerrogativa de mediar as lides entre os agentes sujeitos ao processo regulatório, denominado poder mediador ou “quase-judicial”. Essa amplitude de poderes, os quais classificamos como “poderes especiais” das agências reguladoras, pode ser entendido, a nosso ver de forma equivocada, como uma usurpação dos demais poderes constituídos.

Apesar de toda controvérsia em torno do modelo de agências reguladoras, ressalta-se que a forma de atuar dessas novas entidades do Direito Público brasileiro não são de todo inovadoras, uma vez que se assemelha bastante à atuação reconhecida de outros órgãos e entidades administrativas do Direito pátrio. Por exemplo, no que tange

ao aspecto normativo, o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central, o CADE etc. detêm a prerrogativa de, por meio de atos normativos, interpretar e explicitar conceitos indeterminados, de natureza técnica, contidos em leis e regulamentos. Trata-se de uma atuação voltada à idéia de especialização sem, contudo, inovar na ordem jurídica.

Portanto, pode-se argumentar, como o fazem muitos estudiosos da matéria, que os aludidos “poderes especiais” nada mais são do que as já conhecidas prerrogativas de outros órgãos e entidades da Administração Pública. No entanto, parte-se da premissa de que esses “poderes especiais” apresentam-se sobremaneira potencializados no domínio de atuação das agências reguladoras, porquanto essas entidades são dotadas de um atributo que as diferenciam dos clássicos órgãos reguladores, isto é, a sua independência em relação aos poderes constituídos.

Com efeito, para que essas novas entidades, estatuídas em nosso ordenamento jurídico como autarquias especiais, pudessem exercer suas prerrogativas legais foram colocados a sua disposição vários instrumentos interventivos que, segundo Marques Neto (2003, p. 25), vão desde a atividade normativa, passando pela administrativa até a aplicações de sanções. Tal amplitude de poderes acarretou uma natural reação da doutrina e dos demais poderes constituídos, ou seja, como aceitar que uma autarquia possa ter um caráter híbrido reunindo **funções administrativas, normativas e quase-jurisdicionais ao mesmo tempo em que possui independência em relação aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.**

As dificuldades da implementação do modelo de agências reguladoras no Brasil decorrem do sistema de competências legais estatuídas no Brasil que têm, de certa forma, interface com certas características da atividade regulatória. Em suma, essa interface configura-se em: poder de gerar normas de caráter geral e abstrato, no entanto, esse poder é atribuído quase que exclusivamente ao Poder Legislativo; poder de expedir regulamentos que, da mesma forma, cabe ao Poder Executivo; e poder de solucionar controvérsias em um sistema de jurisdição una, ou seja, em que impera a inafastabilidade da tutela do Poder Judiciário. Portanto, cabe verificar a viabilidade e os limites da atribuição dos chamados “poderes especiais” a um ente autárquico da estrutura do Poder Executivo dotado de autonomia e independência.

No Capítulo 5, procurou-se, de certa forma, discutir o controle externo sobre as agências reguladoras. Não um controle meramente formal, pautado apenas na conformidade e na legalidade dos atos relacionados à gestão e à boa aplicação dos recursos públicos, mas um controle mais amplo, sem naturalmente sobrepujar as próprias agências reguladoras, alcançando a atividade-fim das entidades reguladoras, enfatizando, principalmente, a economicidade, a eficiência e a efetividade dos atos regulatórios. Aproveitou-se nesse Capítulo a experiência recente do Tribunal de Contas da União na fiscalização das atividades relacionadas com a concessão de serviços públicos. Foram colacionadas diversas Decisões ou Acórdãos em que se procurou demonstrar de forma inequívoca a importância de um controle externo atuante e tecnicamente apto a responder os anseios da sociedade, no que se refere a boa, regular e eficiente gestão dos recursos públicos, agora não só na forma de dispêndios diretos do Estado, mas, sobretudo, na oferta de serviços públicos de qualidade a preços módicos.

No Capítulo 6, pretendeu-se demonstrar a imprescindibilidade da independência das agências reguladoras como atributo indispensável para a neutralidade da atuação dessas entidades no processo regulatório, ou seja, para o exercício imparcial da mediação entre todos os agentes envolvidos no campo da regulação, representados pelo governo, empresas e usuários.

A metodologia de elaboração do trabalho foi realizada por meio de pesquisa bibliográfica a partir de consulta em livros e periódicos nacionais.

A presente monografia propõe-se, preambularmente, dar um panorama do atual estágio de desenvolvimento do modelo de agências reguladoras no Brasil, buscando sistematizar e condensar parte do pensamento hodierno da doutrina pátria, da tendência jurisprudencial, bem como da forma como vem sendo implementado o modelo por meio da produção legislativa e regulamentar. Além disso, buscou-se discutir a legitimidade da atuação das agências reguladoras no Estado de Direito brasileiro.

Pretende-se, ao final, contribuir para promover a difusão e a reflexão – entre os membros do controle externo, bem como aos demais interessados – a respeito do modelo adotado para as agências reguladoras, especialmente de suas peculiaridades, seu marco legal e reflexos e os limites da atuação desses entes no atual ambiente institucional contemporâneo brasileiro.

1 AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO COMPARADO

Faz-se necessário, antes de adentrar no escopo propriamente dito deste trabalho, expor o desenvolvimento do modelo de agências reguladoras em outros países e a sua atual conformação, de forma a confrontá-los com o atual modelo brasileiro.

Resolveu-se por fazer menção ao modelo de agências introduzido nos Estados Unidos e na França. A escolha desses países deve-se à maturidade e consolidação do modelo de agências nos Estados Unidos, servido inclusive como paradigma para as demais nações, e, no caso da França, a semelhança do Direito Administrativo francês com o brasileiro.

36

Com efeito, não é possível transplantar integralmente um instituto desenvolvido em um Estado para aplicá-lo em outro de características culturais, sociais, econômicas, políticas muito diferentes das presentes no país de origem daquela modelagem institucional. Daí a importância da adaptação do modelo de agências reguladoras e de seus institutos, de certa forma consolidado em outros países – principalmente os de origem anglo-saxã-, para a construção de uma modelagem própria que respeite as peculiaridades do Estado brasileiro.

1.1 Agências reguladoras nos Estados Unidos

Os Estados Unidos, assim como o Brasil, são países em que a forma de Estado é Federativa. No entanto, o Estado americano foi formado a partir da necessidade da conciliação dos interesses do governo central com a intransigência dos Estados independentes, que não abdicavam de sua autonomia política. Portanto, na América do Norte a federação formou-se a partir da união de Estados independentes. Em contraste com a origem norte-americana, no Brasil, o Estado constituiu-se, inicialmente, de forma unitária desmembrando-se, posteriormente, em vários Estados-membros. Essa diferença reflete-se na organização desses países no que tange à repartição de competências, no grau de autonomia e na concepção de organização jurídico-administrativa.

As situações que deram origem às agências reguladoras também são diametralmente opostas nesses países. Nos Estados Unidos a criação das agências foi uma resposta à crise do Estado liberal na década de 30, o que levou a intervenção do governo na economia

por meio da política do New deal implementado pelo Presidente Roosevelt, baseado nas idéias de Keynes. Já no Brasil, o surgimento das agências reguladoras ocorreu muito recentemente, a partir de meados da década de 90, após a saída do Estado da função de intervenção direta na economia por meio das privatizações, fundamentado no ideário do Consenso de Washington.

Diante desse contexto de marcantes diferenças na formação do Estado federativo e do modelo de agências reguladoras, é natural que hajam, também, substantivas diferenças entre modelo de agências no Direito Administrativo americano e brasileiro.

Segundo Shecaira (2003, p. 460), um dos mais persistentes mitos do Direito Administrativo norte-americano é a crença na neutralidade técnica das agências. Assim a criação desses entes foi justificada pela sua capacidade técnica, o que viabilizava decisões científicas, e mais eficientes, sobre o campo de atuação de cada agência reguladora. Para Mendes (2002, p. 120), nos Estados Unidos o Direito Administrativo é o “Direito da Agências”.

O princípio da separação dos poderes é um dos pilares da estrutura das sociedades democráticas, nos Estados Unidos o respeito a este princípio é extremamente rígido. No entanto, os poderes administrativos são delegados às agências pelo legislador, as quais podem editar normas para ordenar as atividades dos particulares. É a lei de criação das agências que configura toda a sua forma de atuação. Consoante Carbonell apud Shecaira (2000, p. 469) a doutrina e a jurisprudência americana referem-se à cessão às agências de poderes quase legislativos e quase judiciais. Logo, apesar da propagada rigidez do princípio da separação dos poderes nos Estados Unidos, o poder delegado às agências neste país é significativo, englobando atividades próprias do três poderes clássicos.

Citando os debates ocorridos nos primórdios da criação das agências reguladoras nos Estados Unidos, Justen Filho (2002, p. 86) relata que Madison¹ destacou a impossibilidade do funcionamento de um modelo ortodoxo, único e preciso, de tripartição dos poderes. Desta forma, afirmou-se a inviabilidade da separação absoluta de funções, passando-se a aceitar a possibilidade de que parcelas próprias da competência de um poder fossem atribuídas a outro. A partir dessas considerações, nos Estados Unidos, a maior parte da jurisprudência passou a se posicionar favoravelmente à existência e ao funcionamento das agências. Portanto, ressalvada a ocorrência de excessos, entendeu-se como cabível a atribuição de competências de natureza administrativa, legislativa e jurisdicional às agências reguladoras no Direito norte-americano.

Entretanto, como forma de limitação do poder excessivo das agências, foi editada a Lei de Procedimento Administrativo (APA), como um mecanismo de controle procedimental e de homogeneização do funcionamento desses órgãos administrativos, o que possibilitou a sujeição dessa delegação a controles de natureza social, política e judicial.

Além disso, como observa Aragão (2003, p. 236), o controle jurisdicional sobre as decisões das agências nos Estados Unidos é mitigado por uma salutar autolimitação, ou seja, esse controle, desde que razoável, tem se limitado, na maioria das vezes, aos aspectos procedimentais assecuratórios do devido processo legal e da participação dos direta ou indiretamente interessados no objeto da regulação. No que tange ao poder dito normativo (*poder quase-legislativo*), a orientação predominante é de que a lei deve conter *standarts* mínimos pelos quais deve se pautar a Administração.

Para Marçal Justen Filho (2002, p. 80) a atuação das agências reguladoras deve sempre se pautar pelo assentimento do Congresso²:

A eventual insatisfação do Congresso com o mérito das decisões adotadas pelas agências pode gerar a edição de leis destinadas a disciplinar o mesmo tema. Ou seja, não se pode extrair da criação das agências a configuração de uma reserva de competência intangível em face do próprio legislativo. Aliás a insatisfação do congresso pode desaguar inclusive na própria extinção da agência (mediante lei, é evidente).

Ademais, adverte Di Pietro (2003, p. 57), nos Estados Unidos o “novo direito” que pode ser baixado pelas agências resulta de negociação, de consenso e de participação dos interessados. É um tipo de direito que não se caracteriza pela imposição unilateral de regras de conduta, daí a importância de regras procedimentais a serem observadas pelos entes reguladores. Lá, as agências têm de motivar suas decisões, de demonstrar a sua razoabilidade, justificá-las em termos de custo-benefício, bem como de se manifestar sobre todas as sugestões dos interessados. Além disso, esses atos e sua motivação ficam sujeitos ao controle judicial.

1.2 Agências reguladoras na França

Na França as agências reguladoras tomaram a forma de centros de competência autônomos que foram denominados “Autoridades Administrativas Independentes”, possuindo como maior peculiaridade a ausência de personalidade jurídica. Para Aragão (2003, p. 237), paradoxalmente, na França a inexistência de personalidade jurídica é um requisito para a independência dessas autoridades – embora esses centros sejam orçamentariamente ligados às estruturas ministeriais –, haja vista que pelo dogma de Administração Direta vigente nesse país, tradicionalmente centralizada, não se conceba que uma pessoa jurídica da Administração Indireta não se submeta à subordinação ministerial (controle hierárquico).

38

Outra peculiaridade das autoridades administrativas independentes francesas é a não-restrição da sua atuação à área de regulação econômica:

Uma característica peculiar das autoridades administrativas independentes francesas é que, ao contrário de muitos países, tais como o próprio Brasil, não se limitam à regulação de setores econômicos ou de serviços públicos delegados a particulares, abrangendo também funções de proteção de direitos fundamentais e de proteção dos cidadãos frente à Administração Pública, não sendo, portanto, no seu conjunto, vinculadas exclusivamente ao Direito Econômico. (ARAGÃO, 2003, p. 240).

Para Denise Auad, ao discorrer sobre a miríade de funções das autoridades administrativas francesas:

As Autoridades Administrativas Independentes na França são heterogêneas, todavia podemos considerar que realizam cinco funções principais: regulação, proteção das liberdades públicas, avaliação pluridisciplinar e de conhecimento técnico especializado, garantia de imparcialidade do Poder Público e mediação. (AUAD, 2003, p. 475).

Auad (2003, p. 485), ao tratar da gama de poderes das autoridades administrativas francesas, destaca como principais os relacionados à regulação e à aplicação de sanções. Segundo a autora, dentro da esfera regulatória encontram-se as funções de fiscalização, bem como as relacionadas à vigilância dos direitos fundamentais; à elaboração de estudos

técnicos sobre determinada área de conhecimento especializado; à informação ao público e à consultiva. Além disso, na esfera sancionatória, as autoridades administrativas têm o poder de instaurar inquéritos e realizar investigações contra particulares, podendo, até mesmo, cominar sanções restritivas aos direitos individuais³ e multas.

Portanto, em virtude das substanciais singularidades do modelo francês, aliada à necessidade de adaptação ao ambiente econômico vigente, efetuou-se um esforço para adaptar, de certa maneira, os entes reguladores aos institutos do Direito Administrativo pátrio, construindo-se um modelo para as agências reguladoras compatível com o desenho institucional francês. Como denota Jacques Chevallier *apud* Aragão (2003, p. 244), as autoridades administrativas independentes francesas foram moldadas ao arcabouço constitucional francês, graças a um trabalho de interpretação jurisprudencial, com a finalidade de “aparar as arestas de algumas de suas particularidades e suavizar algumas de suas asperezas, a fim de que fossem compatibilizadas com a arquitetura institucional.”.

Para Justen Filho (2002, p. 195-196), o ordenamento jurídico-administrativo francês não gera problemas significativos ao controle das autoridades administrativas independentes. Isto porque, na França, os poderes reconhecidos a essas entidades são bem menos intensos do que os das agências norte-americanas. A atuação dos entes reguladores seria mais de caráter consultivo e informal, residindo sua relevância na exposição ao público em geral de eventos reputados como indevidos ou incorretos.

Como limites à autonomia dos entes reguladores encontram-se a obrigação de publicar um relatório anual de prestação de contas e o controle de certas decisões pelo juiz do contencioso administrativo ou judiciário. Além disso, o modelo Francês apresenta como fragilidade a falta de previsão constitucional desses entes, o que pode comprometer a sua estabilidade, pois uma alteração na legislação infraconstitucional pode interferir na sua atuação ou até mesmo acarretar a sua extinção.

Da mesma forma que nos Estados Unidos creditou-se à competência técnica e à especialização das autoridades administrativas independentes boa parte de sua legitimidade. Para Badin (2003, p. 492), na França, pressupõe-se que a especialização desses entes conferem-lhe uma autoridade moral, que significa o exercício de uma verdadeira magistratura de influência, aproximando o regulador dos regulados por meio de uma regulação de consenso, menos unilateral e coercitiva.

Conclui Justen Filho (2003, p. 202-203) afirmando ser o paradigma francês de regulação bastante útil para a compreensão e para a modelagem de uma teoria brasileira sobre o instituto regulatório. Para o autor “[...] a França produziu inovações compatíveis com as peculiaridades fundamentais de sua ordem jurídica”, este fato não impediu a incorporação à ordem estatal francesa de organismos modelados segundo a idéia de agências para atendimento às suas carências próprias.

2 AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

De forma similar ao modelo dos Estados Unidos, foram criadas no Brasil, agências reguladoras com personalidade jurídica própria na Administração Indireta, sendo defesa na doutrina brasileira uma ostensiva delimitação do poder atribuído as agências, vejamos:

- Poder Legislativo deverá, nos moldes norte-americanos, estabelecer os parâmetros básicos, na forma de conceitos genéricos – *standarts* –, cabendo às agências reguladoras a atribuição de regulamentação específica, pois passarão

a exercer, de maneira exclusiva, uma atividade gerencial e fiscalizatória que, tradicionalmente, no Brasil, sempre correspondeu à Administração Direta, enquanto cedente dos serviços públicos por meio de permissões ou concessões. (MORAES, 2002, p. 21).

Observa-se que parte da dificuldade na implantação do modelo de agências no Brasil, conforme as palavras de Moraes, foi a transição de uma atividade tradicionalmente desempenhada pela Administração Direta para a Indireta. Curiosamente, no modelo Francês de regulação, baseado nas autoridades administrativas independentes, preservou-se essas entidades na Administração Direta. Deste modo, a dificuldade de se implantar o modelo de agências reguladoras no Brasil pode ser explicada, em parte, pelo fato de o direito administrativo brasileiro ter forte influência francesa e, conseqüentemente, ter incorporado idéias de centralização administrativa e de forte hierarquia. Portanto, não é de fácil assimilação idéia de descentralização administrativa das atribuições agora sob a competência desses novos entes autárquicos. Com efeito, as particularidades decorrentes de cada ordenamento jurídico devem ser consideradas, ao se adaptar o modelo de agência reguladora para o ordenamento jurídico-administrativo brasileiro.

O modelo de agências reguladoras que vem sendo implantado no Brasil sofre influências tanto do Direito Administrativo norte-americano – “Direito das Agências”, como do Direito Administrativo Francês – base do Direito Administrativo brasileiro. Consoante as idéias de Denise Avud (2003, p. 486):

A França, através das Autoridades Administrativas Independentes, foi um grande filtro do modelo de agência reguladora norte-americano, baseado na *common law*, limitando sua autonomia para adaptá-lo à *civil law*. O Brasil, ao implantar seu modelo de agência reguladora, sofre influência do direito norte-americano com as atenuações implantadas pelo regime francês.

Ademais, existem outras significativas distinções entre o modelo de agências norte-americanas – mais voltadas para a regulação de cunho econômico –, e o modelo francês, que possui, além do caráter econômico, um viés de proteção das liberdades, mormente, as individuais:

A doutrina francesa identificou, talvez não em toda sua extensão, a diferença essencial entre as suas Autoridades Administrativas Independentes e as agências reguladoras norte-americanas. A concepção norte-americana enfoca as agências reguladoras independentes como instrumento estatal para disciplinar as atividades privadas. Já as Autoridades Administrativas Independentes são vistas como forma de defesa das liberdades inclusive (e especialmente) contra o próprio Estado. As entidades francesas são um meio de controle das diversas manifestações dos poderes, visando a assegurar uma proteção mais efetiva às liberdades (especialmente as individuais). Essa nunca foi a função reconhecida às agências norte-americanas, as quais poderiam até ser orientadas por tais princípios, mas apenas de modo indireto. (JUSTEN FILHO, 2002, p. 277).

Passaremos a expor e analisar as principais características do modelo de agências reguladoras que vem sendo implantado no Brasil. Vale destacar que o modelo brasileiro ainda está em fase de formação, logo se encontra em processo de mutação, pois, há no momento projeto de lei tramitando no Congresso Nacional propondo alterações. Portanto, o modelo de agências reguladoras ainda não está consolidado no arcabouço legal brasileiro. Além disso, perseveram entre os doutrinadores pátrios grandes divergências acerca da forma recomendável de atuação das agências reguladoras. Diante desses

fatos, a caracterização a seguir é uma exposição resumida das atuais leis de criação das agências brasileiras e uma teorização doutrinária do que seria desejável na consolidação do modelo de agências reguladoras no Brasil.

No Brasil, a partir de meados dos anos noventa, cada agência reguladora foi criada por uma lei específica: Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) – Lei nº 9.427/1996 (BRASIL, 1996b); Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) – Lei nº 9.472/1997 (BRASIL, 1997a); Agência Nacional do Petróleo (ANP) – Lei nº 9.478/1997 (BRASIL, 1997b); Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) – Lei nº 9.782/1999 (BRASIL, 1999); Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) – Lei nº 9.961/2000 (BRASIL, 2000a); Agência Nacional de Águas (ANA) – Lei nº 9.984/2000 (BRASIL, 2000b); Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) – Lei nº 10.233/2001 (BRASIL, 2001a) e Agência Nacional de Cinema (Ancine) -Medida Provisória nº 2.228-1/2001 (BRASIL, 2001b). Além disso, existem diversas outras agências reguladoras nos Estados e municípios, bem como diversos setores econômicos que ainda estão a clamar a criação de mais agências reguladoras.

Para Aragão (2003, p. 274) as agências reguladoras brasileiras podem ser consideradas autarquias especiais tanto do ponto de vista formal – pois as respectivas leis instituidoras assim as denominam, como do ponto de vista material. Além disso, essas entidades, conforme o mesmo autor, são dotadas de maiores prerrogativas:

[...] são asseguradas diversas prerrogativas que aumentam consideravelmente a sua autonomia em comparação com as demais autarquias, em especial a vedação de exoneração *ad nutum* dos membros de seu colegiado dirigente, nomeados por prazo determinado.

A Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) foi criada pela Lei nº 9.427/1996, regulamentada pelo Decreto nº 2.235/1997, e seu Regimento Interno aprovado pela Portaria MME nº 349/1997.

Segundo a lei de criação da Aneel, compete a ela regular e fiscalizar a produção, a transmissão, a distribuição e a comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal. Dentro da sua competência de regulação está inserida, entre outras, as funções de mediar conflitos, garantir tarifas justas, zelar pela qualidade do serviço, incentivar investimentos, estimular a competição entre os operadores, buscar a universalização do serviço, fixar multas administrativas a serem impostas aos prestadores do serviço, definir tarifas e implementar as políticas e diretrizes do governo federal.

Cabe destacar que o Poder Concedente dos serviços públicos de energia elétrica e do uso dos potenciais de energia elétrica foi recentemente atribuído ao Poder Executivo (Ministério afim), nos termos da Lei nº 10.848 de 2004. A partir da publicação desta Lei cabe à Aneel, somente **mediante delegação**, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente, promover os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e de permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos.

Seu colegiado é composto por um Diretor-Geral e por quatro diretores nomeados pelo Presidente da República para mandatos não coincidentes de quatro anos, após prévia aprovação do Senado Federal, conforme o art. 52, inciso III, alínea f da Constituição Federal. Seus conselheiros e diretores somente perderão mandato por renúncia, ato de

improbidade administrativa, condenação penal transitada em julgado, descumprimento injustificado do contrato de gestão e por processo administrativo disciplinar.

A Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) foi criada pela Lei nº 9.472/1997, regulamentada pelo Decreto nº 2.338/1997, e seu Regimento Interno aprovado pela Resolução Anatel nº 270/2001.

A Anatel tem como competência implementar a política nacional de telecomunicações, exercer as funções de poder concedente⁴, expedir normas quanto à outorga de serviços no regime público e a prestação dos serviços no regime privado, normatizar os padrões de equipamentos utilizados pelas concessionárias de serviços de telecomunicações e expedir normas que garantam a interconexão entre as redes, de forma a garantir a competição no setor.

Além disso, inserida na sua competência de regulação, cabe à Anatel as funções de, especialmente, mediar conflitos, garantir tarifas justas, zelar pela qualidade do serviço, incentivar investimentos, estimular a competição entre os operadores, buscar a universalização do serviço, controlar as tarifas públicas, editar normas e padrões, e implementar – em sua esfera de atribuições – a política nacional de telecomunicações.

Seu colegiado é formado por um Conselho Diretor, composto por cinco conselheiros que deliberam por maioria absoluta. Os conselheiros serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, para mandatos de cinco anos não coincidentes, sem direito à recondução, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal. Seus conselheiros e diretores somente perderão mandato por renúncia, condenação judicial transitada em julgado e por processo administrativo disciplinar.

42

A Agência Nacional do Petróleo (ANP) foi criada pela Lei nº 9.478/1997, tendo sido regulamentada pelo Decreto nº 2.455/1998 que também aprovou seu Regimento Interno.

A peculiaridade do setor de petróleo é que as competências são repartidas pela Agência Nacional do Petróleo, pelo Presidente da República e pelo Conselho Nacional de Política Energética (CNPE).

Cabe ao Conselho Nacional de Política Energética, vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas destinadas a promover o aproveitamento racional dos recursos energéticos; assegurar, em função das características regionais, o suprimento de insumos energéticos às áreas mais remotas ou de difícil acesso do País; rever periodicamente as matrizes energéticas aplicadas às diversas regiões do País; estabelecer diretrizes para programas específicos; estabelecer diretrizes para a importação e exportação; e sugerir a adoção de medidas necessárias para garantir o atendimento à demanda nacional de energia elétrica (atribuição incluída pela Lei nº 10.848/2004). Para o cumprimento de sua competência o CNPE contará com o apoio técnico dos órgãos reguladores do setor energético.

A competência da Agência Nacional do Petróleo abrange a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do

petróleo, cabendo-lhe, principalmente: implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo e gás natural; promover estudos visando à delimitação de blocos, para efeito de concessão das atividades de exploração, desenvolvimento e produção; regular a execução de serviços de geologia e geofísica aplicados à prospecção petrolífera; elaborar os editais e promover as licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção, celebrando os contratos delas decorrentes e fiscalizando a sua execução (a Agência Nacional do Petróleo ainda é detentora do poder concedente⁵); controlar tarifas; autorizar a prática das atividades de refinação, processamento, transporte, importação e exportação; fiscalizar e aplicar sanções; estimular a pesquisa e a adoção de novas tecnologias na exploração, produção, transporte, refino e processamento; e organizar e manter o acervo das informações e dados técnicos relativos às atividades da indústria do petróleo.

A Agência Nacional do Petróleo é composta por uma Diretoria da qual fazem parte um Diretor-Geral e quatro diretores atuando em regime de colegiado, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação dos respectivos nomes pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal. Os membros da Diretoria cumprirão mandatos de quatro anos, não coincidentes, permitida a recondução. Conforme previsto na Lei nº 9.986/2000, também ficou vedada a exoneração ad nutum⁶ dos membros do seu colegiado.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) foi criada pela Lei nº 9.782/1999, regulamentada pelo Decreto nº 3.029/1999 e pela Portaria Anvisa nº 593/2000, a qual aprovou o seu Regimento Interno.

Compete à União no âmbito do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária: definir a política nacional para o setor; definir o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária; normatizar, controlar e fiscalizar produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde; exercer a vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras; acompanhar e coordenar as ações estaduais, distrital e municipais de vigilância sanitária; prestar cooperação técnica e financeira aos demais entes federados; e manter sistema de informações em vigilância sanitária.

Entretanto, segundo a lei instituidora da agência, a competência da União será exercida pelo Ministério da Saúde, no que se refere à formulação, ao acompanhamento e à avaliação da política nacional de vigilância sanitária e das diretrizes gerais do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária; pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, em conformidade com as atribuições que lhe são conferidas pela Lei nº 9.782/1999; e pelos demais órgãos e entidades do Poder Executivo Federal, cujas áreas de atuação se relacionem com o sistema.

A Anvisa tem por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle da entrada de tais produtos em portos, aeroportos e fronteiras.

As principais competências da Anvisa previstas na lei são: coordenar o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária; fomentar e realizar estudos e pesquisas; estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária; estabelecer normas e padrões; conceder registros de produtos; monitorar e

auditar os órgãos e entidades estaduais, distrital e municipais que integram o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária; além de atuar e aplicar as penalidades.

A gerência e a administração da Agência é exercida por uma Diretoria Colegiada, composta por até cinco membros – sendo um destes seu Diretor-Presidente, brasileiros, indicados e nomeados pelo Presidente da República após aprovação prévia do Senado Federal nos termos do art. 52, III, *f*, da Constituição Federal, para cumprimento de mandato de três anos, admitida uma única recondução.

A exoneração imotivada de Diretor da Anvisa somente pode ser promovida nos quatro meses iniciais do mandato, findos os quais será assegurado seu pleno e integral exercício, salvo nos casos de prática de ato de improbidade administrativa, de condenação penal transitada em julgado e de descumprimento injustificado do contrato de gestão da autarquia.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) foi instituída pela Lei nº 9.961/2000, regulamentada pelo Decreto nº 3.327/2000 e pela Resolução ANS nº 593/2000, a qual aprovou o seu Regimento Interno.

A ANS tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

44

Compete à Agência Nacional de Saúde Suplementar, principalmente: propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar; estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras; fixar critérios para os procedimentos de credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviço às operadoras; estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e cobertura; expedir normas e padrões para homologação de reajustes e revisões; monitorar a evolução dos preços de planos de assistência à saúde; autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde; fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde; aplicar penalidades; estimular a competição no setor de planos privados; zelar pela qualidade dos serviços; administrar e arrecadar as taxas instituídas pela Lei nº 9.961/2000 etc.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar é composta por uma Diretoria Colegiada, de no máximo cinco diretores, sendo um deles o seu Diretor-Presidente. Seus diretores serão brasileiros, indicados e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação prévia pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, III, *f* da Constituição Federal, para cumprimento de mandato de três anos, admitida uma única recondução.

Após os primeiros quatro meses de exercício, os dirigentes da ANS somente perderão o mandato em virtude de: condenação penal transitada em julgado; condenação em processo administrativo; acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; ou descumprimento injustificado de objetivos e metas acordados no contrato de gestão.

Destaca Aragão (2003, p. 281) que a lei de criação da ANS representa uma forte intervenção estatal sobre a atividade econômica privada dos planos de saúde. Embora admitindo-se a alta relevância pública desses serviços, os planos de saúde têm, constitucionalmente, sua prestação garantida à iniciativa privada por meio de autorização operativa. O autor chama atenção para o fato de que a criação das agências reguladoras no Brasil não se deu somente no âmbito do programa nacional de desestatização.

A Agência Nacional de Águas (ANA) foi criada pela Lei nº 9.984/2000 e regulamentada pelo Decreto nº 3.692, de 15 de dezembro de 1959, o qual trata, inclusive, de seu Regimento Interno.

A Agência Nacional de Águas é uma entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, assim como integrante, e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, o qual é regulado pela Lei nº 9.433/1997.

A atuação da ANA deve se pautar pelos fundamentos, objetivos, diretrizes e instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos, e ser desenvolvida em articulação com órgãos e entidades públicas e privadas integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Compete à Agência Nacional de Águas, principalmente: normatizar, controlar, supervisionar e avaliar ações e atividades decorrentes do cumprimento da legislação federal pertinente aos recursos hídricos; outorgar o direito de uso de recursos hídricos do domínio da União; fiscalizar os usos de recursos hídricos do domínio da União; implementar, em articulação com os Comitês de Bacia Hidrográfica, a cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União; arrecadar, distribuir e aplicar as receitas auferidas por intermédio da cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União; e definir e fiscalizar as condições de operação de reservatórios por agentes públicos e privados, visando a garantir o uso múltiplo dos recursos hídricos.

Consoante observa o Professor Alexandre Santos de Aragão (2003, p. 282) a ANA tem uma competência Nacional, em relação a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, e uma competência estritamente federal de outorga⁷ do uso de águas da União.

A Agência Nacional de Águas é dirigida por uma Diretoria Colegiada, composta por cinco membros, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação prévia pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, III, *f* da Constituição Federal, com mandatos não coincidentes de quatro anos, admitida uma única recondução consecutiva. A exoneração imotivada de dirigentes da ANA só pode ocorrer nos quatro meses iniciais dos respectivos mandatos. Após este prazo, os diretores da ANA somente perdem o mandato em decorrência de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado, ou de decisão definitiva em processo administrativo disciplinar.

A Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) foram criadas pela Lei nº 10.233/2001. A ANTT foi regulamentada pelo Decreto nº 4.130/2002, e seu Regimento Interno aprovado pela Resolução ANTT nº 1/2002. A Antaq foi regulamentada pelo Decreto nº 4.122/2002, e seu Regimento Interno aprovado pela Resolução Antaq nº 1/2002.

Essas Agências reguladoras têm competências distintas, embora sigam as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transportes (Conit) e pelo Ministério dos Transportes, vinculados à Presidência da República.

O Conit tem como atribuição propor políticas nacionais de integração dos modais de transporte no que se refere especialmente a: desenvolvimento do setor de transporte terrestre e aquaviário; fixação de diretrizes de integração dos sistemas viários sob a jurisdição da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; promoção da competitividade, para redução de custos, tarifas e fretes; promoção da descentralização,

para melhoria da qualidade dos serviços prestados; apoio à expansão e ao desenvolvimento tecnológico e coordenação do sistema federal de viação.

A ANTT e a Antaq têm como objetivos comuns implementar, em suas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e pelo Ministério dos Transportes; bem como regular ou supervisionar as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes exercidas por terceiros.

A Agência Nacional de Transportes Terrestres tem como esfera de atuação: o transporte ferroviário de passageiros e cargas; a exploração da infra-estrutura ferroviária e o arrendamento dos ativos operacionais correspondentes; o transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; o transporte rodoviário de cargas; a exploração da infra-estrutura rodoviária federal; o transporte multimodal e o transporte de cargas especiais e perigosas em rodovias e ferrovias.

A Agência Nacional de Transportes Aquaviários tem como esfera de atuação: a navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso; os portos organizados; os terminais portuários privativos e o transporte aquaviário de cargas especiais e perigosas.

As diversas competências da ANTT e da Antaq estão elencadas nos artigos 24, 25, 26, 27 da Lei nº 10.233/2001. Entretanto, cabe destacar que algumas dessas competências estão em vias de serem alteradas por meio do Projeto de Lei nº 3.337/2004 (BRASIL, 2004). Está se propondo, principalmente, que o poder de outorga – de concessão, permissão e autorização – passe a ser atribuição direta do Poder Executivo (Ministério), deixando, portanto, de ser atribuição dessas Agências como consignado em suas respectivas leis de criação. Vale destacar que, segundo o projeto de lei, o Ministério dos Transportes poderá, a seu alvedrio, delegar o poder concedente às agências. Além disso, dispõe que caberá ao Ministro dos Transportes estabelecer diretrizes sobre a política tarifária a ser exercida nas outorgas de prestação de serviço e de exploração de infra-estrutura do Sistema Federal de Viação.

46

A ANTT e a Antaq têm diretorias atuando em regime de colegiado, nomeadas pelo Presidente da República, para mandatos de quatro anos, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea *f* do inciso III do art. 52 da Constituição Federal. A Diretoria da ANTT será composta por um Diretor-Geral e por quatro diretores, e a Diretoria da Antaq por um Diretor-Geral e dois diretores.

Os membros da Diretoria dessas Agências só perderão o mandato em virtude de renúncia, condenação judicial transitada em julgado, processo administrativo disciplinar, ou descumprimento manifesto de suas atribuições.

A Agência Nacional de Cinema (Ancine) foi criada pela Medida Provisória nº 2.219/2001, regulamentada pelo Decreto nº 4.121/2002, o qual trata, inclusive, de seu Regimento Interno.

A Ancine é vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, sendo entidade dotada de autonomia administrativa e financeira, com a atribuição de fomento, regulação e fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica. Tem como objetivos principais: promover a cultura nacional e a língua portuguesa mediante o estímulo ao desenvolvimento da indústria cinematográfica e videofonográfica nacional em sua área de atuação; aumentar a competitividade da indústria cinematográfica e

videofonográfica nacional; fomento à produção, à distribuição e à exibição; promover a auto-sustentabilidade da indústria cinematográfica nacional; estimular a universalização do acesso e zelar pelo respeito ao direito autoral sobre obras audiovisuais nacionais e estrangeiras.

Como competências da Ancine destacam-se: executar a política nacional de fomento ao cinema; fiscalizar o cumprimento da legislação; promover o combate à pirataria de obras audiovisuais; aplicar multas e sanções; e regular as atividades de fomento e proteção à indústria cinematográfica e videofonográfica nacional, resguardando a livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação.

A Ancine será dirigida em regime de colegiado por uma diretoria composta de um Diretor-Presidente e de três diretores, com mandatos não coincidentes de quatro anos, escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea *f* do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

É curioso que no caso da Ancine a sua lei de criação remeta ao regulamento, conforme o § 5º do art. 8º da Medida Provisória nº 2.228-1/2001, a questão da estabilidade de seus diretores contra a exoneração *ad nutum*. No entanto, para Aragão (2003, p. 286) essa omissão não poderá ser regulamentada de forma a permitir a livre exoneração dos diretores: “Este silêncio não pode nos levar a crer que possam ser exonerados *ad nutum*, já que lhes é aplicável a disciplina geral do art. 9º da Lei nº 9.986/2000.”.

Portanto, é natural que no universo das agências reguladoras existam certas peculiaridades na sua modelagem e na forma de atuação. Não obstante, deve haver em cada uma dessas autarquias especiais características comuns, sem as quais não haveria efetividade na missão regulatória.

Segundo boa parte da doutrina brasileira, são características imprescindíveis às agências reguladoras a independência, a diversidade e a amplitude de funções ou poderes, o caráter técnico, a processualidade e o controle social.

Consoante Marques Neto (2003, p. 29-36), a independência das agências pode ser seccionada em vários tipos dependendo do interlocutor ao qual a agência tem a competência de mediar conflitos ou interesses. Existe a independência em relação aos agentes regulados, que envolve a utilização de mecanismo como a quarentena⁸ e a questão da captura⁹; a independência em relação aos consumidores ou usuários, que envolve o risco do populismo regulatório – a agência não pode se transformar em um órgão promotor apenas do interesse do consumidor –; e a independência em relação ao poder político, principalmente por meio de um arcabouço legal consistente o suficiente para evitar as vicissitudes do ambiente político. Além disso, para a efetivação da independência é imperioso a estabilidade dos dirigentes, a ausência de controle hierárquico, a liberdade administrativa, a autonomia financeira e, por fim, um regime de pessoal compatível com a importância de suas atribuições.

Outra característica fundamental das agências reguladoras é a capacidade técnica. Talvez seja este o fator mais determinante para a criação dessas autarquias, pois, a expertise e especialidade técnica propiciam as condições de se tomar a melhor decisão diante das especificidades do setor regulado, mitigando o problema da assimetria de informações¹⁰ e legitimando a função reguladora.

Outra importante característica das agências reguladoras é a amplitude de seus poderes. Esses poderes, para Marques Neto (2003, p. 26), seriam o poder normativo, que

consiste em editar comandos para o setor regulado, complementado os comandos legais existentes; o poder de outorga, que seria a prerrogativa da emissão, de acordo com as políticas públicas, de licenças, autorizações e concessões; o poder de fiscalização, que consiste no monitoramento e aferição das atividades reguladas; o poder sancionatório, que consiste na competência de aplicar advertências, multas ou cassar licenças; o poder de conciliação, que seria a capacidade de mediar interesses; e, por fim, o poder de recomendação, consistente na prerrogativa de subsidiar, informar e orientar os agentes participantes do processo regulatório.

Também deve caracterizar a atuação reguladora das agências a processualidade, ou seja, estarem absolutamente adstritas ao devido processo legal. Certamente, devido à concentração nas agências reguladoras de todos esses “poderes especiais”, é imperiosa a necessidade que as atividades das agências sejam rigorosamente submetidas à normas processuais. Essa processualidade seria, por exemplo, a observância de prazos, de procedimentos detalhados, de mecanismos para o exercício do contraditório, de critérios de aferição das condutas regulatórias, enfim, todos os ritos e procedimentos devem estar formalmente previstos.

Por fim, outra importante característica deve existir nas agências reguladoras: a sua permeabilidade ao controle social. É um pressuposto imprescindível da atividade reguladora que haja uma abertura incondicional aos atores sociais, que, em última instância, são os destinatários finais dos serviços públicos regulados. O envolvimento da sociedade não deve ser apenas franqueado, mas deve ser incentivado pelo regulador:

Não basta a existência dos mecanismos que facultem a participação. É necessário que eles ensejem a participação efetiva. Se, ainda assim, ela se revelar insuficiente, a agência deve reformular tais mecanismos. (MARQUES NETO, 2003, p. 27-28).

Vale destacar que, recentemente, passou por consulta pública Anteprojeto de Lei (BRASIL, 2003a), elaborado com base nas conclusões contidas no Relatório Final do Grupo de Trabalho Interministerial (BRASIL, 2003b). Esse Grupo de Trabalho foi constituído para proceder à análise e à avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro. Nesse trabalho foi disposto um novo entendimento em relação ao poder de outorga, que passa a ser uma atribuição dos ministérios e não mais das agências reguladoras, como previsto nas diversas leis de criação desses novos entes estatais.

Da mesma forma, no que tange ao controle social, recentemente, passou por consulta pública Anteprojeto de Lei (BRASIL, 2003c), também elaborado com base nas conclusões contidas no Relatório Final do Grupo de Trabalho Interministerial (BRASIL, 2003b), constituído para proceder à análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro. Destacam-se nesse Anteprojeto a obrigatoriedade de consulta ou audiência pública antes da tomadas de decisões relevantes pelas agências e a possibilidade da agência, observadas as disponibilidades orçamentárias, arcar com as despesas decorrentes de assessoramento especializado às associações constituídas há pelo menos um ano, nos termos da lei civil.

Do trabalho do Grupo Interministerial, segundo a Exposição de Motivos nº 12/2004 da Casa Civil, concluiu-se que

[...] o modelo de Agências independentes, não obstante a necessidade de aprimoramento do quadro atual, é essencial para o bom funcionamento da maior

parte dos setores encarregados da provisão de serviços públicos, com reflexos positivos no resto da economia. Afirmou-se, portanto, o papel das Agências tanto do ponto de vista conceitual quanto à luz do direito positivo pátrio, para que os consumidores obtenham serviços com qualidade, diversidade, quantidade e modicidade tarifária, mantendo a viabilidade econômica do negócio e o retorno do investimento. As discussões dentro do Governo levaram à conclusão que a presença das Agências Reguladoras é indispensável para a atração dos investimentos privados; para a redução do chamado “risco de captura” do processo regulatório por grupos de interesse; [...] (BRASIL, 2004b).

Dos referidos anteprojetos de lei consolidou-se o Projeto de Lei nº 3.337/2004 encaminhado ao Congresso Nacional, dispondo sobre as regras aplicáveis às agências reguladoras relativamente à sua gestão, organização e mecanismos de controle social, e que redefine atribuições no âmbito destas e dos respectivos ministérios, em especial dos setores de petróleo e seus derivados e gás natural, telecomunicações e transportes.

Algumas das principais alterações consignadas no Projeto de Lei nº 3.337/2004 já foram comentadas ao longo deste tópico, no entanto, far-se-á uma síntese das mais relevantes modificações propostas.

Procurou-se corrigir uma das principais distorções do papel das agências reguladoras, isto é, o exercício de competências de governo, tais como a absorção da atividade de formulação de políticas públicas e do poder de outorgar e conceder serviços públicos. O Projeto de Lei busca estabelecer a fronteira entre formulação de política setorial e regulação econômica, deixando claro à sociedade que planejamento e formulação de políticas setoriais cabem aos órgãos da Administração Direta. Às agências reguladoras, cabe regulamentar e fiscalizar as atividades reguladas, implementando, no que lhes toca, a política setorial.

No entanto, essa questão reveste-se de aspectos práticos, dessa forma, embora o Projeto de Lei disponha expressamente que a competência de conceder outorgas e celebrar contratos de concessão e permissão é do Poder Executivo, deixa ao alvedrio de cada ministério a possibilidade de delegar essas atribuições às agências. Essa medida tem por objetivo, pelo menos no curto prazo, evitar o desperdício da experiência já acumulada pela agências reguladoras e assegurar a observância de aspectos técnicos que irão ter direta consequência nas funções de regulação e de fiscalização dos serviços públicos concedidos.

Outra medida prevista no Projeto de Lei, que em boa hora se apresenta, em virtude da falta de transparência do modelo que até então vinha-se implantando no Brasil, é o desenvolvimento de instrumentos de controle social e de prestação de contas. São instituídos, estendidos ou ampliados os mecanismos de controle, de responsabilização e de transparência como consulta pública, a apresentação de relatórios anuais ao ministério setorial e às duas Casas do Congresso Nacional, a obrigatoriedade do contrato de gestão entre o ministério e a agência e a criação de ouvidorias em todas as agências reguladoras.

Além disso, o Projeto de Lei prevê para todas as agências reguladoras a exigência de celebração do contrato de gestão e de desempenho com o ministério a que cada uma delas estiver vinculada. Trata-se de medida, segundo a Casa Civil (Brasil, 2004b), voltada para valorizar e ampliar o emprego de instrumento que permite melhor ajustar as atividades administrativas e finalísticas dos órgãos e entidades públicas, associando ao maior grau de

autonomia que é conferido pela legislação às agências a um planejamento administrativo que atenda à necessidade de maior eficiência, transparência e responsabilização no seio da Administração Pública.

Por fim, o Projeto de Lei dedica vários dispositivos à interação operacional entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência, proporcionando um relacionamento interinstitucional, voltado para a eficácia das políticas regulatórias e de defesa da concorrência nos setores regulados.

3 A CONSTITUCIONALIDADE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Ao longo da década de 90, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o tamanho e o papel do Estado passaram a ser o foco do debate institucional. No Brasil, como em outras partes do mundo, não havia mais espaço para o Estado intervencionista que a essa época era considerado responsável pelo atraso social, pela concentração de renda, pela corrupção e pela ineficiência econômica. Deste quadro, surgiu a necessidade de inserir no ordenamento jurídico novos marcos legais que possibilitassem o surgimento de um Estado regulador das atividades econômicas de relevante interesse público e dos serviços públicos que seriam concedidos à iniciativa privada.

Nessa reforma do Estado, primeiramente, ocorreu a flexibilização dos monopólios estatais, por meio da Emenda Constitucional nº 5/1995, que abriu a possibilidade aos Estados-membros de concederem às empresas privadas a exploração dos serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado.

50

Posteriormente, ocorreu a retirada de restrições ao capital estrangeiro. Por meio da Emenda Constitucional nº 6/1995 suprimiu-se o art. 171 da Constituição, o qual previa privilégios às empresas brasileiras de capital nacional. O mesmo se passou com os serviços de telecomunicações e de radiodifusão, isto é, a Emenda Constitucional nº 8/1995 modificou os incisos XI e XII do art. 21 da Constituição, que só permitiam a concessão desses serviços públicos à empresas estatais. E, finalmente, na área petrolífera, a Emenda Constitucional nº 9/1995 rompeu com o monopólio estatal, permitindo às empresas estrangeiras: a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos líquidos; a refinação do petróleo; a importação e exportação de produtos e derivados do petróleo; e o transporte marítimo ou por dutos do petróleo, seus derivados e do gás natural.

A derradeira transformação econômica de relevo ocorreu com o processo de privatização, o qual, diferentemente das anteriores, ocorreu por meio de medidas infraconstitucionais. Com a edição da Lei nº 8.031/1990 (reformulada pela Lei nº 9.491/1997) foi instituído o Programa Nacional de Privatização com os objetivos precípuos de transferir à iniciativa privada as atividades indevidamente exploradas pelo setor público, e contribuir para a modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia.

Com as modificações na organização do Estado e na ordem econômica introduzidas por emendas constitucionais, passou-se a ter previsão expressa, em sede constitucional, de entidades reguladoras para os setores de telecomunicações e petróleo. É o que prevê o art. 21, inciso XI, e o art. 177, § 2º, inciso III, da Constituição Federal. Essas modificações constitucionais possibilitaram não só a introdução de órgãos reguladores

nos setores de telecomunicações e petróleo, dotados de autonomia pela legislação infraconstitucional que os instituíram, mas também ensejaram a criação por lei ordinária de outros órgãos reguladores independentes nas áreas de energia elétrica, transportes, saúde, meio-ambiente, saneamento e cinema. Além disso, também no âmbito dos Estados-membros e Municípios, foram criadas várias agências reguladoras, para estes entes federativos no que tange à titularidade de serviços públicos, atuando dentro das competências reservadas pela Carta Magna.

Não obstante, existe certa controvérsia quanto a não-previsão constitucional da maioria dos órgãos reguladores. A partir desse enfoque, certos doutrinadores passaram a defender a tese de que as únicas agências reguladoras admitidas em nosso sistema seriam aquelas previstas constitucionalmente.

Marçal Justen Filho não partilha desse entendimento, para este autor (2002, p. 392-396) essa tese daria às aludidas agências reguladoras o mesmo status conferido a órgãos como o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União, isto é, com prerrogativas e características bem diferentes de meras autarquias que são. A simples menção a esses órgãos reguladores no texto constitucional não os elevariam à condição de entes constitucionais, como o são o Ministério Público e o Tribunal de Contas, os quais têm composição, estrutura e funcionamento largamente assentados na Constituição Federal. Por fim, conclui o autor:

Em suma, a situação jurídica dos diferentes setores é idêntica. No setor de telecomunicações e de petróleo, não se poderão criar órgãos reguladores dotados de competências mais extensas do que seriam admissíveis em outros setores. Nem existe inviabilidade à criação de outros órgãos reguladores em outros setores de atividades. Mais ainda, sequer (*sic*) é obrigatório impor disciplina idêntica para os dois órgãos reguladores no tocante à estrutura, competência e demais características. (JUSTEN FILHO, 2002, p. 396).

No que concerne ao mandato e à estabilidade dos dirigentes das agências reguladoras há quem invoque a inconstitucionalidade dessas prerrogativas legais com base na afronta ao art. 84, inciso II – que determina competir privativamente ao Presidente da República “exercer, com auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da Administração federal” –, e ao art. 37, inciso II – que prevê que os cargos em comissão são de livre nomeação e exoneração –, ambos expressos na Carta Magna.

Para Marques Neto (2003, p. 43-45), não se pode cogitar que do art. 84, inciso II, possa se extrair o entendimento de que o constituinte, ao atribuir ao Presidente da República a direção superior do Estado, tenha lhe dado poderes absolutos, isto é, “pretendido dotar-lhe de poderes para dispor como bem entender da máquina pública, inclusive assumindo poderes de destituir agentes públicos aos quais a lei conferiu estabilidade.” Além disso, o autor sustenta que a nomeação dos dirigentes das agências reguladoras é uma ato administrativo complexo, pois, o art. 52, inciso III, alínea *f*, também da Constituição Federal, prevê a competência do Senado Federal de aprovar previamente a escolha de titulares “de outros cargos que a lei determinar”, o que interdita o Presidente da República a exoneração imotivada por ato exclusivo do Poder Executivo.

Parte da doutrina argüi a inconstitucionalidade de certos atributos das agências reguladoras independentes, como a concentração das funções e poderes, perpassando o espectro de atuação dos poderes constituídos, mormente, no que se refere aos poderes normativos e de mediação dos novos órgãos reguladores. Não se discorrerá no momento

quanto a esses aspectos, pois este tema será tratado em capítulo subsequente deste trabalho dedicado à exposição sobre “os poderes especiais das agências reguladoras independentes”.

Consoante as conclusões de Aragão (2003, p. 448), em todo o mundo ocidental, com naturais variações, foram “levantadas impugnações de caráter constitucional de análoga natureza.” Não obstante, para esse autor, em todas as Cortes Constitucionais envolvidas nessas contendas afirmou-se a constitucionalidade das agências reguladoras independentes, utilizando-se de argumentação também análoga.

Em suma, pode-se concluir do exposto que não há inconstitucionalidade quanto a não-previsão em sede constitucional dos demais órgãos reguladores, à estabilidade dos dirigentes, bem como à concentração das funções e poderes no espectro de atuação das agências reguladoras. Além disso, conforme visto, em todas as Cortes Constitucionais envolvidas nessas contendas afirmou-se a constitucionalidade das agências reguladoras independentes utilizando-se de análoga argumentação.

4 OS PODERES ESPECIAIS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Como já enfatizado na Introdução, a autonomia das agências reguladoras no desempenho de suas funções traz como imperiosa a reflexão acerca de suas competências para aplicação do Direito. É necessário buscar compreender a natureza dos poderes reconhecidos às agências reguladoras para delimitar a sua atuação. Apesar de serem entidades administrativas, face a sua independência, foi atribuído a elas a possibilidade de produzirem normas abstratas, denominado poder normativo; de reunir funções administrativas, com reflexos no poder regulamentar; e a prerrogativa de mediar as lides entre os agentes sujeitos ao processo regulatório, denominado poder mediador ou quase-judicial. Essa amplitude de poderes, os quais classificamos como “poderes especiais” das agências, pode ser entendida como uma usurpação dos demais poderes constituídos.

Some-se a isso a potencialização verificada no âmbito de atuação desses novos órgãos reguladores face à independência a eles atribuídos pelas suas respectivas leis de criação. Com efeito, esse atributo os diferencia sobremaneira dos clássicos órgãos reguladores, já de longa data existentes no ordenamento jurídico pátrio como o Banco Central, o Cade, a CVM e, de certa forma, os próprios ministérios responsáveis pela supervisão administrativa dentro de sua área de atuação.

Tal amplitude de poderes acarretou uma natural reação da doutrina e dos demais poderes constituídos, ou seja, como aceitar que uma autarquia possa ter um caráter híbrido reunindo **funções administrativas, normativas e quase-jurisdicionais ao mesmo tempo que possui independência em relação aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário**. Essa interface entre a atuação das agências reguladoras independentes e o espectro de atuação dos poderes constituídos é o que se buscará discurrir neste Capítulo, almejando-se averiguar a viabilidade e os limites da atribuição dos chamados “poderes especiais” a um ente autárquico da estrutura do Poder Executivo dotado de autonomia e independência.

4.1 O poder regulamentar das agências reguladoras

Doutrinariamente conceitua-se o poder regulamentar como a prerrogativa dos Chefes do Poder Executivo de expedirem decretos regulamentares hierarquicamente

inferiores e subordinados às leis, com objetivo único de melhor explicá-las para a sua correta execução.

Hely Lopes Meirelles, ao conceituar o poder regulamentar, vai mais além ao admitir a possibilidade de inovação no ordenamento jurídico por meio do decreto autônomo:

O poder regulamentar é a faculdade de que dispõem os Chefes do Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a Lei para a sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinados por lei. É um poder inerente e privativo do Chefe do Executivo (CF, art. 84, IV), e, por isso mesmo, indelegável a qualquer subordinado. (MEIRELLES, 1999, p. 111).

Apesar de esse autor admitir a possibilidade do decreto autônomo, ressalva que este encontra limites nas matérias submetidas à reserva legal, isto é, àquelas que, segundo a Constituição Federal, só são disciplináveis por lei.

Da mesma forma, Di Pietro (2003, p. 53), em harmonia com os ensinamentos Hely Lopes Meirelles (1999, p. 111), assevera quanto à exclusividade do poder regulamentar ao Chefes do Executivo e de sua indelegabilidade. No entanto, contrariamente ao grande administrativista, não admite a possibilidade de o Presidente da República baixar decretos e regulamentos autônomos, enfatizando que na atual ordem constitucional a única hipótese de regulamento autônomo decorre do art. 84, VI – o qual dispõe sobre a organização e o funcionamento da administração federal –, mesmo assim com as limitações atinentes a esse mandamento constitucional.

De forma oposta, Cuéllar (2001, p. 116) observa que, embora os artigos 84, IV, e 87, II da Constituição Federal atribuam competência ao Presidente da República e aos Ministros de Estado para expedir decretos, regulamentos e instruções para fiel execução das leis, o exercício do poder regulamentar não é exclusivo dessas autoridades. Sustenta, ainda, que o rol apresentado pelo texto constitucional não é exaustivo, estando, portanto, outras entidades da Administração Pública autorizadas a exercer esse poder. Por fim, a autora faz menção às antigas lições de San Tiago Dantas sobre o tema, bem antes de ao menos se imaginar a existência de agências reguladoras no Brasil:

O poder de baixar regulamentos, isto é, de estatuir normas jurídicas hierarquicamente inferiores e subordinadas à lei, mas que nem por isso deixam de reger coercivamente as relações sociais, é uma atribuição constitucional do Presidente da República, mas a própria lei pode conferi-la, em assuntos determinados, a um órgão da Administração Pública ou a uma dessas entidades que são as autarquias. Não só a elaboração de regulamentos, mas a própria atividade legislativa, não se acha hoje enclausurada na competência de um só órgão do governo, mas se desloca, por força da delegação dos poderes, para outros órgãos eventualmente mais aptos por se acharem em contato imediato com a matéria regulada, ou disporem de maior rapidez de decisão. (DANTAS, *apud* CUÉLLAR, 2001, p. 116-117).

Nesse mesmo diapasão, Caio Tácito pondera que o poder regulamentar, exercido nos termos da Constituição Federal, não se esgota na esfera de atuação do Presidente da República:

Se o poder regulamentar é um princípio e predominantemente exercido pelo Presidente da República, em razão de sua competência constitucional, nada

impede – antes determinadas circunstâncias – possa a lei autorizar outras autoridades à prática do poder normativo.

[...] A norma de competência do Presidente da República é enumerativa, não sendo válido o raciocínio *a contrario sensu*, excludente de outra fórmula de ação normativa que a discricionariedade do Legislativo entenda necessária ou conveniente. (CAIO TÁCITO, *apud* ARAGÃO, 2003, p. 381-382).

Eros Grau *apud* Cuéllar (2001, p. 122) assevera que “Se há matérias que só podem ser tratadas por lei –, evidente que as excluídas podem ser tratadas em regulamento.”. Acrescenta, ainda, crítica à interpretação que se dá à tripartição como separação e não como equilíbrio dos poderes. Por fim, o autor conclui afirmando que o princípio da legalidade será observado mesmo quando a função normativa seja desenvolvida por outros órgãos e entidades externas ao Poder Legislativo.

Para Souto (2001, p. 24-26), o que existe são matérias sob o domínio da lei (reserva legal) e outras que podem ser tratadas em atos inferiores, sendo a deslegalização importante instrumento para a concretização da regulação. Não obstante adverte que embora os limites e as condições impostas à edição de regulamentos autônomos se apliquem integralmente às normas regulatórias, deve-se diferenciar essas espécies normativas:

[...] o regulamento, autônomo ou não, é emanado de autoridade política, sem compromisso de neutralidade; a norma regulatória, como se verá adiante, traça conceitos técnicos, despidos de valoração política; deve ser equidistante dos interesses em jogo, resultando de uma ponderação entre o custo e os benefícios envolvidos (daí deve ser necessariamente motivada e editada, preferencialmente, por agente ‘independente’, protegido contra pressões políticas). (SOUTO, 2001, p. 25)

Conclui Cuéllar (2001, p. 117-118) que, atualmente, reconhece-se, por meio de manifestações doutrinárias e jurisprudenciais, o exercício do poder regulamentar como faculdade de outros órgãos e entidades da Administração Pública, como as agências reguladoras, sendo, no entanto, necessário verificar acerca do conteúdo dessa competência e de seus limites.

Mesmo se admitindo o poder regulamentar das agências reguladoras, ao exercício desta prerrogativa são impostas algumas limitações. Parte dessas limitações, consoante Cuéllar (2001, p. 125-128), são: a subordinação dos regulamentos à constituição e à lei, por serem atos hierarquicamente inferiores, cujo conteúdo devem atender, formal e substancialmente, não sendo admissível o regulamento *contra legem*; não podem inovar de forma absoluta; só podem gerar deveres e direitos se estiver previamente estabelecido o seu contorno em lei; não podem versar sobre qualquer matéria expressamente reservada à lei; não podem ter efeito retroativo; devem ser sempre fundamentados; e são sempre passíveis ao controle do Poder Judiciário, tanto no que tange a possibilidade de sua emanção como no seu conteúdo.

Portanto, o pensamento majoritário da doutrina brasileira reconhece, atualmente, que o poder regulamentar pode ser exercido tanto pelo Presidente da República, como expressamente previsto na Constituição Federal, quanto pelos Ministros de Estado e outras entidades e órgãos da Administração Pública. Em vista deste entendimento majoritário, não haveria óbices às agências reguladoras independentes deterem a competência

regulamentar, desde que dentro de certos limites quanto ao alcance e conteúdo das normas por elas expedidas.

4.2 O poder normativo das agências reguladoras

Na doutrina brasileira existem diversas tendências doutrinárias quanto ao poder normativo das agências reguladoras. Há um certo consenso em relação à necessidade da função reguladora das agências, mas referente à função normativa desses entes os posicionamentos são diversos sem qualquer uniformidade quanto à fundamentação.

Segundo Di Pietro (2003, p. 50-51), os principais argumentos utilizados em relação à fundamentação da competência das agências para baixar atos normativos são: a existência de delegação legislativa; a deslegalização, na qual ocorre a retirada de certas matérias do domínio da lei; o princípio da eficiência; os regulamentos autônomos; o poder regulamentar; o surgimento de novas formas de produção legislativa; o surgimento de novas relações jurídicas especiais; a demora do processo legislativo, diante da dinâmica e complexidade do tema; e, por fim, a utilização de princípios e institutos do direito comparado.

Além disso, Di Pietro (2003, p. 57) chama a atenção para o fato de o poder normativo desses entes, no Brasil, ter como paradigma o modelo das agências norte-americanas, porém sem ter adotado os correspondentes procedimentos de participação, que são o que de fato dá legitimidade às normas por elas baixadas. Lembra ainda que os poucos mecanismos de participação previstos nas leis instituidoras das agências brasileiras não são, normalmente, postos em prática.

Di Pietro (2003, p. 57) faz ainda uma distinção entre o poder normativo de caráter abstrato e o de caráter concreto. O poder de gerar normas de caráter geral e abstrato faz parte da competência regulatória estatal, ocorre que no Brasil esse poder é atribuído quase que exclusivamente ao legislativo. Portanto, cabe verificar a viabilidade e os limites da atribuição do poder normativo a um ente autárquico da estrutura do Poder Executivo. Quanto ao caráter normativo concreto – atos que formalmente são de caráter normativo, porém, quanto ao conteúdo são verdadeiramente atos administrativos – caberiam às agências exercer o seu poder normativo, ou seja, para esse tipo de atuação não deve haver óbice de ordem jurídica.

Para Moreira Neto (2003, p.116-117), o êxito do modelo de agências reguladoras no mundo explica-se pela celeridade, precisão e, sobretudo, flexibilidade obtidas com a *norma reguladora*. Ressalta o autor que, em princípio, não se diferenciava as matérias de cunho técnico-científico das político-administrativas, fato esse que levou a ação legislativa a abarcar todo e qualquer procedimento normativo. No entanto, atualmente, se reconhece a necessidade de delimitação dessa competência normativa:

Com efeito, está na atribuição de uma *competência normativa reguladora* a chave para operar em setores e matérias em que devem predominar as *escolhas técnicas*, distanciadas e isoladas das disputas partidárias e dos complexos debates congressuais, pois essas, distintamente, são métodos mais apropriados às *escolhas político-administrativas*, que deverão, por sua vez, se prolongar em novas *escolhas administrativas*, sejam elas concretas ou abstratas, para orientar a ação executiva dos órgãos burocráticos da Administração direta. (MOREIRA NETO, 2003, p. 117).

Consoante o pensamento de Leila Cuéllar (2001, p. 107), o poder normativo atribuído às agências reguladoras pelas recentes leis que as instituíram causam polêmica frente ao Direito Constitucional brasileiro, em vista dos princípios da separação dos poderes e da legalidade. No entanto, ressalta a autora que a própria noção de agência reguladora traz em seu bojo a idéia de poder regulador (normativo), sem o qual não haveria sentido na criação dessas autarquias especiais.

Para Eros Grau *apud* Cuéllar (2001, p. 121-122), a classificação orgânica das funções do Estado dividem-se em legislativa, executiva e jurisdicional, porém, do ponto de vista material, essas funções estatais dividem-se em normativa (basicamente de produção das normas jurídicas), administrativa (de execução das normas jurídicas) e jurisdicional (de aplicação dessas normas). Segundo o autor, a competência normativa não se confunde com a legislativa. A função legislativa é “aquela de emanar estatuições primárias, geralmente - mas não necessariamente - com conteúdo normativo, sob a forma da lei”; já a função normativa consiste em “emanar estatuições primárias, seja em decorrência do exercício do poder originário para tanto, seja em decorrência do poder derivado, contento conceitos abstratos e genéricos.”.

Sustenta Aragão (2003, p. 371) que a separação dos poderes vem sendo tratada por alguns de forma dogmática e sacramental, sendo, portanto, alvo de interpretações radicais e absolutas. Se for retirado do tema esse caráter “quase religioso”, ele poderá ser tratado como mera divisão das atribuições do Estado:

Se retirarmos o caráter dogmático e sacramental impingido ao princípio da separação dos poderes, ele poderá, sem perder a vitalidade, ser colocado em seus devidos termos, que o configuram como mera divisão das atribuições do Estado entre órgãos distintos, ensejando uma salutar divisão do trabalho e um empecilho à, geralmente perigosa, concentração das funções estatais.

56

Continua Aragão (2003, p. 399) expondo seu raciocínio acrescentando que “A verdadeira essência da lei não reside nos variados fundamentos oriundos de especulações filosóficas ou teológicas que encontram eco na psique humana ao longo da história.”. Arremata o autor asseverando que o espírito e a essência da lei “Decorrem, ao revés, da necessidade prática de segurança jurídica, de sabermos com algum grau de pré-determinação (*sic*), o que podemos e o que não podemos fazer e, em caso de inobservância, que conseqüências poderemos sofrer.”.

Para Bilac Pinto *apud* Aragão (2003, p. 375) a outorga pelo Estado moderno de funções normativas e jurisdicionais a outros órgãos que não sejam o Poder Legislativo e o Judiciário, constitui fenômeno universal, cujas proporções aumentam a cada dia. Alexandre Santos de Aragão Justifica essa delegação de poderes às agências reguladoras independentes afirmando que

[...] as competências complexas das quais as agências reguladoras independentes são dotadas fortalecem o Estado de Direito, vez que, ao retirar do emaranhado de lutas políticas a regulação de importantes atividades sociais e econômicas, atenuando a concentração de poderes na Administração Pública central, alcançam, com melhor proveito, o escopo maior – não meramente formal – da separação de poderes, qual seja, o de garantir eficazmente a segurança jurídica, a proteção da coletividade e dos indivíduos empreendedores de tais atividades ou por elas atingidos, mantendo-se sempre a possibilidade de interferência do Legislador, seja para alterar o regime jurídico da agência reguladora, seja para extingui-la. (ARAGÃO, 2003, p. 375-376).

Segundo Marques Neto (2002, p. 301-302), por força do impacto tecnológico e do desenvolvimento da economia, decorre a necessidade de se considerar a existência de subsistemas jurídicos dentro do ordenamento jurídico, pautados por princípios, conceitos e estruturas hierárquicas próprias a determinado setor. Entender e aceitar esse fenômeno significa abdicar de alguns conceitos e de pressupostos da tradicional teoria do Direito Público. Aragão (2003, p. 380), baseando-se na teoria dos ordenamento setoriais, ressalva:

A necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, é a razão de ser das entidades reguladoras independentes, ao que podemos acrescentar o fato de a competência normativa, abstrata ou concreta, integrar o próprio conceito de regulação.

Indaga Cuéllar (2001, p. 107-111) acerca da não-exclusividade do Poder Legislativo na detenção do poder normativo, bem como dos fundamentos para a sua utilização e da extensão desse poder na atuação das agências brasileiras. Acrescenta ainda que a Constituição Federal de 1988 admite a participação dos demais poderes, em caráter secundário, no processo de elaboração das leis, assim como a possibilidade de exercício da função normativa autônoma por parte do Poder Executivo por meio de regulamentos e de medidas provisórias.

Destaca Cuéllar (2001, p. 131-132) que o fato de os membros do Poder Legislativo serem eleitos não os tornam tecnicamente mais aptos a exercer a função normativa atribuída às agências reguladoras. Esclarece a autora que, mesmo no legislativo, as decisões puramente técnicas são elaboradas pelo corpo técnico dessas Casas Legislativas – pessoas, em última análise, diversas daquelas eleitas pelo povo. Afirma, portanto, que a legitimidade técnica da atuação normativa do legislativo, fundamentada puramente no fato de que os seus membros foram escolhidos pelo povo, é questionável.

Para Sundfeld (2002, p. 27) a competência normativa das agências reguladoras independentes não pode ser encarada como usurpação da função legislativa, já que “[...] segundo os novos padrões da sociedade, agora essas normas não bastam, sendo preciso normas mais diretas para tratar especificidades [...]”. Conclui o eminente doutrinador: “É isso o que justificou a atribuição do poder normativo para as agências, o qual não exclui o poder de legislar que conhecemos, mas significa, sim, o aprofundamento da atuação normativa do Estado.”.

Cuéllar (2001, p. 116) defende a tese de que o poder normativo das agências reguladoras não se origina de delegação legislativa, pois esta é sempre precária e excepcional, podendo, em tese, ser cassada o que causaria a extinção da agência, frustrando a sua natureza jurídica essencial. Portanto, o poder normativo das agências reguladoras emana do vínculo existente entre a entidade que regulamenta e a atividade a ser regulamentada. Em consonância com esse entendimento a autora faz menção ao pensamento de Nelson de Sousa Sampaio:

É igualmente injustificável falar-se de delegação quando um órgão não legislativo deriva da própria Constituição sua competência para praticar atos com as características materiais da lei. Tal órgão retira essa atribuição da mesma fonte que a confere ao parlamento, sem a necessidade de delegação deste. (SAMPAIO, *apud* CUÉLLAR, 2001, p. 112)

Portanto, a legitimação da atuação das agências, no que diz respeito ao poder normativo, decorre da própria missão a elas atribuídas pelos diplomas constitucionais ou

legais que as instituíram. Recorrendo à terminologia de Michele Passaro *apud* Cuéllar (2001, p. 134), estaríamos diante da hipótese de “legitimação pela função” das agências, isto é, “as próprias atividades desempenhadas pelos órgãos reguladores, em razão de sua importância e relevância, confeririam legitimidade a tais entes, bem como justificariam a detenção por eles de poder normativo.”.

Conclui Cuéllar (2001, p. 145) pela legitimidade da atuação normativa das agências reguladoras:

Os órgãos de direção das agências não desfrutam de legitimidade democrática, já que não são eleitos pelo povo, mas designados pelo chefe do Poder Executivo, com aprovação do Poder Legislativo. No entanto, é possível considerar-se legítima a atuação normativa das agências reguladoras, em razão da natureza da atividade que desempenham, dos objetivos traçados com a sua instituição, assim como da forma de sua atuação (imparcial, técnica, especializada, participativa) e da forma pela qual foram instituídas (mediante lei aprovada pelo Parlamento).

Marçal Justen Filho (2002, p. 502) faz reparo na tese defendida por Cuéllar, em relação ao poder normativo (regulamento autônomo), no sentido de que a principal questão a ser debatida pela doutrina não é a simples resposta positiva ou negativa a algo que já faz parte do cotidiano jurídico brasileiro, mas sim a construção de um conjunto hermenêutico que busque, antes de desenvolver formas de controle desses atos administrativos, legitime o poder normativo infra-legal. Nas palavras do autor:

É perfeitamente procedente a instauração de instrumentos de controle da atividade normativa do Executivo. Mas isso não pode fazer-se às custas de superar-se a discussão sobre a existência de regulamentos autônomos. Na verdade e embora o negue, dito raciocínio simplesmente *legítima* o regulamento autônomo, ao propor que a discussão se desenvolva a propósito dos limites de seu controle. Ora, não se pode dar como certa a validade jurídica de uma figura cuja inserção no ordenamento jurídico é duvidosa. Mas ainda, o controle acerca de uma pretensa competência regulamentar autônoma tem de se iniciar com a determinação dos pressupostos de sua existência. Antes de fiscalizar o conteúdo dos regulamentos autônomos, é necessário determinar a competência para sua emissão e os pressupostos para seu exercício.

É perfeitamente compreensível o rigor doutrinário com que Marçal Justen Filho defende a validação jurídica do poder normativo autônomo antes de sua utilização. No entanto, em que pese a meritória preocupação do doutrinador, entende-se a posição de Leila Cuéllar, pois, o poder normativo das agências reguladoras, assim como de outros órgãos e entidades da Administração Pública já vem sendo aplicado, dia-a-dia, na regulação dos serviços públicos. Portanto, faz-se urgente que, de forma prática, delimite-se e controle-se a utilização desses regulamentos, porquanto, de nada adianta discutir a sua validade enquanto são aplicados sem qualquer tipo de delimitação e controle. Ademais, o fato de esses atos serem controlados não os valida, apenas se afigura como atenção ao princípio da razoabilidade e da prudência.

Ainda há a teoria da deslegalização para salvaguardar o poder normativo conferido às agências reguladoras independentes. Segundo Aragão (2003, p. 418), a teoria da deslegalização é mais uma novidade doutrinária do que propriamente legislativa. Para o autor, “na verdade a deslegalização é um instituto umbilicalmente ligado à atribuição, mormente na seara econômica, de largos poderes normativos a órgãos ou entidades

da Administração Pública.”. Usando como paradigma decisão do Conselho de Estado francês, Caio Tácito assevera:

Não é inconstitucional, mesmo nos países contrários à delegação de poderes, a participação do Executivo na criação do direito objetivo. Regular não é somente reproduzir analiticamente a lei, mas ampliá-la e completá-la segundo o seu espírito e conteúdo, sobretudo nos aspectos que a própria lei expressa ou implicitamente, outorga à esfera regulamentar. (CAIO TÁCITO, *apud* ARAGÃO, 2003, p. 419).

No entanto o poder normativo das agências reguladoras independentes deve ter o seu alcance controlado e emoldurado dentro de certos limites. Em recente julgado do Tribunal Regional Federal (TRF) da 3ª Região (BRASIL, 2003d), tratou-se da questão da extensão do poder normativo das agências reguladoras. Foi analisada resolução da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que criara o instrumento denominado “Revisão Técnica”, que permitiria as empresas de planos privados da assistência à saúde a alteração unilateral de preço, de conteúdo e de qualidade do contrato originalmente pactuado junto aos consumidores. No acórdão concluiu-se ter havido na resolução “nítida extrapolação dos lindes regulamentares”, suspendendo, portanto, esses atos da ANS.

Segundo Mello (2003, p. 286-288), o Tribunal Regional Federal analisou a relação entre o poder normativo e as relações de especial sujeição. Afirma o autor que relação de especial sujeição é a que se forma entre o Estado e determinadas categorias de particulares que integram a “esfera administrativa”, cujos atos submetem-se de forma mais direta e intensa ao poder estatal para o melhor atendimento dos fins públicos. No julgado, o TRF afastou os consumidores da seara da relação especial de sujeição por meio do seguinte trecho do julgado:

As relações estabelecidas entre a ANS e as empresas operadoras diferencia-se, por natureza, das relações estabelecidas entre os consumidores e a ANS. [...] Não se sujeitam estes ao poder de especial sujeição que vincula as operadoras, pois não se encontram submetidos a controle ou fiscalização por parte da ANS. (BRASIL, 2003d).

Também o Supremo Tribunal Federal (STF), em diversas ocasiões, já tornou pacífica a legitimidade da detenção do poder normativo pelas agências reguladoras independentes por meio de *standarts* e finalidades genéricas estabelecidas em lei. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade – Adin nº 1.668/DF, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, Diário da Justiça, de 23 de outubro de 1997, o Supremo Tribunal Federal considerou, em caráter liminar, constitucional a habilitação normativa efetuada pelos incisos IV e X do art. 19 da Lei Geral de Telecomunicações em favor da Anatel, que tratam da competência da Anatel de expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público, bem como sobre a prestação de serviços de telecomunicações no regime privado, desde que estas prerrogativas subordinem-se aos preceitos legais e regulamentares pertinentes.

Independentemente da discussão a respeito da origem da legitimidade do poder normativo conferido às agências reguladoras, se por delegação legislativa ou se pela própria missão a elas conferidas, o que de fato importa é que esses entes, para desempenharem o papel de regulador, disponham de instrumentos adequados e necessários ao alcance de seus objetivos. Obviamente, não estamos falando de um poder sem limites e controles para as agências, mas uma flexibilidade e celeridade para que possam atuar de maneira

eficiente – este sim um princípio constitucional que deve estar presente em todos os atos e contratos da Administração Pública – atingindo os fins para os quais foram criadas.

4.3 O Poder Mediador Das Agências Reguladoras

Como atributo típico das novas agências reguladoras consta também o poder de mediação, que nada mais é do que o de dirimir conflitos entre os partícipes do setor regulado, também denominado pelos doutrinadores de poder “quase-judicial”.

Nas palavras de Mendes (2002, p. 130) costuma-se abordar na doutrina norte-americana conceitos de “quase-judicialidade” ou de “discricionariedade técnica”. Com esses conceitos procura-se introduzir a noção de que o poder de dirimir conflitos das agências, por ser eminentemente de caráter técnico, não admite a ingerência do controle judicial no mérito ou atividade fim, estando esse controle das agências adstrito ao crivo da legalidade.

No entanto, nem nos Estados Unidos, muito menos no Brasil essa tese de afastamento do Poder Judiciário da esfera regulatória foi acatada. Apesar de haver, no universo das agências reguladoras, uma discricionariedade técnica que traz em seu bojo a faculdade de dirimir conflitos, este fato não supera nem consegue elidir o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Sundfeld (2002, p. 30-31), além de endossar o poder normativo das agências reguladoras independentes, enxerga nessas o poder de dirimir conflitos: “Regular é, ao mesmo tempo, ser capaz de dirimir os conflitos coletivos ou individualizados. É por isso que surgem as agências reguladoras, porque o Estado tem de regular.”. Para o autor nos é difícil compreender e aceitar a idéia de que o Poder Judiciário não seja o único foro para mediação e solução de conflitos, admitindo-se que a produção jurídica no âmbito da Administração Pública possa ser socialmente tão importante quanto a do Judiciário. Assevera o autor:

O Judiciário, com a estrutura que lhe foi dada no século passado, não é capaz de conhecer todos os conflitos decorrentes da vida moderna e das normas editadas para transformar em valores jurídicos os novos valores que foram sendo incorporados pela sociedade. Mesmo assim resistimos à idéia de que outros órgãos ou entes possam ter um papel que de algum modo corresponda, ou se assemelhe, no novo tempo, àquilo que o judiciário fez no passado em caráter de exclusividade. (SUNDFELD, 2002, p. 31).

Para Mendes (2002, p. 130-131) não existe esfera de discricionariedade na Administração Pública brasileira imune ao controle judicial. A contra-argumentação, trazida da América do Norte, que identifica tal esfera por se tratar de questões eminentemente técnicas, não supera o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Argumenta o autor que para suprir a lacuna da especialização o juiz pode valer-se da perícia judicial, que, ao menos em tese, torna-o apto a tomar decisões de caráter técnico.

Não obstante, há juristas que defendem, no Brasil, a possibilidade da utilização do instituto da arbitragem para a mediação e a solução de conflitos nos setores sujeitos à regulação das agências. Com efeito, a recente Lei da Arbitragem (BRASIL, 1996a) consigna que as partes poderão utilizar da arbitragem para a solução de conflitos. Entretanto, essas partes, ao se submeterem a um tribunal arbitral de natureza privada, estarão abdicando da possibilidade da revisão judicial da decisão exarada, bem como esta constitui-se em

título executivo extra-judicial. Há como óbice à utilização do instituto da arbitragem, em se tratando de serviços públicos, mormente, o princípio da indisponibilidade do interesse público, ou seja, o administrador público não pode, ao seu alvedrio, dispor do interesse público, o que de fato ocorreria ao se optar pela solução de lides de caráter público em tribunais arbitrais.

Por fim, a grande questão que se coloca quanto a este aspecto da regulação é a efetividade do controle judicial sobre as decisões das agências reguladoras. Consoante o pensamento de Alexandre Santos de Aragão:

Em um sistema de jurisdição unitária, a autonomia das agências reguladoras não pode ser afirmada perante o Poder Judiciário, que, todavia, se depara com alguns empecilhos para anular e principalmente para substituir as suas decisões, tendo em vista a elevada discricionariedade de administração econômica que lhes é conferida pelo legislador, o que faz com que o controle judicial afira, via de regra, apenas a razoabilidade e a consonância de suas decisões com o devido processo legal. (ARAGÃO, 2003, p. 449).

Com efeito, é reconhecidamente dificultosa a tarefa do Poder Judiciário de julgar decisões de caráter técnico efetuada por entidades especializadas como as agências reguladoras em setores que demandam uma grande, e cada vez mais crescente, especialização técnica. Vale lembrar que um dos principais argumentos para a criação dessas entidades reguladoras independentes foi justamente a evolução tecnológica, a complexidade, a especificidade e o elevado conteúdo técnico dos setores regulados, o que, conseqüentemente, demandou a exigência de um alto grau de especialização na Administração Pública. Portanto corre-se o risco de que exista um controle judicial, porém de caráter meramente formalista, sem condições de avaliar a razoabilidade, proporcionalidade e o alcance das finalidades públicas embutidas nas decisões das agências reguladoras independentes.

61

5 O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Apesar da presença dos aludidos “poderes especiais” na atuação das agências reguladoras e de ser praticamente consensual a importância de sua autonomia para o funcionamento desejável da regulação, isto não significa que seja prescindível o controle estatal sobre essas entidades. Para Marcos Juruena Villela Souto (2001, p. 341):

A figura do agente regulador independente não afasta as regras de controle. A expressão, no entanto, tem causado algumas perplexidades entre os juristas, embora esteja em absoluta compatibilidade com o sistema constitucional brasileiro; o que se deseja, pela independência é, apenas, afastar a incidência de interferência política sobre o juízo técnico que deve orientar a atuação da agência.

Segundo esse mesmo autor, o controle sobre as agências ramifica-se no controle finalístico, que é, sem afastar a independência do juízo técnico, o controle sobre o atingimento das políticas públicas do governo; no controle social, sendo este aquele relacionado à possibilidade de a sociedade participar e fiscalizar as ações implementadas pela agência; no controle administrativo, que configura-se no poder-dever da Administração para o fim de confirmar, rever ou alterar condutas internas, tendo em vista aspectos de conveniência e oportunidade; no controle legislativo, que é o exercido pelos órgãos legislativos ou por comissões parlamentares sobre determinados atos (e contratos)

no âmbito do Poder Executivo e o de sustação dos atos normativos que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa; e, por último, no controle judicial, *a posteriori*, tendo como alvo a legalidade do ato administrativo, não alcançando o mérito administrativo.

Destaca-se também a importância do controle externo exercido pelos tribunais de contas, apesar de subentender-se que este controle está inserido no âmbito do controle legislativo, pois, constitucionalmente, o Tribunal de Contas está inserido como órgão pertencente à estrutura do Poder Legislativo.

Há certa corrente doutrinária que defende a tese de que o controle externo exercido pelos tribunais de contas deve se restringir ao controle relacionado a gestão dos recursos públicos, ou seja, referente à aplicação dos bens e serviços públicos a seu cargo. Entretanto, entendemos que em vista da ainda fragilidade do controle direto exercido pelos poderes constituídos, cabe aos tribunais de contas a importante missão, sem evidentemente substituir as agências reguladoras, de fiscalizar se os mercados estão sendo regulados de forma a proporcionar a neutralidade entre os agentes regulados e a estabilidade de suas relações.

Para Aragão, ao Tribunal de Contas cabe controlar certos atos de regulação das agências, ou seja a atividade fim. Nas palavras do autor:

[...] os atos de regulação e de fiscalização de serviços públicos se refletem sobre o Erário. Por exemplo, uma fiscalização equivocada pode levar à não aplicação de uma multa; a autorização indevida de tarifa leva ao desequilíbrio econômico-financeiro favorável à empresa, o que, entre outras alternativas deveria acarretar a majoração do valor de outorga devida ao Poder Público, etc. (ARAGÃO, 2003, p. 340-341).

62

Segundo Di Pietro (2002, p. 65) não há diferenças entre o controle que os tribunais de contas realizam nos órgãos e nas entidades da Administração Pública e o controle que deve ser realizado nas agências reguladoras. Para a autora “nenhuma lei poderá limitar a competência do Tribunal de Contas, uma vez que tal competência origina-se da Constituição Federal.”. Ademais, conclui a eminente doutrinadora, asseverando que “[...] tal como o Poder Judiciário, o Tribunal de Contas, na qualidade de órgão auxiliar do Poder Legislativo, pode controlar as agências reguladoras no seu papel de executora dos contratos de concessão.”.

Em discurso de abertura do Seminário “O Controle Externo da Regulação de Serviços Públicos”, realizado nas dependências do TCU, em outubro de 2001, o Ministro Humberto Souto (2002, p. 8), então Presidente do Tribunal de Contas da União, declarou que o art. 71 da Constituição Federal confere competência ao Tribunal para realizar auditoria de natureza contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional em todos os órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Além disso, ressaltou que os contratos de concessão celebrados entre as empresas delegatárias do serviço público e as agências reguladoras nada mais são do que contratos administrativos passíveis de fiscalização pelo Tribunal de Contas da União, conforme previsto na Constituição e na Lei Orgânica do TCU. Consoante as palavras do Sr. Ministro-Presidente:

Em razão disso, a fiscalização sobre essas autarquias não pode pautar-se apenas no controle da legalidade de seus atos. Fica patente a necessidade de a atuação do Tribunal estar voltada, principalmente, para a verificação dos atos quanto à eficiência e a efetividade. (SOUTO, 2002, p. 8).

No entanto, o ilustre Ministro-Presidente adverte que o papel do Tribunal de Contas não se confunde com o das agências reguladoras, pois a atuação do Tribunal deve se voltar para a verificação, nos atos desses órgãos, do “cumprimento dos princípios constitucionais que devem nortear a atuação dos entes públicos.”

Neste mesmo evento, na palestra “O Papel do Tribunal de Contas da União no Controle das Agências Reguladoras”, o Exmo. Sr. Ministro Benjamin Zymler do Tribunal de Contas da União foi mais além:

Não deve o Tribunal substituir as agências. Deverá, apenas, zelar pela atuação pronta e efetiva dos entes reguladores, para assegurar a adequada prestação dos serviços públicos à população. Entretanto, percebendo o Tribunal omissão ou incapacidade da agência, deve agir a fim de evitar maiores transtornos à sociedade. Seja expedindo determinação às concessionárias ou permissionárias, seja cobrando das agências reguladoras o correto cumprimento de seus objetivos. (ZYMLER, 2002, p. 8).

Citamos, por fim, as recentes palavras do Exmo. Sr. Ministro do Tribunal de Contas da União, Walton Alencar Rodrigues, na palestra “O TCU e o Controle das Agências Reguladoras” (RODRIGUES, 2003), proferida no Seminário “O Controle das Agências Reguladoras”, realizado nas dependências do TCU, em 25 de novembro de 2003:

As competências dos órgão reguladores devem ser exercidas na forma da lei e da Constituição, não configurando reduto alheio à fiscalização e controle do TCU. É imprescindível a prestação de contas à sociedade, não apenas no sentido da comprovação da regularidade formal dos gastos, mas da economicidade, eficiência e eficácia dos atos de gestão, com a cabal demonstração da legitimidade da atuação do órgão.

Prosseguindo no juízo da lavra do ilustre Sr. Ministro:

Uma vez aceito que cabe ao TCU realizar auditorias e inspeções de natureza operacional e aferir a obediência ao princípio constitucional da eficiência, por parte das agências reguladoras, não poderia prescindir a Corte de Contas de fiscalizar a ponta final da atuação das agências: os contratos de concessão e permissão e os atos de autorização de serviços públicos. Os prestadores de tais serviços gerem bens e direitos públicos - rodovias, portos - ou de natureza semelhante, como os bens reversíveis, afetos à prestação do serviço público, e, em última análise, respondem pelo próprio serviço delegado que pertence à União, titular de tais prestações.

Não há como retornar ao modelo anterior do Estado provedor de serviços públicos, mesmo que essa fosse a intenção, não haveriam recursos orçamentários para tal. Seria demasiado o custo de oportunidade, na conjuntura atual, do deslocamento desses escassos recursos orçamentários para a máquina estatal provedora de serviços públicos em detrimento de sua aplicação em áreas onde a atuação do Estado é mais urgente e imprescindível como saúde, educação, justiça e segurança.

Diante desse contexto, entendemos que cabe ao governo procurar de forma legítima meios de controlar os serviços públicos concedidos, tornando-os mais acessíveis à população e melhorando a qualidade. Nesse mister, pela sua magnitude econômica e relevância social, além da atuação das agências reguladoras independentes, faz-se necessária a atuação do controle externo por meio dos tribunais de contas.

Portanto, o controle externo deve visualizar de forma clara a priorização de sua atuação na área de regulação como uma das principais facetas de sua missão institucional, pois a tarifa cobrada pelas empresas concessionárias nada mais é do que um recurso público da sociedade, devendo, em vista disso, ser bem aplicado, além de proporcionar a universalização e a qualidade dos serviços públicos, e ao mesmo tempo caracterizar-se pelo atributo da modicidade tarifária.

Da experiência vivenciada pelo Tribunal de Contas da União na fiscalização das agências reguladoras e, até mesmo, das próprias empresas concessionárias, faculdade, neste último caso, prevista no § 1º do art. 70 da Constituição Federal, percebeu-se que existem muitas formas de atuar na execução contratual de maneira a resguardar os interesses dos usuários dos serviços públicos concedidos, respeitando os direitos contratuais das empresas concessionárias.

Dentre as diversas fiscalizações empreendidas pelo Tribunal de Contas da União nas licitações e contratos de serviços públicos concedidos pode-se destacar algumas pela sua efetividade, além de relevância social e econômica.

Em 1998, ao acompanhar o processo de privatização da então Malha Paulista (Fepasa) da RFFSA, o Tribunal detectou que estava sendo incluído junto à malha ferroviária a concessão da parte rodoviária da ponte rodoferroviária na BR-158, recém-construída, sobre o Rio Paraná, ligando Mato Grosso do Sul a São Paulo, sem que o futuro concessionário pagasse por isso. O TCU, por intermédio da Decisão nº 734/1998, determinou que o BNDES retirasse a concessão da ponte ou, caso contrário, quantificasse o seu valor para somar ao valor da Fepasa. A concessão da ponte foi retirada sem prejuízo para a privatização. Realizada nova licitação para concessão da ponte rodoferroviária, naquele mesmo ano, resultou em cerca de R\$ 80 milhões para os cofres públicos.

64

No caso do Banespa (Decisão Plenário nº 965/2000), o Tribunal descobriu um erro de avaliação que aumentou o preço mínimo do banco em R\$ 1,012 bilhões. Fatos similares ocorreram com o Banco do Estado de Goiás (BEG) (Decisão Plenário nº 1005/2001) – elevação do preço mínimo em R\$ 34,8 milhões; com o IRB Brasil Resseguros S.A. (Decisão Plenário nº 396/2000) – elevação do preço mínimo em R\$ 40 milhões; da licitação para outorga de autorização para exploração de Serviço Móvel Pessoal (Decisão Plenário nº 849/2002) – elevação do preço mínimo em R\$ 1,673 bilhões.

Mais recentemente o Tribunal de Contas da União teve de responder à consulta formulada pelo Ministério das Comunicações acerca da possibilidade de utilização dos recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST), como instrumento de financiamento de democratização do acesso aos serviços de telecomunicações no Brasil. Ao responder a consulta no Acórdão nº 1.107/2003 -Plenário, o Tribunal decidiu que deveria ser contratada empresa para implantar, manter e operar o serviço de acesso para utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso público, inclusive da internet, a estabelecimentos de ensino, bibliotecas e instituições de saúde.

Outra importante intervenção do TCU foi a Representação formulada por um de seus auditores em que questiona os coeficientes utilizados na planilha de cálculo dos reajustes anuais das tarifas dos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (Acórdão nº 865/2003 – Plenário). Foi determinado à

ANTT que realizasse estudo para atualizar os coeficientes tarifários, tendo em vista as transformações tecnológicas, administrativas, legais e econômicas verificadas no País desde a última revisão dos cálculos dos coeficientes tarifários efetuada em 1989. Como resultado, em julho de 2003, as tarifas, que segundo a planilha antiga deveriam sofrer um reajuste da ordem de 30%, foram majoradas em 17,48%.

Foi, também, avaliada pelo TCU a metodologia adotada pela Aneel nas revisões tarifárias do setor de energia elétrica ao longo de 2003. Em seu voto (Acórdão nº 1757/2003 – Plenário) o Ministro-Relator considerou merecedor de destaque as inconsistências detectadas pelos auditores no se refere ao cálculo do *fator x*, que não estava representando de forma adequada os ganhos de produtividade das concessionárias que deveriam ser repassados aos usuários dos serviços. Portanto, determinou-se à Aneel o saneamento das inconsistências verificadas.

Pode-se, ainda, citar algumas decisões atinentes ao acompanhamento da execução contratual de concessões de rodovias: cobrança indevida do ISS (Decisão TCU nº 434/1999-Plenário), ganho estimado de R\$ 50 milhões com a interrupção da cobrança; valores de ISS arrecadados indevidamente e receita financeira oriundas das aplicações desses valores (Decisão TCU nº 567/2002-Plenário) proporcionaram redução nas tarifas de pedágio, implicando uma economia para os usuários de aproximadamente R\$ 64 milhões; detecção de superfaturamento nos valores das obras e serviços na Concessionária Rodonorte/PR (Decisão TCU nº 1502/2002-Plenário), acarretando um potencial de economia da ordem de R\$ 33 milhões para o período restante de concessão (17 anos); e identificação de receitas apropriadas indevidamente pela Concessionária NovaDutra (Decisão TCU nº 1648/2002-Plenário) decorrentes, entre outros fatores, da implantação de nova praça de pedágio em Jacareí, implicando uma redução no valor do pedágio naquele complexo de R\$ 0,30 por eixo, que significou uma economia de cerca de R\$ 170 milhões para os usuários da rodovia ao longo da execução contratual.

Além dessas fiscalizações, mais recentemente, caso modelar foi a experiência do Tribunal de Contas nas auditorias de acompanhamento da execução contratual realizadas nas empresas concessionárias de rodovias federais. Foram realizadas auditorias nas principais rodovias federais concedidas, como a Via Dutra (já citada), a Via Osório-Porto Alegre, a Via Rio-Teresópolis e a Via Rio-Juiz de Fora, com o objetivo de verificar a pertinência dos valores dos pedágios e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessões. Estas auditorias estão em processamento no Tribunal de Contas, algumas com decisões tomadas e em fase recursal, outras em processo de encaminhamento ao plenário.

Em todos esses trabalhos de auditoria – a despeito de se reportarem a fase de outorga ou de acompanhamento – foram detectadas várias oportunidades legítimas de correção da licitação ou da execução do contrato de forma a proporcionar um maior retorno financeiro com a venda dos ativos ou de beneficiar o usuário com uma melhor qualidade de serviços e com tarifas de pedágio mais módicas, sem, contudo, retirar das concessionárias quaisquer direitos assegurados nos editais ou contratos celebrados.

Estas experiências do TCU induzem-nos a refletir: para haver equidade e justiça no modelo regulador é crucial a especialização de um corpo técnico tanto no Executivo, como no Legislativo, de carreira, capaz de se aprofundar na elaboração e na fiscalização dos editais e contratos e no acompanhamento da execução contratual. É possível e de

fundamental importância para a consolidação de um Estado Regulador que este seja transparente, capaz de proteger os cidadãos oferecendo tarifas módicas e qualidade no serviço público, ao mesmo tempo em que preserva a atratividade do investimento, perfazendo um equilíbrio econômico-financeiro saudável para ambas as partes contratantes.

Concluindo, o Estado Regulador é um caminho sem retorno, portanto, cabe dotar as agências reguladoras e os tribunais de contas das condições necessárias para cumprirem a sua missão institucional, respectivamente, na regulação e no controle dos serviços públicos concedidos.

6 A IMPORTÂNCIA DA INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A independência das agências reguladoras é um atributo indispensável ao exercício imparcial da mediação entre todos os agentes envolvidos no campo da regulação-governo, empresas e usuários – que normalmente representam interesses antagônicos, bem como condição *sine qua non* para perseverar a neutralidade do processo regulatório.

Além dos princípios da regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade arrolados na Lei nº 8.987/1995 (Lei das Concessões) que caracterizam a prestação do serviço adequado e outros definidos pela doutrina como princípios jurídicos do serviço público, toma relevo na atuação das agências o princípio da neutralidade. Dinorá Adelaide Musetti Grotti define este princípio da seguinte forma:

66

Na verdade, o princípio da neutralidade possui duas vertentes: de um lado, a prestação dos serviços não pode ser condicionada à declaração de uma determinada concepção filosófica, ideológica ou religiosa – e, nesse sentido, subsume-se ao princípio da igualdade; de outro, nessa atividade deve-se respeitar a pluralidade política, cultural e de crenças da nação, consagrada e tutelada na Constituição – e, nesse aspecto, mantém uma certa autonomia em relação ao referido princípio. Tem por finalidade impedir que se possa utilizar a prestação de serviços públicos como instrumento de indução de idéias, de propagação de interesses, de comunicação de ideologias políticas ou de um sistema de crenças direcionadas em prejuízo da ampla liberdade de expressão, discussão e resposta pela sociedade. (GROTTI, 2002, p. 55).

Portanto, é imperiosa a análise de como se dá a independência dos entes reguladores perante o exercício dos demais poderes constituídos. Digo, como poder-se-á garantir a independência de modo a efetivar os “poderes especiais” das agências, pois, decerto todo o modelo de regulação que vem sendo implantado no Brasil estaria irremediavelmente inepto caso hajam interferências indesejáveis no âmbito da atuação regulatória.

Para Alexandre Santos de Aragão (2003, p. 331) a principal característica das agências reguladoras é a sua independência ou, como denomina, autonomia reforçada: “[...] o que caracteriza as agências reguladoras é a independência ou autonomia reforçada que possuem em relação aos Poderes centrais do Estado e, em especial, frente à Administração Pública central.”

Segundo o pensamento de Leila Cuéllar, além da ausência de vínculo hierárquico frente ao Poder central do Estado, a independência das agências reguladoras tem diferentes nuances:

A independência corresponde inicialmente à ausência de vínculo hierárquico formal entre a agência reguladora e a pessoa administrativa central, mas identifica-se, igualmente, com a autonomia de atuação e a autonomia financeira, além de, do ponto de vista prático, e não jurídico, referir-se a previsão de garantias para evitar a captura dos organismos por interesses políticos ou econômicos. (CUÉLLAR, 2001, p. 93).

Além disso, a necessária equidistância entre os órgãos reguladores e os demais agentes envolvidos na regulação manifesta-se em outros aspectos.

Em relação às empresas reguladas – lídimos exploradores da atividade econômica –, a importância da independência das agências reguladoras chega a ser vital para a adequada efetividade da regulação, isto não quer dizer que a ação das agências deve se pautar pela primazia de sua atuação em relação a esses agentes, mas, de certo, é necessária deferência especial devido à materialidade dos valores envolvidos e ao poderio econômico das empresas exploradoras de serviços públicos.

De fato os contornos da motivação dessas empresas concessionárias em defender seus interesses é bem mais intensa do que a verificada nos demais agentes envolvidos na regulação, isto é, governo e usuários. Podemos facilmente demonstrar essa assimetria do sistema regulatório por meio de uma exemplificação: imaginemos que uma tarifa de pedágio seja calculada em um valor de apenas cinco centavos acima do valor contratualmente pactuado, neste caso cada usuário do serviço público seria onerado de forma quase que insignificativa, o governo, por sua vez, se não há clamor popular quanto ao aumento, fica em confortável situação com o aumento de arrecadação proporcionado pelos tributos incidentes sobre as tarifas de pedágio. Por outro lado, a empresa concessionária, considerando o universo de utentes do serviço público, acresce sua receita e por conseguinte seu lucro de maneira extraordinária. Portanto, deve a agência reguladora possuir instrumentos suficientes para evitar, ou pelo menos, amenizar o poder de captura¹¹ do órgão regulador pelas empresas exploradoras dos serviços públicos ou de relevantes atividades econômicas.

De outro lado, não pode a agência reguladora se portar como um defensor ou promotor do interesse do consumidor, promovendo um autêntico “populismo regulatório”. Agindo dessa forma a agência estaria, no longo prazo, acarretando a inviabilidade do prestador do serviço público, o que poderia ser entendido como uma forma disfarçada de quebra de contratos, acarretando assim a fuga de potenciais investidores em atividades produtivas submetidas à regulação estatal. Ademais, neste caso, o cumprimento de metas nos setores regulados estaria seriamente comprometido, prejudicando a qualidade e a universalização desses serviços públicos, fato esse que, paradoxalmente, atingiria de forma reflexa os próprios usuários dos serviços públicos, especialmente a parcela da população menos aquinhoad economicamente.

Porém, a dimensão da independência mais delicada e polêmica é a que se refere a relação com o poder político. Conforme já exaustivamente discorrido ao longo deste trabalho – sendo uma autêntica unanimidade entre os doutrinadores, formuladores e aplicadores do direito – é primordial para a adequação do desenho regulatório a neutralidade das agências reguladoras perante às vicissitudes do poder político. Para Floriano Marques Neto:

Bem é verdade que será no âmbito governamental (envolvendo Executivo e Legislativo) que serão definidas as pautas, as balizas, da atividade regulatória: as leis que suportam os instrumentos regulatórios e as macro-políticas (sic) para

o setor. Porém, definidos esses marcos, devem as agências desenvolver sua atividade com um grau elevado de independência em face do poder político, sob pena de se converterem em meras *longa manus* do núcleo estratégico estatal. (MARQUES NETO, 2003, p. 31).

Em um país como o Brasil, é muito normal que os detentores do poder político – principalmente no âmbito do Poder Executivo, caso inexistisse a independência das agências reguladoras – utilizem-se de métodos populistas, como o de abaixar tarifas públicas às vésperas de eleição para alcançar seus objetivos eleitoreiros, sem a devida preocupação com os contratos pactuados e, conseqüentemente, com o imprescindível equilíbrio econômico-financeiro na prestação desses serviços públicos essenciais. Consoante assevera Marques Neto (2002, p. 87), “A independência, aqui, deve servir para que o órgão regulador seja um instrumento de política governamental, e não um instrumento de política de um governo.”

Para que a independência seja de fato alcançada, não basta somente o resguardo das agências reguladoras contra a interferência política direta sobre seus atos de regulação, sobretudo porque existem outras formas mais sutis de aprisionamento dessas entidades aos interesses políticos. Portanto, cabe ainda promover a desejável autonomia financeira dessas entidades, pois, a dependência direta e única do Orçamento Geral da União pode se transformar em uma forma indireta de influência política. Esta independência poderia ser promovida por fontes próprias de recursos oriundos da própria atividade regulatória. Atualmente, nas leis de instituidoras das agências reguladoras, está prevista a utilização de taxa de fiscalização, no entanto, essa forma de arrecadação vem sendo judicialmente questionada pela alegação de que teria natureza jurídica de tributo, estando, portanto, sujeita às limitações constitucionais ao poder de tributar, especialmente, as estabelecidas nos artigos 145, 150, 151 e 152 da Constituição Federal.

68

Da mesma forma, deve-se ter cuidado no que tange à limitação da independência por meio de outro instrumento que está proposto no Projeto de Lei nº 3.337/2004 (Brasil, 2004), trata-se da celebração do contrato de gestão e de desempenho com o ministério a que cada agência reguladora estiver vinculada. Segundo a Exposição de Motivos da Casa Civil nº 12/2004 (Brasil, 2004b), esta medida é direcionada a valorizar e ampliar o emprego de instrumento que permite melhor ajustar as atividades administrativas e finalísticas dos órgãos e entidades da Administração Pública, associando ao maior grau de autonomia que é conferido pela legislação às agências a um planejamento administrativo que atenda à necessidade de maior eficiência, transparência e responsabilização no seio da Administração Pública.

Para Marques Neto (2002, p. 88) o contrato de gestão entre os ministérios afins e as agências reguladoras “[...] trata-se de iniciativa absolutamente descabida”. Justifica o autor argumentando que esses contratos têm como finalidade outorgar alguma autonomia a um ente público, especialmente uma empresa estatal, fixando em contrapartida metas a serem atingidas, no entanto, para o autor:

Porém, as finalidades e pressupostos de uma agência reguladora são muito diversas de uma empresa. Seus objetivos não se traduzem em resultados econômicos, nem sua gestão possui relação direta com os resultados. [...]

De outro lado, parece fora de dúvida que as metas e objetivos do órgão regulador não devam estar previstos em contratos. Eles correspondem a própria política pública para o setor, e, como tal, deverão vir contidos na lei ou nos instrumentos normativos por ela indicados. [...]

Em uma palavra: pretender adstringir as agências a contratos de gestão significa - além de ser uma ignorância do que sejam e para que sirvam os dois instrumentos (agências e contrato de gestão) – quitar a independência e a autonomia desses órgãos, sem as quais não se exerce a atividade regulatória. (MARQUES NETO, 2002, p. 88-89).

Segundo o pensamento de Alexandre Santos de Aragão, a utilização do contrato de gestão entre Poder Público e suas instâncias operativas, constitui-se, tratando-se das agências reguladoras, em uma relação paradoxal:

O curioso é notar como, paradoxalmente, os contratos de gestão constituem, para o comum dos órgãos e entidades da Administração Pública, a possibilidade do aumento de suas esferas autônomas de atuação, enquanto que para as agências reguladoras representam um mecanismo de controle da Administração central sobre sua “autonomia reforçada”, que, antes de ser fruto do contrato de gestão, tem esteio diretamente na lei que as instituiu. (ARAGÃO, 2003, p. 360).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 165-166) ensina que a independência, exigida pela função regulatória, necessária para o exercício politicamente neutro das agências deve ser entendido sob o prisma de quatro aspectos principais que são: a independência política dos gestores, garantida pela proibição de exoneração *ad nutum*; a independência técnica dos gestores; a independência normativa; e a independência gerencial, financeira e orçamentária. Entretanto adverte:

Essas idéias de independência não devem conduzir, entretanto, à idéia de que se está diante de uma *nova função política*, ou, até mesmo, de um “*novo poder orgânico*” do Estado. Muito pelo contrário: o que se procurou demonstrar é que se está diante de uma *nova função administrativa*, um modelo de administração que já estava latente na Constituição de 1998, como, de resto, em todas as Constituições de Estados Democráticos de Direito, que prestigiam os princípios da *eficiência*, da *impessoalidade* e da *participação*. (MOREIRA NETO, 2003, p. 166)

Por fim, concluímos pela imprescindibilidade da independência das Agências Reguladoras Independentes para solidificação do novo modelo econômico que se almeja implantar no Brasil. Para isto, deve estar claro e enraizado em nosso ordenamento econômico, político e social que essas entidades reguladoras são instrumentos de políticas de Estado, que são aquelas definidas por lei, consignando as premissas e as intenções que o País, em um momento histórico, quer consagrar como prioritárias para o alcance de objetivos estruturais de longo prazo, objetivos esses maiores do que os circunscritos em políticas de um governo qualquer.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A parte mais difícil para conceber este trabalho foi justamente o de manejar o tema escolhido para a dissertação. Inicialmente, diante da ainda incipiente pesquisa teórica sobre o assunto, imaginou-se, mais por ingenuidade do que por arrogância, conseguir propor ou até mesmo delimitar o espaço de atuação dos novos órgãos reguladores, especialmente no que tange aos seus poderes normativos, regulamentares e de mediação, definidos ao longo do trabalho como “os poderes especiais” das agências reguladoras. No entanto, a partir do instante em que a pesquisa bibliográfica tomou corpo, teve-se a exata noção da complexidade da matéria e da grande controvérsia ainda existente para o

seu oportuno desenvolvimento. Com efeito, como demonstrado ao longo da dissertação, os maiores estudiosos do Direito Administrativo brasileiro dedicaram-se ao tema, sem contudo, terem-no pacificado.

Portanto, em um segundo momento, já ciente das dificuldades a serem defrontadas, propôs-se, mais modestamente, porém de forma que se espera ter sido consistente, a dar um panorama do atual estágio de desenvolvimento do modelo de agências reguladoras no Brasil, procurando sistematizar e condensar parte do pensamento hodierno da doutrina pátria, da tendência jurisprudencial, bem como da forma como vem sendo implementado o modelo por meio da produção legislativa e regulamentar. Em que pese o comedimento, buscou-se discutir e apresentar certas conclusões em relação à atuação das agências reguladoras no Estado de Direito brasileiro.

Inicialmente enfatiza-se o que, de fato, não é propriamente uma conclusão e sim uma constatação – que de certa forma serve para validar o enfoque principal deste trabalho, isto é, os denominados “poderes especiais” das agências reguladoras –, trata-se na inovação da existência no ordenamento jurídico pátrio de órgãos reguladores, não da maneira convencional como ocorre com o Banco Central ou com o Cade, mas dotados de um atributo que os tornam singulares e tão controvertidos, digo, a sua independência ou autonomia em relação aos poderes constituídos.

Passamos, portanto, a relacionar as principais constatações e conclusões colhidas durante a elaboração e o desenvolvimento do trabalho.

70 | Ao longo da década de 90, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o tamanho e o papel do Estado passaram a ser o foco do debate institucional. No Brasil, como em outras partes do mundo, não havia mais espaço para o Estado intervencionista que a essa época era considerado responsável pelo atraso social, pela concentração de renda, pela corrupção e pela ineficiência econômica. Deste quadro surgiu a necessidade de inserir no ordenamento jurídico novos marcos legais que possibilitassem o surgimento de um Estado regulador das atividades econômicas de relevante interesse público e dos serviços públicos que seriam concedidos à iniciativa privada.

Os denominados “poderes especiais” das Agências Reguladoras Independentes-normativas, regulamentares e de mediação – apresentam-se sobremaneira potencializados no domínio de sua atuação, porquanto essas entidades são dotadas de um atributo que as diferenciam dos clássicos órgãos reguladores, isto é, a sua independência em relação aos poderes constituídos.

Não é possível transplantar integralmente um instituto desenvolvido em um Estado para a aplicá-lo em outro de características culturais, sociais, econômicas, políticas muito diferentes daquelas presentes no país de origem. Daí a importância da adaptação de um modelo e de seus institutos na consolidação de uma modelagem própria que respeite as peculiaridades do Estado brasileiro.

O modelo brasileiro de agências reguladoras ainda está em fase de formação, tampouco a regulação é um conceito acabado, mas já prenuncia uma nova concepção de Estado. No momento existem projetos de lei tramitando no Congresso Nacional propondo alterações significativas no padrão vigente. Portanto, o modelo de agências reguladoras ainda não está consolidado no arcabouço legal brasileiro. Ademais, perseveram entre os doutrinadores pátrios grandes divergências acerca da forma recomendável de atuação das agências reguladoras.

Embora só haja previsão expressa em sede constitucional de órgãos reguladores para os setores de petróleo e de telecomunicações, não há óbices à criação de outros órgãos reguladores nos demais setores e atividades por meio de legislação infraconstitucional.

Não há inconstitucionalidade na estabilidade dos dirigentes, bem como na concentração das funções e poderes no espectro de atuação das agências reguladoras. Em todas as Cortes Constitucionais envolvidas nessas contendas afirmou-se a constitucionalidade das agências reguladoras independentes utilizando-se de análoga argumentação.

O pensamento majoritário da doutrina brasileira reconhece, atualmente, que o poder regulamentar pode ser exercido tanto pelo Presidente da República, como expressamente previsto na Constituição Federal, assim como pelos Ministros de Estado e outras entidades e órgãos da Administração Pública. Em vista desse entendimento majoritário, não haveria óbices às agências reguladoras independentes deterem a competência regulamentar, desde que dentro de certos limites quanto ao alcance e conteúdo das normas por elas expedidas.

O poder normativo das agências reguladoras, assim como de outros órgãos e entidades da Administração Pública já vem sendo aplicado, dia-a-dia, na regulação dos serviços públicos. Portanto, faz-se urgente que, de forma prática, delimite-se e controle-se a utilização desses regulamentos, porquanto, de nada adianta discutir a sua validade enquanto são aplicados sem qualquer tipo de delimitação e controle. Ademais, o fato desses atos serem controlados não os valida, apenas se afigura como atenção ao princípio da razoabilidade e da prudência.

Independentemente da discussão a respeito da origem da legitimidade do poder normativo conferido às agências reguladoras, se por delegação legislativa ou se pela própria missão a elas conferidas, o que de fato importa é que esses entes, para desempenharem o papel de regulador, disponham de instrumentos adequados e necessários ao alcance de seus objetivos. Obviamente, não estamos falando de um poder sem limites e controles para as agências, mas de uma flexibilidade e celeridade para que possam atuar de maneira eficiente – este sim um princípio constitucional que deve estar presente em todos os atos e contratos da Administração Pública – atingindo os fins para os quais foram criadas.

É reconhecidamente dificultosa a tarefa do Poder Judiciário de julgar decisões de caráter técnico efetuada por entidades especializadas como as agências reguladoras em setores que demandam uma grande, e cada vez mais crescente, especialização técnica. Portanto, um dos principais argumentos para a criação dessas entidades reguladoras independentes foi justamente a evolução tecnológica, a complexidade, a especificidade e o elevado conteúdo técnico dos setores regulados, o que, conseqüentemente, demandou a exigência de um alto grau de especialização na Administração Pública. Nesse contexto, o poder de mediação das agências reguladoras toma relevo, sem o qual corre-se o risco de que exista um controle judicial, porém de caráter meramente formalista, sem condições de avaliar a razoabilidade, a proporcionalidade e o alcance das finalidades públicas embutidas nas decisões a que estão submetidos os agentes regulados.

Não há como retornar ao modelo anterior do Estado provedor de serviços públicos, nem há recursos orçamentários para isso. Seria demasiado o custo de oportunidade do deslocamento desses escassos recursos orçamentários em detrimento de sua aplicação em áreas onde a atuação do Estado é mais urgente e imprescindível como saúde, educação,

justiça e segurança. Apesar disso, entendemos que cabe ao governo procurar de forma legítima meios de controlar os serviços públicos concedidos, tornando-os mais acessíveis à população e melhorando a qualidade. Nesse mister, pela sua magnitude econômica e relevância social, além da atuação das agências reguladoras independentes, faz-se necessária a atuação do controle externo por meio dos tribunais de contas.

O controle externo deve visualizar de forma clara a priorização de sua atuação na área de regulação como uma das principais facetas de sua missão institucional, pois a tarifa cobrada pelas empresas concessionárias nada mais é do que um recurso público da sociedade, devendo, em vista disso, ser bem aplicado, além de proporcionar a universalização e a qualidade dos serviços públicos e, ao mesmo tempo, caracterizar-se pelo atributo da modicidade tarifária.

Para haver equidade e justiça no modelo regulador é crucial a especialização de um corpo técnico tanto no Executivo (agências reguladoras), como no Legislativo (tribunais de contas), de carreira, capaz de se aprofundar na elaboração e na fiscalização dos editais e contratos e no acompanhamento da execução contratual. É possível e de fundamental importância para a consolidação de um Estado Regulador que este seja transparente, capaz de proteger os cidadãos oferecendo tarifas módicas e qualidade no serviço público, ao mesmo tempo em que preserva a atratividade do investimento, perfazendo um equilíbrio econômico-financeiro saudável para ambas as partes contratantes.

O Estado Regulador é um caminho sem retorno, portanto, cabe dotar as agências reguladoras e os tribunais de contas das condições necessárias para cumprirem a sua missão institucional na regulação e controle dos serviços públicos concedidos.

72

Por fim, concluímos pela imprescindibilidade da independência das Agências Reguladoras Independentes para solidificação do novo modelo econômico que se almeja implantar no Brasil. Para isto deve estar claro e enraizado em nosso ordenamento econômico, político e social que essas entidades reguladoras são instrumentos de políticas de Estado, que são aquelas definidas por lei, consignando as premissas e intenções que o País, em um momento histórico, quer consagrar como prioritárias para o alcance de objetivos estruturais de longo prazo, objetivos esses maiores do que os circunscritos em políticas de um governo qualquer.

Estamos vivendo um momento de construção da teoria de regulação setorial por meio do modelo de agências reguladoras independentes. Esta é a hora para que a doutrina, os legisladores, os aplicadores do direito, os agentes econômicos e os administradores públicos dediquem-se à consolidação deste importante instrumento em favor da sociedade e do País. Para Luís Roberto Barroso (2003, p. 66) “Se este projeto fracassar, será um longo caminho de volta.”

Enfim, esperamos ter contribuído, como nos propomos desde o início, em promover a difusão e a reflexão – entre os membros do controle externo, bem como aos demais interessados – a respeito do modelo a ser adotado para as agências reguladoras, especialmente no que concerne a suas peculiaridades, seu marco legal e os reflexos e limites da atuação desses entes no atual ambiente institucional contemporâneo brasileiro.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

AUAD, Denise. Autoridades administrativas independentes na França. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 475-489.

BADIN, Luiz Armando. As autoridades administrativas independentes na França: finalidades institucionais e meios de atuação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 491-508.

BARROSO, Luís Roberto. Introdução: aspectos constitucionais. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. São Paulo: Renovar, 2003.

BRASIL. *Lei nº 8.987/95, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L8987cons.htm>>. Acesso em: 10 out. 2007.

_____. *Lei nº 9.307/96, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L9307.htm>>. Acesso em: 10 out. 2007.

_____. *Lei nº 9.427/96, de 26 de dezembro de 1996*. 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/Leis/L9427cons.htm>>. Acesso em: 10 out. 2007.

_____. *Lei nº 9.472/97, de 16 de julho de 1997*. 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/leis/L9472.htm>>. Acesso em: 10 out. 2007.

_____. *Lei nº 9.478/97, de 6 de agosto de 1997*. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L9478.htm>>. Acesso em: 10 out. 2007.

_____. *Lei nº 9.782/99, de 26 de janeiro de 1999*. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9782.htm>. Acesso em: 10 out. 2007.

_____. *Lei nº 9.961/00, de 28 de janeiro de 2000*. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm>. Acesso em: 10 out. 2007.

_____. *Lei nº 9.984/00, de 17 de julho de 2000*. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9984.htm>. Acesso em: 10 out. 2007.

_____. *Lei nº 10.233/01, de 5 de junho de 2001*. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de

Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/LEIS_2001/L10233.htm>. Acesso em: 10 out. 2007.

BRASIL. *Medida Provisória nº 2.219/01*, de 4 de setembro de 2001. Estabelece princípios gerais da Política Nacional do Cinema, cria o Conselho Superior do Cinema e a Agência Nacional do Cinema - ANCINE, institui o Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Nacional - PRODECINE, autoriza a criação de Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional - FUNCINES, altera a legislação sobre a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2007.

_____. Presidência da República. Casa Civil. *Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro*: relatório do grupo de trabalho interministerial. Brasília, Presidência da República, Casa Civil, 2003. Disponível em: <http://www.imazon.org.br/seminario/documentos/artigos/1.avaliacao_das_agencias_reguladoras_-_casa_civil.pdf>. Acesso em: 10 out. 2007.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Anteprojeto de Lei*: consulta pública: dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/consulta_publica/agencias_reguladoras.htm>. Acesso em: 10 out. 2007.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Exposição de motivos nº 12/C. Civil-PR*. Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/CCIVIL/2004/12.htm>. Acesso em 10 de out. de 2007.

74

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Projeto de Lei nº 3.337/2004*, de 23 de março de 2004. Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras, acresce e altera dispositivos das Leis nº. 9.472, de 16 de julho de 1997, nº. 9.478, de 6 de agosto de 1997, nº. 9.782, de 26 de janeiro de 1999, nº. 9.961, de 28 de janeiro de 2000, nº. 9.984, de 17 de julho de 2000, nº. 9.986, de 18 de julho de 2000, e nº. 10.233, de 5 de junho de 2001, da Medida Provisória 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2004/msg166-040412.htm>. Acesso em: 10 jun. 2004.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de Instrumento. Administrativo. Edição de resolução por agência reguladora. Não observância dos limites da competência normativa. Alteração indevida do conteúdo e qualidade de contratos de prestação de serviços pactuados entre consumidores e operadoras. *Agravo de Instrumento nº 2001.03.00.012550-9 AG 129949*. Agravante: IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor). Agravado: ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar). Relator: Des. Fed. Mairan Maia. São Paulo, 14 de junho de 2002. Disponível em: <<http://www.trf3.gov.br/trf3r/index.php?id=26>>. Acesso em: 20 abr. 2004.

CONGRESSO BRASILEIRO DE REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS, 3., 2003, Gramado. *Agências reguladoras*: instrumentos de fortalecimento do Estado. São Paulo: Revista da Associação Brasileira de Agências de Regulação, [2003?].

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 27-60.

_____. O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das agências reguladoras. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *O controle externo da regulação de serviços públicos*. Brasília: TCU, 2002.

GROTTI, Dinorá Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 39-71.

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

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. The Federalist Paper. Reedição da primeira edição de 1788. New York: Penguin Books, 1987.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Agências reguladoras: instrumentos de fortalecimento do Estado. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS, 3., 2003, Gramado. *Congresso ...* São Paulo: Revista da Associação Brasileira de Agências de Regulação, [2003?].

_____. O direito das telecomunicações e a Anatel. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 300-316.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Rafael Munhoz. O poder normativo das agências reguladoras e as relações de especial sujeição. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n.1, p. 283-289, jan./mar. 2003.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 99-139.

MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RODRIGUES, Walton Alencar. O TCU e o controle das agências reguladoras. In: SEMINÁRIO O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS, 2003, Brasília. *Seminário O Controle das Agências...* Brasília: TCU, 2003. Disponível em: <http://www2.tcu.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/TCU/_CONTROLE_SOCIAL/DIALOGO_PUBLICO/SEMINARIOS/EVENTOS2005/CONTROLE_AGENCIAS_REGULADORAS/-PROGRAMA.PDF>. Acesso em: 20 out. 2007.

SALGADO, Lúcia Helena. *Agências reguladoras na experiência brasileira: panorama do atual desenho institucional*. Rio de Janeiro: IPEA, 2003. (Texto para discussão, nº 41) Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2007.

SHECAIRA, Cibele Cristina Baldassa Muniz. A competência das agências reguladoras nos EUA. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 455-471.

SOUTO, Humberto Guimarães. Discurso do Presidente Humberto Souto na abertura do Seminário O controle externo da regulação de serviços públicos. In: SEMINÁRIO O CONTROLE EXTERNO DA REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, 2002, Brasília. *O Controle externo na regulação de serviços públicos*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 17-38.

ZYMLER, Benjamin. O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras. In: O CONTROLE EXTERNO DA REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, 2001, Brasília. *O controle externo da regulação de serviços públicos*. Brasília: TCU, 2002. p. 17-36.

NOTAS

¹ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist Paper*. Reedição da primeira edição de 1788. New York: Penguin Books, 1987.

² Embora o autor, neste caso, esteja fazendo menção às agências norte-americanas, entende-se esta prerrogativa como comum a todas as nações em que está presente o Estado Democrático de Direito.

³ Dentre essas sanções não se incluem as privativas de liberdade, embora possam ser extremamente gravosas para os particulares.

⁴ Pelo menos até a aprovação do Projeto de Lei nº 3.337/2004, que passa a atribuir ao Poder Executivo, na condição de Poder Concedente, a prerrogativa de editar atos de outorga e de celebrar contratos de concessão para prestação de serviço no regime público.

⁵ Pelo menos até a aprovação do Projeto de Lei nº 3.337/2004, que passa a atribuir ao Poder Executivo, na condição de Poder Concedente, a prerrogativa de editar atos de outorga e celebrar contratos de concessão para prestação de serviço no regime público.

⁶ É a possibilidade de livre exoneração do dirigente da agência deliberada a juízo do Presidente da República.

⁷ Pelo menos até a aprovação do Projeto de Lei nº 3.337/2004, que passa a atribuir ao Poder Executivo, na condição de Poder Concedente, a prerrogativa de editar atos de outorga e celebrar contratos de concessão para prestação de serviço no regime público.

⁸ É um mecanismo de impedimento do recrutamento, por um período predeterminado, pelas empresas reguladas, de quadros dirigentes do órgão regulador.

⁹ É um mecanismo de persuasão utilizada pelos agentes regulados, baseado em seu poder de propaganda institucional, de forma a convencer o regulador da legitimidade de seus interesses.

¹⁰ Assimetria de informações consiste em o regulado, por gerir a atividade econômica, ter invariavelmente maiores e melhores informações do que os órgãos reguladores.

¹¹ É um mecanismo de persuasão utilizado pelos agentes regulados, baseado em seu poder de propaganda institucional, de forma a convencer o regulador da legitimidade de seus interesses.

MARCELO BEMERGUY

INTRODUÇÃO

As reformas dos setores de infra-estrutura¹ no Brasil na década de 90 podem ser traduzidas, em grande medida, pela redução da intervenção estatal direta no provimento de serviços públicos – e mesmo de outras atividades econômicas –, ora pela saída pura e simples do Estado, ora pelo aumento da participação de firmas privadas em setores antes reservados ao monopólio estatal. Dois importantes instrumentos foram utilizados para levar a cabo essa estratégia: as **privatizações** – a transferência da propriedade estatal de firmas – e as **delegações**² da prestação de serviços públicos.

Tais reformas foram justificadas com base em argumentos relacionados à escassez de recursos públicos para financiar a manutenção e a expansão dos serviços, bem como pela crença de que os agentes privados delegados imprimiriam maiores ganhos de eficiência na gestão da oferta dos serviços públicos (Ipea, 1997).

Nesse novo contexto, haveria duas questões imperativas: (i) assegurar o ingresso de investimentos privados, principalmente para expandir as redes de infra-estrutura, e (ii) manter um adequado nível de controle estatal sobre a oferta dos serviços. As duas questões estão essencialmente ligadas ao grau de confiabilidade dos ambientes político e econômico e à existência de uma matriz institucional capaz de estruturar a relação entre Estado e mercado. Para isso, o Estado reorganizou suas estruturas administrativas, a fim de coordenar e incentivar a oferta dos serviços em vez de provê-los diretamente.

Essa nova matriz institucional consolidou-se, em regra, na forma de autarquias especiais, denominadas agências reguladoras. Desde a criação dessas instituições, muito se argumentou que deveriam gozar de prerrogativas especiais para conseguir administrar interesses de grupos antagônicos envolvidos no jogo regulatório, inclusive os interesses do próprio governo. A autonomia, a independência, a competência técnica e a capacidade de obter informações sobre o setor regulado seriam alguns dos requisitos desejáveis para alcançar esse objetivo.

Uma questão que ganha relevância nesse contexto, em que se delega grande poder decisório a uma elite burocrática, é caracterizar instrumentos de controle democrático que permitam, ao lado da autonomia, a responsabilização dos gestores do sistema regulatório. Um problema subjacente que surge é determinar se a autonomia dos reguladores – desejável sob vários aspectos – é uma dimensão antagônica ao controle (ou controles) sobre eles exercido.

Dos diversos tipos de controle possíveis sobre o processo regulatório – social, judicial, do Ministério Público e das comissões parlamentares –, aqui será discutida a atuação do Controle Externo exercido pelo Poder Legislativo com auxílio dos tribunais de contas.

A partir do contexto das reformas ocorridas no Brasil na década de 90, de referenciais buscados na Nova Economia Institucional e de exemplos da atuação do Tribunal de Contas da União – entidade fiscalizadora superior brasileira – no controle

das agências reguladoras federais, será demonstrado claramente que esse controle, em vez de se antagonizar com a autonomia dos reguladores, legitima os atos destes, confere maior estabilidade ao sistema regulatório e acaba por se consagrar como fator de incentivo aos investimentos, posto que resulta em maior previsibilidade na interpretação e no cumprimento das regras.

A contextualização a partir das reformas será útil para demonstrar de que forma a atuação do TCU pode contribuir para minimizar problemas decorrentes de herança institucional, principalmente aqueles oriundos da falta de clareza de mandatos entre ministérios e agências reguladoras. Tensões estruturais inerentes ao sistema regulatório – relacionadas à delegação e às diferentes características dos grupos de interesse que atuam no processo regulatório – também podem ser estabilizadas pela atuação do controle. Os argumentos para essa afirmativa derivam da Nova Economia Institucional. Por fim, resultados da atuação do TCU ilustrarão, com casos concretos, como se deram as contribuições ao ambiente regulatório.

AS REFORMAS NO BRASIL

Discorrer sobre o histórico das reformas ocorridas no Brasil na década de 90 é útil para entender o modelo de gestão da oferta de infra-estrutura antes e depois das privatizações. Nesse modelo deve-se dedicar especial atenção a quatro tarefas fundamentais: (i) estabelecimento de políticas e diretrizes; (ii) planejamento e coordenação da oferta e da expansão nos diversos setores; (iii) regulação e, finalmente, (iv) a oferta propriamente dita.

80 Como tradicionalmente todas essas tarefas eram endógenas ao setor estatal, houve pouco debate sobre o *locus* onde eram praticadas. Ocorre que as reformas dos anos 90 promoveram dois importantes movimentos de delegações, um para fora e um para dentro Estado. O primeiro deu-se pelas privatizações e delegações e se refere à tarefa iv. A tarefa iii parece obviamente³ delegada às novas agências reguladoras – uma delegação para dentro Estado (do núcleo político para o burocrático). Contudo, as tarefas i e ii, que eram desempenhadas pelas empresas estatais objeto da privatização, precisariam ser absorvidas por outros entes estatais. A compreensão desse esquema revela o que está em jogo na delegação e, portanto, quais são efetivamente os objetos de controle e sob que perspectiva e critérios devem ser controlados.

Um breve histórico das reformas

Desde meados da década de 90, intensificou-se no Brasil o Programa Nacional de Desestatização (PND), que consiste na transferência para o setor privado de atividades econômicas e de serviços públicos prestados, até então, preponderantemente ou exclusivamente pelo Estado. Além das privatizações propriamente ditas, outros mecanismos de delegação de responsabilidades prestacionais do Estado para a iniciativa privada – principalmente concessões – passaram a ser mais utilizados.

A soma desses movimentos – privatizações e delegações – fez surgir uma profusão de empreendedores privados como provedores de serviços públicos, além dos agentes públicos remanescentes. Para regular esse novo ambiente, foi necessário construir todo um aparato institucional e normativo, visto que praticamente não havia uma distinção clara entre **poder concedente** e **concessionário**, num cenário ainda dominado pelo setor público (governo e empresas estatais).

Tendo em vista o objetivo de garantir a prestação de serviços contínuos, universais, de boa qualidade, a preços razoáveis⁴, mas capazes de produzir taxas de remuneração suficientes para atrair empreendedores privados, e para mitigar incertezas e oportunismos⁵, a relação entre a Administração Pública e os agentes delegados – públicos e privados – passou por um processo de **contratualização** que resultou num conjunto de direitos e obrigações recíprocas. Os usuários desses serviços, contudo, apesar de não constarem explicitamente dos contratos, também herdaram direitos e obrigações, fenômeno denominado por Pietro (1999) de **trilateralidade dos contratos de concessão**.

A prestação dos serviços públicos é atribuição originária da Administração, que pode delegá-la (a prestação) a terceiros. Na perspectiva do poder concedente não se pode, portanto, perder de vista que a finalidade de todo o relacionamento construído com os agentes delegados é assegurar o fornecimento de serviços a um conjunto de usuários (famílias e empresas), que os demandam, e para quem, em muitos casos, são essenciais.

Nesse contexto, caracterizado pelo aumento na complexidade das relações e no custo das transações⁶, surgiram as agências reguladoras, como parte de um arranjo institucional dedicado a garantir o cumprimento de normas e de contratos entre prestadores de serviços e a administração pública, bem como implementar políticas e diretrizes de governo para os setores de infra-estrutura. A cronologia da criação e implementação destas agências é apresentada na Tabela 1.

Tabela 1 Criação das agências reguladoras de infra-estrutura no Brasil

Designação da agência	Lei de criação	Decreto de implementação
Agência Nacional de Energia Elétrica(Aneel)	9.427 26 dez.1996	2.335 6 out.1997
Agência Nacional de Telecomunicações(Anatel)	9.472 10 jul.1997	2.338 7 out. 1997
Agência Nacional do Petróleo(ANP)	9.478 6 ago.1997	2.455 14 jan.1998
Agência Nacional de Transportes Terrestres(ANTT)	10.233 5 jun.2001	4.130 13 fev. 2002
Agência Nacional de Transportes Aquaviários(Antaq)	10.233 5 jun. 2001	4.122 13 fev.2002

Esses novos entes públicos nasceram incumbidos de um grande desafio: regular a oferta de serviços providos por empreendedores públicos e privados, de sorte a garantir uma prestação adequada do ponto de vista da qualidade, da continuidade e dos preços, mas sem perder de vista a perspectiva de garantir uma rentabilidade capaz de atrair investidores privados para os setores regulados, e ainda que esses setores constituíssem, tanto quanto possível, ambientes com reduzidos oportunismos e incertezas.

PREMISSAS ORIENTADORAS DAS REFORMAS

Algumas premissas importantes orientaram a reforma do setor de infra-estrutura no Brasil e na América Latina, de uma forma geral. A primeira dessas premissas foi o esgotamento da capacidade de investimento do governo em função da crise fiscal aguda a que foi exposto o setor estatal nos países em desenvolvimento ao longo das décadas de 80 e 90. A segunda, de cunho essencialmente ideológico, propugnava a desoneração

do Estado da prestação direta de bens e serviços, tendo em vista a maior eficiência das organizações privadas na gestão da operação das indústrias.

A expansão dos investimentos em infra-estrutura, portanto, passaria a depender mais fortemente de investimentos privados em detrimento do tradicional financiamento por meio de recursos fiscais, de endividamento externo ou de recursos próprios setoriais – como no caso do setor de telecomunicações brasileiro (Ipea, 1997).

Na transição do modelo de financiamento dos investimentos em infra-estrutura, a definição de políticas tarifárias passou a ter papel central, pois indica a sustentabilidade da operação, bem como a viabilidade de novos investimentos destinados à expansão das redes (Ipea, 1997). As tarifas passaram, portanto, a sintetizar grande parte do desafio dos reguladores, que é o de equilibrar a adequada remuneração do capital investido com a garantia de acesso aos serviços àqueles que demandam a prestação de serviços públicos de infra-estrutura, independentemente de sua condição social ou de onde vivem.

A concretização dessa expectativa, contudo, não dependeria somente de uma rentabilidade atrativa ao setor privado, mas de todo um regramento capaz de mitigar riscos – principalmente o risco de expropriação dos agentes privados⁷. Esta última característica estaria, em especial, mais fortemente relacionada ao desenho de um arranjo institucional que pudesse garantir maior estabilidade intertemporal das decisões e acordos. Dessa forma, seria desejável que o Poder Executivo empreendesse uma estratégia de auto-incapacitação política, renunciando o poder decisório em favor de burocracias dotadas de graus de autonomia não triviais (as agências reguladoras), como assinala Melo (2001, p. 63): “Essas questões têm sido discutidas na literatura de escolha racional como estratégias de ‘pré-compromisso’ de governantes em relação a escolhas intertemporais, ou seja, escolhas sobre situações futuras”.

82

Dessa forma, mesmo cedendo parcela de poder decisório, a transferência de prerrogativas a instâncias que, em tese, orientam suas decisões a partir de insumos técnicos e estão insuladas do processo político eleitoral, as elites políticas buscam induzir à percepção de normas e de contratos estáveis no longo prazo e, conseqüentemente, conquistar a adesão do capital privado ao setor de infra-estrutura.

Do ponto de vista dos investidores, é essencial, portanto, um desenho institucional que limite o poder decisório de curto de prazo motivado por interesses políticos. Outro incentivo importante ao aporte de investimentos privados é a capacidade de enunciação de políticas e diretrizes que indiquem a forma e o ritmo da expansão vislumbrada pelo governo em cada setor, em outras palavras, uma explicitação da agenda política para o setor de infra-estrutura. Assim, o Estado não pode prescindir da capacidade de produzir cenários – principalmente de longo prazo –, planejar e coordenar a expansão da infra-estrutura.

O ambiente para o desenvolvimento dessas tarefas é essencialmente sistêmico, multidisciplinar (TCU, 2002 e 2003). Assim, ao se definir questões relacionadas ao setor energético – a expansão da produção de petróleo, por exemplo –, aspectos relacionados à política industrial e ambiental deveriam ser levados em conta, tanto quanto as repercussões nas áreas de comércio exterior, relações internacionais e outras.

As agências reguladoras, conhecedoras dos mercados específicos por elas regulados, podem (e devem) assessorar tecnicamente as instâncias de decisão política, mas não são *locus* adequado para sediar o debate de alcance multidisciplinar necessário

para definir a política de expansão da infra-estrutura nacional. Esse desafio é próprio de câmaras ou de conselhos interministeriais e permeáveis à agenda política do Governo. É razoável afirmar que esse ambiente deveria ser construído na administração pública direta (TCU, 2002).

Sem a delimitação dos mandatos de cada ente – o que elabora políticas, o que planeja, o que regula e o que executa – a tarefa de controle fica dificultada, posto que o estabelecimento de critérios para a avaliação de cada segmento dessa cadeia deve estar baseado nas atribuições dos elos vizinhos. Assim, a regulação da operação de uma atividade econômica ou de um serviço público deve ter em vista um plano para o desenvolvimento de um determinado setor que levará, em última instância, à implementação de uma política pública.

A DINÂMICA DAS REFORMAS

As reformas dos setores de infra-estrutura no Brasil, a despeito dos diversos objetivos declarados que as nortearam, acabaram tendo o tempo de sua implementação definido mais pela agenda fiscal do que por qualquer outro fator. A redução do déficit fiscal foi sustentada por dois pilares fundamentais: as privatizações e os cortes com o custeio da gestão pública.

Mesmo as empresas não privatizadas foram preparadas para serem transferidas aos particulares, principalmente por meio de programas de incentivo à demissão, que causaram significativa perda de massa crítica das empresas do governo e o conseqüente esvaziamento técnico do setor estatal (TCU, 2002).

Esse fator foi determinante para que a transição de um modelo baseado no investimento público para um outro em que os investimentos seriam providos por agentes privados ocorresse sem uma base institucional capaz de suportar e gerir uma mudança de tal magnitude. O setor elétrico brasileiro é o exemplo mais concreto deste panorama.

Historicamente, no Brasil, o planejamento da expansão da infra-estrutura era elaborado dentro das empresas estatais. No setor de energia, por exemplo, a Eletrobrás e a Petrobrás cumpriram esse papel em suas respectivas áreas de atuação, ainda que sem uma visão integrada.

Naturalmente, ainda que sejam importantes instrumentos de implementação de políticas de governo, cada uma dessas empresas tem seu processo decisório orientado também por interesses outros que não os do governo. Dirigentes, funcionários, acionistas minoritários ou produtores que dependem dos insumos ou das facilidades geradas nessas indústrias podem determinar a condução de diversas questões empresariais em detrimento dos interesses do governo ou mesmo do interesse social geral.

Argumentos assim reforçam a tese de que deve haver, no interior da administração pública direta, uma burocracia capaz de delinear marcos estratégicos e captar as percepções dos diversos agentes interessados no desenvolvimento da infra-estrutura nacional, sejam eles produtores, consumidores, concessionários, usuários ou mesmo representantes de outros setores governamentais potencialmente afetados.

Ocorre que os ministérios setoriais não têm a tradição de conduzir o debate em torno da enunciação de políticas e de diretrizes para a oferta de serviços e

para a expansão do setor de infra-estrutura. Essa tarefa era cumprida, de forma segmentada e não sistêmica, pelas empresas estatais, uma vez que foram criadas justamente para construir as bases da infra-estrutura nacional. (TCU, 2002)

Durante a privatização – ou a preparação para a privatização –, grande parte da competência de planejamento foi perdida nos planos incentivados de demissão. Nesse tempo, não houve um movimento compensatório de reforço das equipes da administração direta que possibilitasse aos ministérios gerir o processo de mudança.

As agências reguladoras, recém-criadas, com a possibilidade de constituir um quadro de servidores a partir de contratos temporários, acabaram se tornando um pólo de atração dessa mão-de-obra egressa das empresas estatais. As empresas privadas também começavam um processo de contratação desse mesmo público com o objetivo de capacitá-las a atuar nos promissores mercados que se abriam.

O cenário resultante da mudança foi devastador para o setor público: empresas estatais esvaziadas; a administração direta – leia-se ministérios – não recrutou nem capacitou pessoal para absorver as tarefas de assessoramento na formulação de políticas e diretrizes; e as agências reguladoras, ainda que padecedoras do mesmo vício das estatais – visão segmentada, não sistêmica –, acabaram se incumbindo, na prática, de formular e implementar políticas e diretrizes (TCU, 2002).

As agências, portanto, num momento inicial, acumularam grande poder, pois geriam contratos, planejavam a expansão e outorgavam as concessões. Agregue-se a esse ambiente a precariedade das relações de trabalho dos funcionários dessas autarquias, quase todos contratados temporariamente, sem o horizonte de uma carreira dentro do setor público. A perspectiva profissional mais concreta para esse pessoal era, portanto, a contratação pelas empresas reguladas.

84

OS MARCOS REGULATÓRIOS

O objetivo desta seção não é o de produzir um diagnóstico detalhado de como foi modelada e de como efetivamente se deu a reforma em cada um dos setores de infra-estrutura. Busca-se aqui delinear, em linhas gerais, um panorama de como eles estavam organizados e de como foram transformados, principalmente no intuito de mostrar que a análise desenvolvida na seção anterior aplica-se horizontalmente aos setores de telecomunicações, energia, petróleo e gás e rodovias. Isso significará, em síntese, que a despeito da análise de questões específicas setoriais, o controle da regulação de infra-estrutura será fortemente baseado em estratégias e objetivos transversais.

SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES

No início da década de 60, havia cerca de 1.200 empresas de telefonia no Brasil, quase todas de médio e pequeno porte e sem nenhuma coordenação entre si (BRASIL, 1995). Mais de 60% dos terminais telefônicos instalados concentravam-se na região centro-leste do País. Os serviços interurbanos eram precários e interligavam apenas algumas regiões⁸.

Para melhorar esse cenário, foi editado o Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT)⁹, o primeiro grande marco legal que pretendeu organizar o setor de telecomunicações no Brasil. O CBT instituiu: (i) o Sistema Nacional de Telecomunicações (SNT), com vista

a integrar os serviços prestados; (ii) o Conselho Nacional de Telecomunicações, com a atribuição de arbitrar especificações técnicas, bem como as tarifas em todo o Território Nacional; (iii) a autorização para criar uma empresa operadora dos troncos integrantes do SNT¹⁰; (iv) o Fundo Nacional de Telecomunicações, como instrumento para financiar as atividades de operação dos troncos; e (v) a definição do relacionamento entre poder concedente e concessionário no campo da radiodifusão.

A implantação do Contel produziu impactos relevantes, tais como a explicitação de políticas e diretrizes nacionais e a coordenação da expansão do setor de telecomunicações. A definição do modelo de autofinanciamento do sistema – baseada na participação financeira dos pretendentes à aquisição de linhas – também foi consagrada a partir do Contel.

A fim de enfrentar problemas relacionados à descoordenação das redes, a titularidade do poder concedente foi concentrada na União a partir de 1967¹¹, mas não havia vedação à participação da iniciativa privada. Outra medida destinada a integrar os serviços telefônicos brasileiros foi a criação da Telecomunicações Brasileira S.A. (Telebrás), empresa controlada pelo Governo Federal, em 1972, que, desde sua implantação, iniciou um processo de aquisição de outras empresas, visando consolidá-las em âmbito estadual¹². A Constituição brasileira de 1988 restringiu ainda mais as possibilidades de participação no mercado de telefonia brasileiro, ao determinar que os serviços públicos de telecomunicações só poderiam ser explorados diretamente pela União ou por meio de concessões a empresas estatais.

Após mais de vinte anos sob esse regime, os serviços públicos de telecomunicações no Brasil chegaram à segunda metade da década de 90 estruturados em uma empresa estatal *holding* – a Telebrás –, uma empresa *carrier* de longa distância – a Embratel –, vinte e sete empresas federais nos estados e quatro empresas independentes¹³. O sistema Telebrás, composto pelas empresas controladas pela União, detinha, a essa altura, mais de 90% da planta brasileira de telecomunicações, fazendo-a crescer mais de 500% desde a implantação da Empresa.

Apesar disso, a expansão da rede não foi capaz fazer frente à demanda, que, no mesmo período, cresceu mais de 1.200% no serviço local e mais de 1.800% no serviço de longa distância (BRASIL, 1995). Ressalte-se que a caracterização dessa demanda faz-se tão-somente a partir da parcela da população já atendida pelo sistema. Não registra, portanto, a exclusão do acesso aos serviços de telecomunicações.

A reforma do sistema brasileiro de telecomunicações foi concebida para enfrentar esse cenário de demanda reprimida e para incorporar eficiência ao setor, principalmente por meio da competição. Pode-se sintetizar, portanto, dois pilares básicos da reforma: universalização e competição.

A privatização do sistema Telebrás, consumada em 1998, foi conduzida como etapa da construção de uma estratégia que pretendia viabilizar o acesso aos serviços e instituir mecanismos que propiciassem a prática de preços razoáveis, inicialmente por meio de instrumentos de regulação econômica e, posteriormente, por meio da competição.

Para atingir esses objetivos, foram introduzidas algumas mudanças importantes no marco legal do setor:

- o poder concedente dos serviços continuou sendo a União, que poderia, a partir da reforma, delegar a prestação dos serviços ao setor privado;

- foi abandonado o sistema de autofinanciamento do setor, pois se constituía em barreira à entrada de novos usuários devido ao alto custo das linhas;
- foi adotado um modelo tarifário baseado em incentivos à eficiência empresarial¹⁴ em detrimento das tarifas por custos de serviços anteriormente aplicadas;
- a privatização foi acompanhada de plano de metas de universalização, com obrigações atribuídas aos novos concessionários;
- foi delineada uma cadência para abertura à competição do setor;
- foram mantidas atribuições inerentes à formulação de políticas e diretrizes na administração direta¹⁵;
- foi criada uma agência reguladora setorial – a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).

SETOR DE ENERGIA ELÉTRICA

A primeira metade do século XIX foi marcada por uma intensa urbanização e pelo aumento da demanda por energia elétrica como insumo essencial para movimentar o parque industrial brasileiro. Nesse mesmo período, consolidava-se a hidreletricidade como base da matriz de geração de energia no Brasil, diferentemente de outras nações da vanguarda industrial, em que preponderava a termoeletricidade. Nessa época, duas empresas estrangeiras monopolizavam os serviços de geração e de distribuição nos principais centros urbanos brasileiros, a canadense *Brazilian Traction, Light and Power Company* (Light) e a norte-americana *American & Foreign Power Company* (Amforp).

86

Para superar pontos de estrangulamento na geração e transmissão de eletricidade, Getúlio Vargas, a partir de seu segundo mandato presidencial, passou a defender a intervenção estatal no setor. A Centrais Elétricas Brasileiras (Eletrobrás) – *holding* estatal para a geração de energia – foi criada em junho de 1962, já no governo de Jânio Quadros, apesar de o projeto da lei que as instituiu ter sido encaminhado ao Congresso Nacional por Getúlio Vargas, na primeira metade da década de 50.

Com o advento da Eletrobrás, começava-se a produzir levantamentos coordenados dos potenciais energéticos nacionais. Também foi dado início a um processo de aquisição das empresas privadas num movimento de estatização do setor elétrico. Durante o regime militar, a Eletrobrás viria a se consolidar como agência planejadora e financiadora, além de *holding* de empresas federais (Eletrobrás, 2004).

O que se observa, a partir da intervenção estatal no setor elétrico brasileiro –principalmente a partir de meados da década de 60 –, é uma forte regulação técnica, para definir padrões de operação¹⁶, o agrupamento de diversas empresas em torno de concessões estaduais e a consolidação de uma matriz institucional capaz de coordenar as atividades da indústria de eletricidade, bem como sua expansão, em todo o Território Nacional. Nesse contexto, surgem o Sistema Nacional de Eletrificação, o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica (CNAE), o Departamento Nacional de Águas e Energia (DNAE), o Comitê Coordenador para Operação Interligada (CCOI), o Centro de Pesquisas de Energia Elétrica (Cepel) e o Grupo Coordenador de Planejamento dos Sistemas Elétricos (GCPS).

A Constituição de 1988 trouxe importantes alterações regulatórias para o setor elétrico brasileiro, principalmente em relação aos mecanismos de financiamento e à distribuição dos tributos arrecadados por meio das tarifas entre a União, estados e municípios¹⁷. O novo marco constitucional acirra a disputa entre estados e União pela distribuição das tarifas. Com o agravamento da crise econômica, no início dos anos 90, os sistemáticos atrasos das empresas distribuidoras estaduais no pagamento do suprimento de energia das geradoras do sistema Eletrobrás provocaram uma dívida de cerca de U\$ 5 bilhões em desfavor das companhias estaduais (Eletrobrás, 2004).

É nesse contexto que ganha força a idéia da desestatização do setor elétrico brasileiro, que se inicia, ainda no governo Collor (1990 – 1992), com a inclusão no Programa Nacional de Desestatização (PND) da Light Serviços de Eletricidade S.A. (Light)¹⁸ e da Espírito Santo Centrais Elétricas S.A. (Escelsa)¹⁹ – distribuidoras controladas pelo União. Ao final do governo Collor, o total de empregados do sistema Eletrobrás já havia sido reduzido em cerca de 20% por conta de demissões ou dispensas incentivadas (Eletrobrás, 2004), uma verdadeira demolição dos quadros técnicos governamentais.

Na esteira das reformas do setor elétrico, em 1993, foi limitado o controle da União sobre os preços e serviços do setor. Em 1995, foi reconhecido o produtor independente de energia, que, em tese, liberou os grandes consumidores do monopólio comercial das concessionárias de distribuição, e também foi instituído o livre acesso às redes de transmissão e distribuição, outro fator fundamental para se viabilizar a entrada de novos empreendedores no setor elétrico. Outro sinal relevante na direção da reestruturação do setor elétrico brasileiro foi a inclusão da Eletrobrás e de suas quatro subsidiárias (CHESF, Furnas, Eletronorte e Eletrosul) no PND.

Contudo, somente em 1997 começa a operar a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), com a missão de regular e fiscalizar o setor elétrico brasileiro. A Aneel, portanto, nasceu com a missão de regular um setor cuja reforma deu-se em passos descoordenados e com contratos de concessão já em curso.

Ainda em 1997, o Governo Federal autorizou, por meio de medida provisória, a reestruturação da Eletrobrás e suas subsidiárias, com vistas à privatização do segmento de geração. O passo mais concreto nessa direção deu-se com a cisão da Eletrosul²⁰, cujos ativos de geração foram migrados para uma nova empresa denominada Centrais Geradoras do Sul do Brasil (Gerasul), detentora de 3.680 MW, que seria privatizada em setembro de 1998 (Eletrobrás, 2004).

Somente em 1998, o Congresso Nacional converteu em lei a medida provisória que reestruturou as empresas do sistema Eletrobrás. A mesma lei criou o Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE), que ficou responsável pelas negociações da energia dos sistemas interligados, e o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), com a finalidade de coordenar e controlar as operações dos sistemas interligados. Em 1999, foi instituído o Comitê Coordenador do Planejamento da Expansão (CCPE), com o objetivo de coordenar o planejamento da ampliação do sistema, assumindo as tarefas do GCPS.

Pode-se dizer que as reformas esboçadas para o setor elétrico brasileiro, desde o início do governo Collor (1990 – 1992) até o último mandato de Fernando Henrique (1999 – 2001), mais do que um desenho institucional destinado a impor ganhos de eficiência e a garantir investimentos para a expansão do setor elétrico brasileiro, foram premidas pela necessidade de buscar um modelo de financiamento que escapasse ao endividamento público, e ainda pela necessidade de caixa – fato que pressionou e precipitou as privatizações e o esvaziamento das empresas federais.

Regras sem clareza e um arranjo institucional intrincado – e que não foi posto em prática – constituíam um ambiente desfavorável à atração de investidores privados em proporções que garantissem a expansão da capacidade instalada para fazer frente à crescente demanda por insumos energéticos. Além disso, as privatizações – principalmente nas empresas distribuidoras estaduais – e o esvaziamento do setor estatal deixaram o governo sem capacidade e sem instrumentos para impor cooperação dos agentes setoriais, e mesmo coordenar investimentos e produzir cenários para a expansão do parque elétrico nacional.

Recentemente, uma nova reforma está sendo concluída para o setor elétrico brasileiro. Os objetivos desta nova reforma são três (BRASIL, 2003):

- garantir a segurança de suprimento de energia elétrica;
- promover a modicidade tarifária, por meio da contratação eficiente de energia para os consumidores regulados; e
- promover a inserção social no Setor Elétrico, em particular pelos programas de universalização de atendimento.

SETOR DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL

A consolidação de uma indústria petrolífera (IP) no Brasil deu-se efetivamente a partir da criação da Petrobrás, em 1953. O desafio original da empresa era expandir o parque nacional de refino, a fim de assegurar a auto-suficiência na produção de derivados, ainda que a matéria-prima fosse importada. Construiu-se, dessa forma, uma matriz de refino baseada nas especificações do óleo bruto importado predominantemente do Oriente Médio.

88

Gradativamente, a Petrobrás foi ocupando o *upstream*²¹, também legalmente reservado ao monopólio²², e integrando verticalmente as diversas etapas da IP no Brasil. Configurava-se, assim, uma empresa que praticamente sintetizava o setor petrolífero nacional. Essas razões históricas ajudam a explicar o poder de mercado apropriado pela Petrobrás ao longo dos anos e a absoluta ausência de diversidade de agentes econômicos em determinados segmentos da IP nacional.

O monopólio preconizado pela Lei nº 2.004/1953 foi constitucionalizado em 1988, tornando ainda mais sólido o domínio da empresa estatal de petróleo sobre o setor. Contudo, o agravamento do ambiente econômico na década de 80 levou o Governo, na condição de controlador da Petrobrás e como regulador dos preços dos derivados, a subdimensionar o valor de tais produtos como instrumento de combate à inflação, gerando sucessivas perdas econômicas à Empresa, minando, dessa forma, a capacidade de investimento em pesquisa para a manutenção de reservas petrolíferas capazes de dar sustentabilidade à produção futura de óleo nacional.

Premido pela necessidade de investir intensamente no conhecimento das bacias sedimentares brasileiras e no contexto da reforma dos setores de infra-estrutura, agudizada a partir de meados da década de 90, o Governo Brasileiro implementou, por meio de emenda constitucional e da criação de um novo marco legal, a chamada flexibilização do monopólio do petróleo, consistente na possibilidade de entrada de agentes privados em setores até então reservados à Petrobrás.

Esse novo ambiente resultou na construção de uma matriz institucional baseada em dois pilares: um, consagrado historicamente, representado pela atuação direta do Governo como empresário do setor petrolífero, e outro, novo, representado por um ente regulador com o desafio de criar o ambiente para a indução de investimentos privados e de competição na IP brasileira.

O ente regulador do setor petrolífero nacional é a Agência Nacional do Petróleo (ANP), uma autarquia integrante da Administração Pública Federal, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que nasceu com alguns importantes desafios:

- implementar, em sua esfera de atuação, um política energética não declarada;
- induzir a entrada de novas operadoras no segmento de *upstream* para competir com a Petrobrás, a maior empresa estatal brasileira, e assumir uma posição e neutralidade em relação a esta;
- incentivar a pesquisa geológica com o objetivo de manter uma relação razoável entre reservas provadas e prováveis, de modo a garantir a sustentabilidade da produção nacional de petróleo e gás no médio e no longo prazos e gerenciar o acervo de dados sobre as bacias sedimentares brasileiras;
- gerenciar a transição da IP também no segmento de *dowstream*, principalmente garantindo a competição na distribuição – com liberação de preços –, mantendo níveis adequados de qualidade de produtos;
- criar uma competência nacional em tecnologia e mão-de-obra capaz de sustentar a expansão do mercado petrolífero além da Petrobrás.

89

SETOR DE RODOVIAS

No caso das rodovias, a oferta dos serviços sempre foi tradicionalmente estatal, mas, diferentemente dos demais setores, não se dava sob forma empresarial. Nesse caso específico, o pagamento pelo uso não era a regra (Ipea, 1999). Por essa razão, a figura do usuário de rodovias é pouco percebida seja no seio do setor público seja no setor privado²³.

Nesse setor, a relação entre o Governo e os empreendedores privados historicamente se deu por meio da contratação de empreitadas para a consecução de obras públicas contratadas com recursos fiscais. Assim, o aparelho burocrático estava voltado basicamente para a gestão de contratos de obras rodoviárias.

A relação entre poder concedente e concessionária, contudo, é essencialmente diferente daquela entre governo – contratante de obras – e empreiteiras. A transição do modelo de financiamento e gestão do setor de rodovias, portanto, foi intensamente contaminada pela herança institucional.

As rodovias concedidas à iniciativa privada tiveram sua regulação e acompanhamento pelo mesmo órgão responsável pela contratação de obras rodoviárias. A estrutura institucional dedicada à gestão dessa nova forma de financiamento (pedágio), que incluiu parte das principais rodovias nacionais, era tímida, pois o Departamento Nacional de Estradas de Rodagens (DNER) somente destinou uma área – pouco aparelhada e sem recursos humanos suficientes – para o acompanhamento das rodovias desestatizadas.

A gestão das rodovias pedagiadas traz consigo a necessidade de um novo e complexo aparato regulatório que possibilite:

- gerir contratos de longo prazo (em geral superiores a 20 anos);
- implementar uma política tarifária;
- estimar os custos de operação e manutenção dos empreendedores, bem como a remuneração adequada dos capitais investidos;
- levar em conta e se relacionar com os usuários das rodovias concedidas, inclusive as coletividades mais diretamente afetadas, seja pela obstrução de acessos às suas cidades e locais de trabalho, seja pelo fato de alterarem suas rotinas usuais.

As licitações para concessão dos primeiros trechos de rodovias federais à iniciativa privada ocorreram a partir de 1994 e foram geridas pelo Ministério dos Transportes e pelo extinto DNER. O modelo de gestão dessas concessões, tal como as grandes empreitadas de obras rodoviárias, estava baseado, sobretudo, na remuneração pelo custo dos serviços, sem levar em conta qualquer mecanismo de indução a ganhos de eficiência empresarial e a conseqüente transferência desses benefícios aos usuários, principalmente por meio das tarifas²⁴. No plano de negócios preconizado para a operação dessas rodovias, pouco se considerou a respeito dos custos ambientais incorridos por esses empreendimentos.

Em 2001, foi criada a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), encarregada de regular a exploração das rodovias e os transportes interestadual e internacional de passageiros realizados por modal rodoviário.

SÍNTESE MULTISSETORIAL

Arranjos institucionais variados e complexos emergiram das reformas dos setores de infra-estrutura no Brasil. Esse novo arcabouço institucional destinou-se, num primeiro momento, a gerir a mudança na forma de intervenção estatal sobre a oferta de serviços públicos, que deixariam – na ótica dos reformadores – de serem prestados diretamente por entes estatais para serem delegados a investidores privados. Num segundo movimento, as novas instituições deveriam se dedicar à normatização dos diversos setores e à regulação econômica dos mercados.

Ocorre que, no Brasil, o compasso das reformas foi mais determinado por necessidades fiscais do que pela adoção de uma nova estratégia na forma de ofertar serviços públicos. Talvez a única exceção a essa regra tenha sido a reforma do setor de telecomunicações brasileiro, que combinou bem esses dois propósitos. Ainda assim, pode-se afirmar que as reformas não foram estruturadas de forma sistêmica.

Como resultado, nem sempre o arcabouço institucional e os marcos regulatórios setoriais produziram os resultados adequados para que o núcleo do governo mantivesse a capacidade de coordenar as ações dos diversos agentes envolvidos no provimento dos serviços públicos, assim como instrumentos capazes de forçar a cooperação para alcançar objetivos previamente delineados.

No setor elétrico, aplica-se especialmente esse diagnóstico, pois lá primeiro começaram as privatizações – na distribuição –, o desmantelamento de empresas públicas

– principalmente das geradoras estatais do sistema Eletrobrás – com vistas a privatizá-las, e só então foram criadas regras e instalada a agência reguladora setorial – Aneel.

Nenhum movimento compensatório para reter *expertise* dentro do governo foi adotado. A conseqüência foi o esvaziamento da administração direta – leia-se ministérios setoriais –, a incapacidade de predizer cenários e de desenhar políticas e diretrizes. Em suma, ficou o governo sem instrumentos de coordenação e de controle do provimento dos serviços públicos.

DESAFIOS DO REGULADOR E DO CONTROLE

Um ato regulatório sempre produzirá impacto distributivo, ou seja, deslocará renda e poder de um grupo de interesse para outro. Frequentemente, esses grupos de interesse são representados por três pólos: governo, empresários e usuários. É relativamente simples demonstrar o antagonismo dessas forças ou, em certos casos, eventuais coalizões. As tensões existentes entre esses três pólos justificam a constituição de uma estrutura institucional própria capaz de exercer a moderação e a arbitragem de eventuais conflitos – as agências reguladoras.

Contudo, há interesses para os quais não há uma representação explicitada, como os interesses sociais difusos, que podem ser pensados como uma quarta força, e que, teoricamente, traduzem-se na maximização do bem-estar social²⁵. Tal conjunto de interesses pode divergir daqueles dos demais grupos. Por exemplo, a operação de um empreendimento que não incorpore custos ambientais pode ser favorável aos empresários, de quem se exigirá menores investimentos; aos usuários diretos, que poderão se beneficiar de menores tarifas, e até mesmo ao governo, caso a consecução do empreendimento traga-lhe benefícios políticos. Contudo, estão sendo afrontados os interesses da sociedade, que, no futuro, terá de arcar com eventuais conseqüências ambientais decorrentes da operação do empreendimento.

A complexidade do cenário amplia-se significativamente quando se explicitam as tensões dentro de um mesmo pólo. No caso mencionado, a área ambiental do governo pode se contrapor à área de infra-estrutura, por exemplo. Da mesma forma, interesses antagônicos podem mobilizar em sentidos opostos diferentes grupos empresariais (e.g. representantes do transporte rodoviário versus representantes do transporte aquaviário ou aeroviário) e diferentes grupos de consumidores (e.g. grandes consumidores versus consumidores residenciais). Da mesma forma, interesses convergentes podem produzir coalizões entre representantes de pólos diferentes.

Ao produzir um ato regulatório, o ente regulador estará motivado pela percepção que tem dos interesses de cada um dos pólos. Essa percepção será afetada de várias formas: (i) pela capacidade de organização²⁶ do grupo de interesse; (ii) pela regularidade e freqüência de relacionamento com os representantes de cada grupo; e (iii) pelas vinculações institucionais.

O pluralismo das tensões intrapolares contribui para homogeneizar a percepção dos reguladores entre os eixos de interesses. Ou seja, quanto maior a diversidade de agentes regulados, setores governamentais envolvidos e grupos de usuários, mais equivalentes as pressões emanadas. Essa é uma das razões pelas quais agências especializadas na regulação de setores muito específicos²⁷ podem estar mais sujeitas a enviesar a percepção de quais interesses devem ser privilegiados na produção de um ato regulatório.

É possível argumentar, portanto, que somente reguladores independentes²⁸, tecnicamente capazes e bem informados têm os instrumentos e a mobilidade para equilibrar os interesses, posto que, freqüentemente, em nome desse equilíbrio, interesses são contrariados, inclusive interesses do próprio governo. Significa dizer que, teoricamente, os reguladores precisam estar protegidos por salvaguardas institucionais que lhes permitam agir em nome do bem comum, a despeito das expectativas que venham a ser frustradas.

Ocorre que os grupos de interesse, a partir de suas diferentes capacidades de mobilização, se farão perceber distintamente pelos reguladores. Essa característica, por si, tem grande poder de enviesar o ato regulatório praticado em favor dos interesses de um determinado grupo. Um grande desafio que se impõe é a equalização da percepção de expectativas, a fim de que os impactos distributivos de um ato regulatório sejam os mais justos e aderentes ao propósito de privilegiar o bem comum em detrimento de qualquer outro interesse.

Não basta, portanto, que o regulador seja institucionalmente independente e tecnicamente capaz, é preciso que haja instrumentos externos de balizamento e de controle na produção e na aplicação do ato regulatório que favoreçam a equalização da percepção dos interesses dos diferentes pólos em conflito, mesmo quando tais interesses não estejam explicitamente manifestados.

No caso brasileiro, a matriz institucional preconizada – ainda que com peculiaridades setoriais – embute uma diversidade de mecanismos de balizamento e controle. O primeiro é a segregação da atribuição de formular políticas e diretrizes para implementá-las. No primeiro caso, cabe à administração direta fazê-lo, seja por meio de ministérios, seja por meio de conselhos interministeriais. Às agências reguladoras cabe a implementação das políticas e diretrizes. Ou seja, o ato regulatório deve ter por objetivo consubstanciar uma política pública setorial delineada no seio do governo e ditada pela agenda política. À agência cabe eleger o instrumental técnico mais adequado – dentro de diversas alternativas possíveis – para levar a cabo essa missão.

92

As audiências públicas são o segundo instrumento previsto nos marcos regulatórios. Elas devem contribuir para a explicitação de conflitos e coalizões que motivam os agentes a mobilizar esforços a fim de que aproveitem, da melhor forma possível, a redistribuição de renda e o poder decorrente do ato regulatório.

Há os mecanismos de controle exercidos por outros poderes, tais como, o controle judicial, o controle do Ministério Público e o controle parlamentar, exercido com auxílio dos tribunais de contas. Cada uma dessas modalidades de controle tem cadências, abordagens, propósitos e instrumentos distintos. Neste trabalho, abordaremos tão-somente o controle exercido pelos tribunais de contas.

Finalmente, o controle social direto também colabora para o objetivo de expor os reguladores a maior e mais diversa pressão possível. Essa dimensão de controle talvez seja a mais relevante e complexa de todas, mas sua análise não consta do escopo deste trabalho.

Eis, então, delineados alguns desafios fundamentais aos reguladores e aos controladores: (i) àqueles, que produzam atos regulatórios parametrizados pelo equilíbrio de interesses; (ii) e a estes, que garantam o equilíbrio, seja por meio da verificação direta da aderência do ato às normas e às políticas, seja pela exposição das informações do processo e pelo conseqüente aumento de pressão que isso induz.

JUSTIFICATIVAS PARA O CONTROLE

Para efeito deste trabalho, Controle Externo é o controle promovido por cortes de contas – entidades fiscalizadoras – existentes nas esferas de governo a que estiverem jurisdicionadas as agências reguladoras, sejam elas federais ou estaduais. Não se abordarão a necessidade e os ganhos decorrentes do controle social e de outras formas de controle externo ao ambiente das agências.

A esta altura, vale rememorar que, ao mesmo tempo em que as agências reguladoras foram instituídas no Brasil, os ministérios setoriais, aos quais estavam vinculadas, e empresas estatais, que estavam sendo preparadas para a privatização, passavam por um processo de fragilização. A conseqüência desses eventos resultou na absorção de missões críticas para as agências reguladoras que, praticamente, assumiram todas as funções governamentais relacionadas aos setores de infra-estrutura.

Em decorrência dessa herança institucional, as agências passaram a concentrar grande poder, posto que, na prática, formulavam as políticas, contratavam²⁹, regulamentavam, fiscalizavam e arbitravam as relações entre os agentes econômicos. Some-se a isso o fato de que as agências experimentavam graus diferenciados de autonomia na administração pública brasileira.

Se, de um lado, a estratégia de auto-incapacitação mediante delegação de poder decisório a uma burocracia autônoma, tecnicamente capaz e bem informada (transferência de poder decisório dos ministérios para as agências reguladoras) pode, teoricamente, sinalizar maior estabilidade das regras e contratos, por outro, é necessário criar instrumentos que mitiguem a possibilidade de uso arbitrário do poder acumulado pela burocracia, caso contrário as percepções dos agentes econômicos podem ser opostas a esse objetivo, ou seja, haverá desconfiança sobre a estabilidade das regras e da previsibilidade das decisões. A esse respeito, North (1991, p. 101) registra: “Um mercado de capitais exige que sejam assegurados direitos de propriedade ao longo do tempo e, simplesmente, não se desenvolverá onde ‘agentes políticos’ possam arbitrariamente expropriar ativos ou alterar substancialmente seu valor.”³⁰

Para North (1991), os agentes políticos não irão voluntariamente abrir mão do uso de suas prerrogativas de coerção ou expropriação, a não ser que este poder arbitrário seja banido por meio de compromissos confiáveis. Sistemas de freios e contrapesos são necessários para incentivar a atividade econômica privada, especialmente em atividades em que se requerem extensos prazos de maturação dos investimentos e, portanto, excederão vários ciclos de poder.

A necessidade de controle mediante o excesso de discricionariedade dos reguladores é discutida por Dallari (2003), que analisa possibilidades como controles internos da administração, controle judiciário, controle externo – exercido por tribunais de contas – e controle por comissões parlamentares. De acordo com Dallari (idem), o controle por meio de comissões parlamentares, ainda que não ideal, é forma possível de se estabelecer algum tipo de fiscalização dos atos regulatórios. Sobre as bases ideais de controle, diz o autor: “Em face do texto constitucional, quem poderia desenvolver um controle mais acentuado sobre as agências reguladoras seriam os Tribunais de Contas, que possuem competência para adentrar o mérito das ações administrativas, para aferir sua economicidade.”.

Mas, pondera o autor que esta possibilidade se inviabiliza diante da elevada complexidade e do acentuado caráter técnico-especializado, que caracterizam as

decisões das agências reguladoras, somados ao despreparo técnico das cortes de contas brasileiras. Adiciona ainda que o vício de formação dos colegiados desses tribunais – nos quais prepondera a indicação política – prejudica ainda mais o resultado de eventuais fiscalizações realizadas por tribunais de contas sobre os atos regulatórios. Adiante se buscará demonstrar que o Controle Externo promovido pelos tribunais de contas, ao contrário do que avalia Dallari (2003), é uma das formas mais efetivas de controle do sistema regulatório.

Alguns outros aspectos são úteis para evidenciar a necessidade de controle sobre as agências reguladoras, principalmente tendo em vista as seguintes características propícias a uma relação clientelista³¹ e passível de captura dos reguladores por parte de agentes econômicos organizados:

- o hermetismo das informações necessárias ao acompanhamento, por parte dos usuários³², dos instrumentos de regulação econômica – principalmente reajustes e revisões tarifárias – e a dependência de informações detidas em caráter exclusivo pelos provedores privados de serviços públicos produzem forte assimetria de informação;
- os usuários dos serviços públicos são da ordem de milhões, heterogêneos e dispersos. Os provedores (muitos dos quais monopolistas) são poucos, bem informados e organizados;
- os mecanismos de institucionais de controle social³³ ainda são pouco disseminados, e os usuários não dispõem de assessoria profissionalizada para fazer frente aos interesses dos grupos mais organizados;
- muitos dos serviços públicos prestados baseiam-se em onerosas redes de infraestrutura, fato que representa grande barreira à entrada de novos competidores (monopólios naturais);
- as agências reguladoras não dispõem de robustez operacional para dar conta da grande quantidade de desdobramentos contratuais e normativos da relação entre poder concedente e agentes delegados;
- as estruturas governamentais da administração direta não estão preparadas para aferir o desempenho e a aderência das ações das agências reguladoras às políticas e diretrizes formuladas pelo governo;
- as agências reguladoras têm acumulado as funções de poder concedente, fiscalizadoras e reguladores das delegações;
- existem grandes lacunas de regulamentos que devem ser elaborados no âmbito das agências reguladoras, o que ainda significa uma expressiva reserva de poder para estes entes.

A partir desse diagnóstico, é possível sintetizar o controle das agências reguladoras em três eixos principais³⁴: (i) um primeiro representado pelo órgão administrativo ao qual se vincula a agência, responsável por políticas e diretrizes que serão implementadas; (ii) um segundo representado por provedores de serviços públicos, em geral grandes empresas monopolistas ou oligopolistas; e (iii) um terceiro representado por usuários dos serviços – atomizados, heterogêneos e não organizados.

Considerando a fragilidade já mencionada dos controles promovidos pelos grupos i e iii, prepondera nitidamente a supremacia de investidores (ii) que detêm informações e capacidade técnica para intervir no jogo regulatório. À agência, por seu turno, cabe a difícil tarefa de mediar os interesses, geralmente conflitantes, entre governo, consumidores e provedores, evitando a dependência em relação a um grupo de interesse específico. Segundo Fiani (2002):

[...] a conseqüência é um progressivo aumento da dependência da agência em relação a um grupo de interesse, tanto porque a agência não tem como contrapor outros interesses ao interesse do grupo que a capturou, como também pelo fato de que a agência depende do grupo de interesse para obter as informações que necessita. Em função disso, a agência vai passar a defender interesses particulares ao invés de interesses gerais da população. Para tanto, a agência tenderá a reforçar o sigilo e a despolitização no seu processo decisório, uma vez que deseja evitar a prestação de contas e a investigação por parte do público.

Mecanismos de controle sobre o sistema regulatório são desejáveis, portanto, tanto por questões estruturais – inerentes e indissociáveis do jogo regulatório – quanto por questões conjunturais – por exemplo, falhas decorrentes da herança institucional. Ou seja, ainda que determinadas motivações para o controle possam cessar no decorrer do tempo, aspectos estruturais do sistemas regulatórios são suficientes para demandar ações de controle.

Cada modalidade de controle tem motivações, instrumentos, sistemas próprios. Assim, o controle judicial produzirá resultados diferentes daqueles alcançados pelo controle social ou pelo controle decorrente da pressão de determinados grupos de interesse. A modalidade que se propôs discutir no presente trabalho foi o Controle Externo promovido por entidades fiscalizadoras ligadas ao Legislativo nas diversas esferas de governo. O objeto do Controle Externo, nesse caso, é a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório e não o jogo regulatório em si.

95

HISTÓRICO DO CONTROLE EXTERNO DA REGULAÇÃO

Quando o Estado intervinha diretamente no provimento dos serviços públicos, o sistema regulatório tinha pouca ênfase, pois o controle da prestação dava-se de forma endógena, hierárquica. Nesse contexto, os atos de gestão (procedimentos e execução orçamentária) dos administradores eram o foco do Controle Externo, que baseava-se na análise das prestações de contas das empresas estatais. Ao dar relevância ao enfoque regulador do aparelho estatal, a reforma acabou por induzir a uma necessidade de mudança na forma e no conteúdo do controle.

Assim, em 1998, o TCU criou uma unidade técnica dedicada à análise da privatização da atuação dos órgãos reguladores: a Secretaria de Fiscalização de Desestatização (Sefid). Esta unidade presta apoio técnico ao Tribunal no acompanhamento da prestação de serviços públicos nas áreas de energia elétrica, telecomunicações, serviços postais, portos, rodovias, ferrovias, transportes de passageiros interestaduais e internacionais, portos secos e petróleo e gás natural.

Os primeiros trabalhos do TCU sobre concessões versaram sobre rodovias federais³⁵ e as primeiras normas reguladoras desse acompanhamento derivaram de decisões em casos concretos e, posteriormente, foram sistematizadas em Instruções Normativas³⁶.

ABORDAGEM E AMBIENTE DE CONTROLE

Preliminarmente, cabe enfatizar que, no Controle Externo exercido pelos tribunais de contas, não deve haver a pretensão de substituir o regulador. Caso contrário, haverá confusão de mandatos e o sistema regulatório será prejudicado. Em relação à atuação do Tribunal de Contas da União – objeto deste trabalho –, deseja-se ampliar a *accountability* regulatória, garantir a conformidade dos atos, induzir melhorias e mitigar o risco de captura do regulador por grupos de interesses. Também não se pretende o Controle Externo como defensor dos direitos de um grupo em detrimento de outro, mas como defensor da estabilidade das regras, dos contratos e da eficiência do jogo regulatório³⁷.

OBJETIVOS

O que difere o Controle Externo das demais modalidades de controle é que os resultados produzidos devem buscar simultaneamente três objetivos: (i) conformidade dos atos regulatórios a normas, contratos, políticas e diretrizes; (ii) incremento de *accountability* pela democratização das informações, da motivação e da fundamentação das decisões dos reguladores; e (iii) melhoria do sistema regulatório.

Estes objetivos não são excludentes, ou seja, a abordagem de fiscalização não elegerá um detrimento de outros. Frequentemente, aliás, vários ou todos os objetivos são enfocados simultaneamente.

DIMENSÕES

Diante dos objetivos declarados, é necessário definir um conjunto de dimensões de controle que forneçam medidas do afastamento (ou aderência) dos atos regulatórios em relação a certos parâmetros ótimos (critérios), segundo enfoques da conformidade dos atos e do desempenho do regulador. Na Tabela 2 busca-se sistematizar as dimensões de controle segundo critérios e objetivos.

Tabela 2 Dimensões de controle dos entes reguladores

Dimensões	Critérios	Objetivos
Normas, regulamentos e contratos	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Constituição ▪ Leis ▪ Regulamentos ▪ Contratos ▪ Escolhas declaradas pelos reguladores 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Conformidade
Mandato	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Área de atuação da agência ▪ Área de atuação do ministério setorial ▪ Área de atuação dos conselhos interministeriais ▪ Legislação 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Conformidade ▪ Melhoria
Autonomia	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Autonomia administrativa ▪ Autonomia financeira 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Accountability ▪ Melhoria
Independência	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Imunidade a interferências políticas ▪ Imunidade a interferências de grupos de interesses ▪ Estabilidade dos quadros técnicos ▪ Transparência e devido processo legal na produção do ato regulatório ▪ Previsibilidade e equilíbrio das decisões 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Accountability ▪ Melhoria

Dimensões	Critérios	Objetivos
Capacidade regulatória	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Sistemas de informação ▪ Capacidade técnica ▪ Indução de eficiência empresarial ▪ Indução de competição ▪ Indução à universalização ▪ Indução à qualidade dos serviços ▪ Manutenção do equilíbrio entre preços e custos dos serviços prestados ▪ Respeito ao meio ambiente 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Melhoria

TEMPO

Considerando que os termos de delegação são, em geral, de longo prazo, envolvem grandezas econômicas de ordem elevada e tratam de serviços cuja descontinuidade pode causar grande transtorno à ordem pública, passa a ser condição fundamental à eficácia do controle que este seja realizado previa ou concomitantemente à outorga e aos eventos contratuais relevantes – regulares ou episódicos –, posto que, de outro modo, correções de eventuais falhas podem se revelar custosas e inoportunas.

VANTAGENS COMPARATIVAS

Algumas características institucionais do TCU favorecem a atuação do controle: (i) a existência de uma burocracia forte e estável; (ii) o insulamento do processo eleitoral; (iii) o insulamento em relação aos agentes econômicos envolvidos no jogo regulatório; (iv) a disponibilidade de instrumentos de coerção para impor determinadas medidas corretivas (*enforcement*); (v) a possibilidade de obrigar a remessa de informações sobre os atos regulatórios; e (vi) a proatividade, ou seja, o poder de iniciativa para fiscalizar atos.

Do ponto de vista histórico, o fato de o TCU ter acompanhado – inclusive operacionalmente – as empresas estatais, os processos de privatização e a constituição das agências reguladoras, permitiu desenvolver uma visão privilegiada da transformação institucional ocorrida no setor de infra-estrutura.

A forma encontrada pelo Tribunal para organizar internamente a análise dos processos regulatórios – centralizados em uma única unidade técnica (a Sefid) – favorece o desenvolvimento de uma percepção sistêmica – multisetorial – que possibilita o diagnóstico de aspectos horizontais do sistema regulatório e, conseqüentemente, a identificação de boas práticas de uma agência que podem ser recomendadas a outras.

Some-se a isso o fato de o sistema constitucional-legal, que sustenta a atuação do TCU, torná-lo permeável às demandas da sociedade por meio de representações e denúncias, sem restrição de legitimidade ativa para suas formulações. Em suma, qualquer cidadão pode provocar a atuação do Tribunal.

Verifica-se, na prática, que a regulamentação da remessa de informações sobre atos regulatórios, induz também à formação de uma rede de política entre os reguladores e o controle. Dessa forma, o controle passa a ser uma variável amplamente considerada no processo decisório do regulador. Espera-se que os atos regulatórios produzidos nesse ambiente sejam mais transparentes, justificados, e tecnicamente embasados.

ADERÊNCIA AOS PADRÕES INTERNACIONAIS

O controle dos reguladores promovido pelo TCU no Brasil, está em consonância com as boas práticas de controle adotadas no mundo consubstanciadas em diretrizes elaboradas pelo Grupo de Trabalho de Privatização da Organização Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores (Intosai).

A Intosai apresenta vinte e duas diretrizes de grande relevância para balizar a atuação das EFSs em sua tarefa de controlar os reguladores, estruturadas em cinco seções: (i) competência técnica das EFS; (ii) ambiente da regulação econômica; (iii) fornecimento do serviço; (iv) preço do serviço; e (v) desenvolvimento da competição (Intosai, 2001).

PERSPECTIVAS

Internamente, o TCU reconhece a complexidade da missão de fiscalizar os reguladores dada a complexidade técnica das questões envolvidas. Dessa forma, o Tribunal adotou diversas medidas com vistas a capacitar seus quadros técnicos e aprimorar a sua forma atuação na área de controle da regulação. Dentre essas medidas destacam-se:

- realização de curso de pós-graduação (*latu sensu*) em controle da regulação desenvolvido pelo Instituto Serzedello Corrêa – unidade que trata de capacitação no TCU;
- estabelecimento de acordo de cooperação técnica com o governo do Reino Unido, por meio do *Department for International Development* (DFID), a fim de realizar trabalhos de avaliação relacionado ao impacto das políticas regulatórias em questões de equidade;
- desenvolvimento do projeto de aperfeiçoamento do controle externo da regulação com apoio do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID).

Esta última ação tem o objetivo de mapear processos organizacionais, mapear e desenvolver métodos e técnicas de controle, definir objetos de controle e modelar sistemas e fluxos de informações a fim de alavancar o potencial de controle do TCU em matérias regulatórias.

EXTERNALIDADES

A contribuição do Controle Externo para o processo regulatório também reside na possibilidade de mobilizar outros grupos com menor capacidade de organização e favorecer o pluralismo de pressões, seja porque se avaliam os atos regulatórios, seja porque se força que o processo regulatório seja o mais transparente possível.

É num cenário assim: diverso, plural, do qual surge o ambiente adequado para que os insumos informacionais de que o regulador precisa para operar determinados mercados se uniformizem. Assim, os atos regulatórios produzidos nesse cenário tenderão a induzir a uma maior justiça social.

Dessa forma, o controle externo das agências reguladoras contribui decisivamente para que o processo regulatório torne-se mais eficiente. Não só porque passa a ter

assegurada a legalidade dos atos, mas principalmente porque propicia a explicitação da divergência de interesses dos diversos atores que atuam no sistema regulatório.

JUSTIFICATIVAS JURÍDICAS PARA O CONTROLE

A esta altura pode restar um questionamento importante sobre a atuação do TCU em relação aos reguladores, qual seja, a existência de um mandato que dê bases jurídicas à forma de controle empreendida, principalmente no que tange à avaliação operacional das agências. A análise elaborada para o TCU pode ser aplicada às demais entidades fiscalizadoras brasileiras de outras esferas de governo.

O marco da definição do mandato do TCU é a Constituição Federal de 1988. A partir desta Carta Política, além do rol de atribuições do TCU, ampliou-se também a perspectiva do controle, ou seja, o enfoque e o objetivo da atuação das entidades fiscalizadoras. Enquanto a Constituição brasileira de 1967 atribuía ao TCU somente o exame da execução orçamentária, a Constituição de 1988 atribuiu-lhe competência para a realização de inspeções e auditorias de naturezas financeira, orçamentária, contábil, patrimonial e – de forma inovadora – auditorias de natureza operacional.

A adoção das auditorias operacionais representou uma mudança no enfoque de controle. Passou-se do exame da mera conformidade legal para a avaliação da administração quanto ao seu desempenho, analisando a eficiência, a eficácia e a economicidade da gestão pública, isto é, os resultados da ação governamental. A partir de 1988 também ganharam *status* constitucional alguns princípios que antes eram referidos somente pela doutrina ou por normas infraconstitucionais, como os da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, e, a partir de 1998, também o princípio da eficiência³⁸.

Além do largo suporte constitucional, a Lei Orgânica do TCU (nº 8.443/1992) determina a fiscalização de atos e contratos e confere prerrogativa regulamentar ao TCU para, no âmbito de sua competência e jurisdição, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade.

Explicando melhor, o TCU, em alguns casos, tem a faculdade de eleger os atos que considera mais relevantes fiscalizar, e essa fiscalização dá-se sob vários enfoques, inclusive com a perspectiva de avaliar os resultados da gestão. Em outros casos, contudo, não cabe ao TCU decidir se fiscalizará ou não determinado ato, pois a fiscalização será obrigatória. É assim com as demandas do Congresso Nacional, com as denúncias e representações que podem ser formuladas por qualquer cidadão.

Outra exceção importante foi dada pela Lei do Programa Nacional de Desestatização, determinando que cabe ao gestor preparar a documentação dos processos para apreciação do Tribunal de Contas da União. Esse comando, portanto, subtrai do TCU a faculdade de não analisar os atos de desestatização constante do PND – aí incluídas as privatizações e as outorgas de serviços públicos. Para estas desestatizações, o TCU está obrigado a apreciá-las – sempre.

Corroborando a tese de sujeição do desempenho dos reguladores ao controle do TCU o fato de que a lei criadora da Aneel (Lei nº 9.472/1996), a única norma instituidora de agência reguladora que tratou da contratualização do desempenho desse tipo de

entidade, determinou expressamente, em seu art. 7º, que o contrato de gestão celebrado entre a diretoria da agência e o Poder Executivo deveria ser remetido ao Tribunal para servir de referência em auditorias operacionais.

Portanto, a possibilidade de realização pelo TCU de auditorias de natureza operacional – conforme o disposto no art. 71 da Constituição Federal do Brasil e nas leis – fundamenta e legítima, de forma ampla, a fiscalização efetuada pelo Tribunal na forma de atuação das agências reguladoras.

RESULTADOS DA ATUAÇÃO DO TCU

A despeito de eventuais justificativas legais ou teóricas para a operação de instrumentos de controle externo sobre os reguladores, os resultados decorrentes alcançados, no caso do TCU, são muito expressivos e corroboram a necessidade de que os atos regulatórios devem estar sujeitos a permanente supervisão.

Os exemplos aqui relacionados não esgotam o universo de deliberações produzidas em relação aos atos regulatórios. Contudo, serão apresentados resultados considerados de grande relevância nos setores de eletricidade, petróleo e gás natural, telecomunicações e transportes terrestres, agrupados em termos das dimensões propostas na Tabela 2.

Deve-se atentar para o fato de que os exemplos relacionados contribuem, em geral, para mais do que uma dimensão. A categorização das deliberações do TCU, portanto, significa que uma certa dimensão foi atendida, mas não necessariamente de forma exclusiva.

NORMAS, REGULAMENTOS E CONTRATOS

- Determinações para correção de procedimentos adotados nas revisões tarifárias de distribuição de energia elétrica (Acórdão TCU nº 1.756/2003 – Plenário, Acórdão TCU nº 555/2004 – Plenário, Acórdão TCU nº 556/2003 – Plenário e outros);
- determinação ao extinto DNER para que retirasse cabinas de bloqueio indevidamente instaladas em rodovias pedagiadas (Decisão TCU nº 228/1999 – Plenário e Decisão TCU nº 634/2000 – Plenário);
- determinação ao extinto DNER para que desonerasse o pedágio de rodovias federais concedidas de forma a desconsiderar o efeito de tributos indevidamente considerados pelos concessionários (Decisão TCU nº 434/1999 – Plenário e Decisão TCU nº 516/1999 – Plenário).
- Mandato.
- Identificação da falta de aderência da atuação dos reguladores (Aneel e ANP) à sua missão institucional de implementadores da política energética nacional. O TCU determinou ao Ministério de Minas e Energia que adotasse providências para por em funcionamento o Conselho Nacional de Política Energética, bem como determinou às agências que se abstivessem de praticar atos que estavam, na prática, resultando na formulação de políticas e de diretrizes para o setor energético brasileiro (Decisão TCU nº 833/2000 - Plenário e Decisão TCU nº 981/2000 - Plenário);

- determinação à ANP para que explicitasse, nas rodadas de licitação de blocos para exploração e produção de petróleo e gás natural, a aderência das áreas ofertadas à política energética nacional (Decisão TCU nº 232/2002 - Plenário).

AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA

- Recomendação à ANP para que se aparelhasse adequadamente para realizar a fiscalização da indústria do petróleo, inclusive com o dimensionamento do quadro de pessoal necessário (Decisão TCU nº 981/2000 - Plenário);
- determinação à ANP para que definisse o regulamento de penalidades a que estariam sujeitos os concessionários operadores de blocos de exploração e produção de petróleo e gás natural (Decisão TCU nº 232/2002 - Plenário).
- recomendação à ANP para que remodelasse as audiências públicas a fim de viabilizar uma maior participação da sociedade na definição das áreas leiloadas (Acórdão TCU nº 787/2003 - Plenário).

CAPACIDADE REGULATÓRIA

- Recomendação à ANP, ao Ibama, ao Ministério de Minas e Energia e ao Ministério do Meio Ambiente para que explicitassem as condicionantes ambientais previamente às rodadas de licitação (Acórdão TCU nº 787/2003 - Plenário);
- determinação à Aneel para levar em conta os benefícios dos financiamentos públicos subsidiados no custo do capital para fins de revisão tarifária no setor de transmissão de energia (Decisão TCU nº 300/2001 - Plenário);
- determinação à Anatel para alterar o método de estimação dos valores de outorga nas licitações de posições orbitais de satélites, TV por assinatura e serviço móvel, de forma a levar em conta métodos não subjetivos para a avaliação da viabilidade de projetos (Decisão TCU nº 521/1997 - Plenário, Decisão TCU nº 230/2001 - Plenário e Decisão TCU nº 319/2000 - Plenário);
- determinação à Anatel para apurar possíveis ganhos econômicos vedados legalmente pelos concessionários do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) (Decisão TCU nº 215/2002 - Plenário);
- recomendação à Anatel para iniciar procedimento de revisão nas tarifas do STFC (Decisão TCU nº 215/2002 - Plenário);
- determinação à ANTT para rever o parâmetro utilizado no fluxo de caixa da concessão para aferir o equilíbrio econômico-financeiro visto que poderiam majorar as tarifas cobradas dos usuários (Acórdão TCU nº 988/2004 - Plenário).

CONCLUSÃO

Das reformas dos setores de infra-estrutura no Brasil, emergiu uma matriz institucional destinada a manter, no setor governamental, a capacidade de coordenação do provimento

dos serviços públicos, bem como induzir a cooperação entre os agentes de forma a manter a oferta de serviços dentro de certos parâmetros de qualidade, abrangência e preço.

As agências reguladoras podem ser consideradas uma síntese desse novo desenho institucional, constituindo-se no *locus* preferencial da regulação dos serviços públicos, seja nas dimensões técnica, social ou econômica. Para cumprir esse mandato, foram dotadas de instrumentos e prerrogativas especiais, notadamente autonomia administrativa, independência e poder normativo.

Muito se argumenta que o controle é incompatível com a autonomia e a independência das agências reguladoras, que embute risco regulatório, que é ineficiente do ponto de vista econômico, que é redundante por duplicar um controle que já é realizado pelo regulador. Tais argumentos poderiam ser razoáveis num ambiente em que todos os mandatos estivessem claramente delineados, os reguladores detivessem as informações necessárias para estabelecer o equilíbrio de interesses, e ainda estivessem imunes a pressões de grupos de interesse e de agentes políticos que comprometessem o equilíbrio regulatório e, conseqüentemente, a credibilidade do modelo.

Ocorre que os diferentes grupos de interesse caracterizam-se por distintas capacidades de organização, mobilização, influência e informação. Além disso, os contratos de concessão são regidos por eventos que provocam uma interação intensa e sistemática entre os investidores e reguladores, a partir da qual se consolidam robustas redes de relacionamento, que podem induzir os reguladores à percepção de que os investidores têm o monopólio de representação de um determinado setor.

102 Como conseqüência das reformas empreendidas nos setores de infra-estrutura e da forma como se organizava o Estado no modelo de intervenção direta (herança institucional), houve uma grande confusão de mandatos entre ministérios e agências reguladoras, notadamente em relação às tarefas de formular políticas e diretrizes, planejar e coordenar a oferta e a expansão dos serviços de infra-estrutura. Diante desse panorama, os reguladores ocuparam o espaço de formuladores políticos em lugar de entes da administração direta (ministérios e conselhos interministeriais), monopolizando grande poder decisório em suas áreas de atuação.

A operação de mecanismos de controle externo sobre os reguladores é fator mitigador das diversas imperfeições do ambiente regulatório. Além disso, o controle externo colabora para a equalização da percepção dos interesses de diferentes pólos de interesse por parte dos reguladores.

O controle externo pode se dar diversas formas: (i) controle social direto; (ii) controle judicial, exercido pelo Poder Judiciário – geralmente *a posteriori* e de caráter prioritariamente formal; e o (iii) Controle Externo a cargo do Poder Legislativo com auxílio dos tribunais de contas.

A despeito das demais formas de controle, verifica-se que o controle externo exercido pelos tribunais de contas – no caso deste trabalho, mais especificamente pelo Tribunal de Contas da União – contribui para equalizar os insumos informacionais que embasam um ato regulatório entre os diversos grupos de interesse, constitui rede de relacionamento entre o controle e o regulador, fato que pode se contrapor à idéia de monopólio de representação de interesses, e atua no sentido de garantir previsibilidade ao sistema regulatório pela verificação de aderência dos atos às leis e aos regulamentos.

Ou seja, o Controle Externo exercido pelos tribunais de contas, além dos benefícios intrínsecos – o balizamento legal dos atos praticados e os incentivos à melhoria e maior *accountability* –, produz importantes externalidades positivas, que podem ser tratadas como insumos para as demais modalidades de controle. Dessa forma, ao colaborar com o pluralismo de pressões, favorece ao regulador a percepção de interesses outros, de forma a afetar os atos regulatórios em direção a minimizar distorções na apropriação de benefícios por grupos com maior capacidade de organização.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: M. Limonad, 1999.

BAUDRIER, Aldrey. Independent regulation and telecommunications performance in developing countries. In: ISNIE Conference on Institutions and Governance, 2001, Berkeley, Califórnia, EUA. *Prepared for the Annual ISNIE Conference: institutions and governance*, Califórnia: University of Berkeley, 2001.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 821/1995*, versa sobre a nova organização dos serviços de telecomunicações, sobre a criação de um órgão regulador e outros aspectos, em atendimento à Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em 10 out. 2007.

_____. Ministério das Comunicações. Telecomunicações. *Linha do tempo*. Disponível em: <http://www.mc.gov.br/historico/telefonica>. Acesso em: 10 out. 2007.

_____. Ministério de Minas e Energia. *Modelo institucional do setor elétrico*. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/Noticias/2003/dezembro/Modelo_11.dez.03_Final1.pdf>. Acesso em: 10 out. 2007.

_____. Tribunal de Contas da União. *O controle externo das agências reguladoras: questões relevantes sobre o setor elétrico e de petróleo e gás natural*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2003.

_____. _____. Relação nº 43/2002, Segunda Câmara. Relator: Min. Ministro Ubiratan Aguiar, Brasília, 22 de agosto de 2002. Ata 31/2002, Segunda Câmara. *Diário oficial da União*, Brasília, 2 de setembro de 2002. Seção 1.

_____. _____. *Instrução Normativa nº 27, de 2 de dezembro de 1998*. Dispõe sobre a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União dos processos de desestatização. Disponível em: <http://www2.tcu.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/TCU/NORMAS_JURISPRUDENCIA/ATOS_NORMATIVOS/INSTRUCOES_NORMATIVAS/INT1998_027.DOC>. Acesso em: 10 out. 2007.

CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS (ELETROBRÁS). *História*. Disponível em: <<http://www.eletronbras.gov.br/40anos>>. Acesso em: 10 out. 2007.

DALLARI, Adilson Abreu. Controle político das agências reguladoras. *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 18, p. 13-20, 2003.

FIANI, Ronaldo. Aspectos do modelo regulatório brasileiro: uma avaliação a partir dos conceitos de redes de políticas e herança institucional. In: SEMINÁRIO O CONTROLE EXTERNO DA REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, 2002, Brasília. *O Controle externo na regulação de serviços públicos*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2002. p. 37-52.

_____. *Governance problems in the Brazilian energy sector*. Disponível em: <<http://www.brazil.ox.ac.uk/BP%20Research%20Paper%20Number%203%20-%20Fiani.pdf>> . Acesso em: 10 out. 2007. (Oxford – BP Brasil. Research paper, n. 3.)

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *O Brasil na virada do milênio*. Brasília: IPEA, 1997. v. 2.

INTERNACIONAL ORGANISATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS (INTOSAI). *Diretrizes preliminares e melhores práticas em auditorias da regulação econômica*. Disponível em: <<http://www.nao.gov.uk/intosai/wgap/ecregguidelines.htm>>. Acesso em: 10 out. 2007.

MELO, Marcus André. Governance e reforma do Estado: o paradigma agente x principal. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 47, v. 120, n. 1, p.67-82, jan./abr. 1996.

_____. A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 16, n. 46, p. 56-68, jun. 2001.

NORTH, Douglas Cecil. Institutions. *Journal of economic perspectives*, n. 1, p. 97-112, Winter 1991.

_____. *Institutions, institutional change and economic performance*. New York: Cambridge University Press, 1990.

NUNES, Edson. *O quarto poder: gênese, contexto, perspectivas e controle das agências regulatórias*. Brasília: Instituto Hélio Beltrão. Disponível em: <http://www.eletronbras.gov.br/Downloads/IN_Noticias_Biblioteca/nunes2.zip>. Acesso em: 10 out. 2007.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1999.

SILVEIRA, R. D. *Regime jurídico dos serviços de telefonia fixa*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

ZYMLER, Benjamim. O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v.2, n.11, p.3-7, jan. 2002.

NOTAS

¹ Neste trabalho, serão analisados os arranjos institucionais dos setores de energia (eletricidade, petróleo e gás), telecomunicações e rodoviários.

² Por meio dos instrumentos de delegação, a Administração pode transferir a responsabilidade pelo provimento de determinados serviços públicos a terceiros, sem, contudo, transferir a titularidade de tais serviços. O principal instrumento de delegação utilizado no Brasil é a concessão, feita pelo poder concedente, mediante licitação, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado (TCU, 1998).

- ³ Uma importante discussão a respeito da imprecisão das funções regulatórias do Estado está em Nunes (2001).
- ⁴ *Serviços contínuos* são aqueles cujo provimento não pode ser interrompido, mesmo que o Estado precise garantir – ele próprio – sua prestação. *Serviços universais* são aqueles que devem estar ao alcance de todo usuário, independente de onde esteja ou de sua condição sócio-econômica. *Preços razoáveis* são aqueles que remuneram o investidor pelos custos de operação e manutenção – desde que eficientes – e proporcionam lucros adequados aos riscos incorridos de acordo com cada setor.
- ⁵ Segundo Melo (1996), “sob incerteza e oportunismo, as promessas dão lugar a contratos cuja validade e cumprimento (*enforcement*) são assegurados por regras”. Para o autor, “o oportunismo descreve a discrepância entre o comportamento *ex-ante* e *ex-post* de uma situação contratual”.
- ⁶ Segundo North (1990), o custo de transação consiste na mensuração dos atributos do que está sendo transacionado e no custo de proteger direitos e garantir que os acordos serão cumpridos. No original: “*consist of the costs of measuring the valuable attributes of what is being exchanged and the costs of protecting rights and policing and enforcing agreements*”.
- ⁷ Congelamento de preços, reestatização, entre outras (MELO, 2001).
- ⁸ Ligações em microondas de baixa capacidade que interligavam Rio de Janeiro, São Paulo, Campinas, Belo Horizonte e Brasília (BRASIL, 1999).
- ⁹ Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, que vigorou até 1997.
- ¹⁰ Essa empresa viria a ser, no futuro, a Empresa Brasileira de Telecomunicações (Embratel).
- ¹¹ O poder de outorga dos serviços de telecomunicações foi retirado de estados e municípios e concentrado na União Federal por meio do Decreto nº 162, de 13 de fevereiro de 1967.
- ¹² Havia, nessa época, cerca de 900 empresas de telefonia independentes no Brasil que operavam uma planta com cerca de 2 milhões de terminais (BRASIL, 1995).
- ¹³ A CRT, controlada pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul; a Sercontel, controlada pela Prefeitura de Londrina; a Ceterp, controlada pela prefeitura de Ribeirão Preto; e a CTBC, a única empresa privada do sistema. Essas concessões foram ratificadas pela Constituição de 1988 (art. 66 dos ADCT, CF, 1988).
- ¹⁴ No Brasil, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 – a Lei Geral de Telecomunicações – introduziu a tarifação por preços máximos.
- ¹⁵ Cabe ao Poder Executivo, por exemplo, aprovar os planos de outorga e a definição dos regimes de prestação de cada modalidade de serviço de telecomunicação.
- ¹⁶ O Congresso aprovou a unificação da frequência em 60 hertz, impondo mudanças em estados como a Guanabara, o Rio de Janeiro, o Rio Grande do Sul e parte de Minas Gerais, que operavam em 50 hertz (Eletrobrás, 2004).
- ¹⁷ A partir de 1988, foram eliminados o Imposto Único sobre Energia Elétrica (IUEE) e o empréstimo compulsório. Além disso, foi transferida para os estados a arrecadação tributária equivalente às tarifas, a partir da criação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Com a nova Constituição, também foi instituída a compensação financeira – os *royalties* por área inundada. Tais fatores elevaram significativamente os custos de financiamento da Eletrobrás.
- ¹⁸ A Light foi vendida em maio de 1996 por US\$ 2,26 bilhões, sem ágio, ao consórcio formado pela estatal francesa *Électricité de France* (EDF) e pelas norte-americanas *Houston Industries Energy* e *AES Corporation*.
- ¹⁹ O leilão de venda da Escelsa – ocorrido em 1995, no início do primeiro mandato do governo de Fernando Henrique (1995-1998) – marcou o início efetivo da desestatização.
- ²⁰ A Eletrosul transformou-se numa empresa exclusivamente dedicada à transmissão de energia, mantendo a sigla, mas com a denominação de Empresa Transmissora de Energia Elétrica do Sul do Brasil S.A.
- ²¹ São as atividades à montante da refinação – ou do processamento, no caso da indústria do gás natural –, representadas pela exploração e pela produção de petróleo bruto e gás natural. De toda a cadeia produtiva da IP, as atividades do *upstream* foram as que sofreram maior impacto da chamada flexibilização do monopólio do petróleo.
- ²² Art. 1º da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953.

- ²³ Nos trechos concedidos, o governo já explorava a cobrança de pedágios diretamente por meio da autarquia federal – o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (Dener) –, mas o valor do pedágio não mantinha nenhuma correlação com os custos de operação e manutenção das rodovias. Tratava-se de recurso que se agregava aos recursos fiscais ordinários do Tesouro para auxiliar na manutenção das rodovias.
- ²⁴ Segundo esse modelo, os únicos assumidos pelos concessionários seriam o risco de tráfego e os riscos associados à obtenção de financiamentos.
- ²⁵ Nunes (2001) argumenta que “é perfeitamente possível que a presença ostensiva de grupos de interesses organizados não acarrete a maior participação da população como um todo, antes o contrário, aumente o poder de influência das pontas organizadas”.
- ²⁶ A capacidade de organização de cada grupo de interesse será diretamente proporcional aos ganhos potenciais *per capita* e inversamente proporcional ao custo de organização.
- ²⁷ A ANTT e a ANTAQ são exemplos de agências setoriais que favorecem o aumento da capacidade de organização – e pressão – dos empresários do setor regulado.
- ²⁸ Segundo a definição de William Melody adotada por Baudrier (2001), o termo “independência” não implica independência das políticas de governo, nem mesmo da usurpação do poder de fazer política, mas, ao invés disso, significa independência para implementar políticas sem interferências indevidas de políticos ou de lobistas da indústria.
- ²⁹ O fato de as agências definirem objetos de outorga, promoverem licitações e assinarem contratos, constando como parte na relação entre poder concedente e agentes delegados, é indesejável, pois uma das partes da relação também terá a missão de fiscalizar e arbitrar conflitos. Outro aspecto indesejável é que a definição dos objetos de outorga reflete, em certa medida, uma visão do Estado para o ritmo e a forma de expandir o provimento de serviços, a capacidade instalada e mesmo intensidade de desenvolvimento de uma atividade econômica. Em outras palavras, define uma componente importante da política setorial.
- ³⁰ Texto original: *A capital market entails security of property rights over time and will simply not evolve where political rulers can arbitrarily seize assets or radically alter their value.*
- ³¹ Clientelismo, de acordo com a definição de Guy Peters adotada por Fiani (2002), é a situação em que um grupo de interesse é percebido pela Administração como representante exclusivo do setor objeto de sua regulação. Esse monopólio de representação pode resultar na captura das agências reguladoras pelos agentes econômicos com maior poder de organização.
- ³² Os usuários, por sua atomização, detêm poucas informações sobre as bases jurídicas, materiais, operacionais e financeiras envolvidas na relação entre o poder concedente e seus delegados.
- ³³ As audiências públicas e os conselhos de consumidores são os principais.
- ³⁴ De acordo com a trilateralidade descrita por Pietro (1999).
- ³⁵ O Tribunal, mediante a Decisão Plenário nº 141/1993, aprovou requerimento acerca do acompanhamento de todos os procedimentos relativos à concessão para a exploração da Ponte Rio-Niterói, especialmente quanto à viabilidade técnica e econômica da outorga, à licitação e aos aspectos do contrato de concessão (Zymler, 2003).
- ³⁶ A primeira norma foi a IN TCU nº 10, de 22 de novembro de 1995, posteriormente substituída pela IN TCU nº 27, de 7 de dezembro 1998, que trata do acompanhamento das privatizações e das delegações mediante concessão, permissão ou autorização. Mais recentemente, foram editadas a IN nº 43, de 3 de julho de 2002, que dispõe sobre o acompanhamento dos processos de revisão tarifária periódica dos contratos de concessão dos serviços de distribuição de energia elétrica, e a IN nº 46, de 25 de agosto de 2004, que dispõe sobre a fiscalização dos processos de concessão de rodovias federais, inclusive as delegadas.
- ³⁷ Um exemplo dessa conduta é a proposta de atuação do Tribunal de Contas da União no acompanhamento das revisões tarifárias de distribuição de energia elétrica promovidas pela Agência Nacional de Energia Elétrica.
- ³⁸ Emenda Constitucional nº 19/1998 – art. 37.

○ CONTROLE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO SOBRE OS ATOS DISCRICIONÁRIOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

MARCIA CRISTINA NOGUEIRA VIEIRA

INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, cujos objetivos fundamentais são: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; assim como promover o bem de todos, nos termos dos artigos 1º e 3º da Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, estruturar um serviço público capaz de funcionar de forma a promover a inclusão social, organizar a ação do Estado com a finalidade de combater a pobreza e produzir políticas públicas capazes de reduzir as desigualdades sociais e regionais são, hoje, desafios adicionais do Estado brasileiro.

As agências reguladoras detêm importante papel na universalização dos serviços públicos. Sua atuação afeta diretamente a vida de cada indivíduo, visto que alcança, dentre outros segmentos, e de acordo com a respectiva competência, o preço das tarifas, a oferta de energia elétrica, a qualidade das estradas e os serviços de telecomunicações. No essencial, o fim último da política regulatória, mediante, entre outros mecanismos, a regulamentação da prestação de serviços públicos e a definição de tarifas, é a busca da igualdade social e do desenvolvimento econômico.

Além de terem impacto no cotidiano dos usuários, os setores regulados movimentam grande parcela do Produto Interno Bruto brasileiro, de sorte que o bom funcionamento das agências é de suma importância para o desenvolvimento do País e para a consecução de certa estabilidade social, cabendo à atividade regulatória a árdua missão de garantir a atratividade do negócio (equilíbrio econômico-financeiro), como condição para a existência de investimentos privados, e proteger os usuários, em favor dos quais a Lei nº 8.987/1995 – Lei de Concessões – garante a prestação de serviços públicos com qualidade, de forma contínua, com cortesia e a preços módicos.

Nesse cenário, a indefinição acerca de certos arranjos regulatórios, o fato de não estar claro o relacionamento de algumas agências com seus órgãos supervisores e com a área econômica, a assimetria de informação do processo regulatório e o medo da captura das agências por grupos de interesse são alguns dos fatores que concorrem para tornar necessário o controle externo sobre a atuação autônoma dos órgãos encarregados da regulação.

○ compromisso do Estado moderno com a prestação de serviços públicos de qualidade a um custo condizente com as expectativas da sociedade é inadiável. É certo que a sociedade está, dia a dia, mais interessada na qualidade da gerência pública e em seus resultados.

○ controle da regulação dos serviços públicos concedidos assume especial destaque nesse contexto, dados os extensos poderes outorgados pelo legislador ordinário às agências reguladoras.

Esse controle assume contornos particulares quando se trata dos atos discricionários, que envolvem o juízo de conveniência e de oportunidade – o chamado mérito administrativo-, aspectos, em princípio, de caráter eminentemente subjetivo, que estariam, à primeira vista, na esfera de decisão somente do administrador público, não comportando interferência por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário.

Na realidade, o que se verifica, por vezes, é a prática de atos lesivos, seja à sociedade diretamente, seja ao patrimônio público, seja em razão da inexistência dos motivos, seja em razão do desvio de finalidade ou de outras mazelas, sob a alegação de discricionariedade. São recorrentes, no âmbito do Poder Judiciário e do TCU, questionamentos acerca do exercício da faculdade discricionária da Administração Pública.

Pretende-se, no presente artigo, com foco na esfera federal, investigar se o Tribunal de Contas da União tem, de fato, competência, à luz dos princípios constitucionais, para controlar os atos discricionários das agências reguladoras. No cumprimento desse mister, busca-se, com apoio na doutrina e na jurisprudência pátrias, identificar os limites teóricos do controle externo, a cargo do TCU, sobre os aludidos atos, analisando, para tanto, entre outras questões, a autonomia das agências reguladoras e a jurisdição da Corte de Contas sobre os referidos entes.

O trabalho está organizado da forma que se segue. Na primeira parte são discutidas as dimensões do controle estatal sobre a atuação das agências reguladoras, passando-se, ato contínuo, ao controle externo a cargo do Tribunal de Contas da União (segunda parte).

Na terceira parte, a jurisdição do Tribunal de Contas da União sobre as agências reguladoras é objeto de análise.

E a quarta parte, então, apresenta aspectos relevantes sobre auditorias de natureza operacional. A possibilidade, ou não, de substituição da vontade do administrador público pelo Judiciário e/ou pelos órgãos de controle é o tema central da quinta parte.

Por derradeiro, frisam-se alguns aspectos que realçam a importância do controle do TCU sobre a atividade regulatória (sexta parte).

Pretende-se, alfim, oferecer subsídios tendentes a ampliar o conhecimento sobre o controle externo a cargo do TCU e sobre as agências reguladoras, especialmente sobre o controle, pelo mencionado Tribunal, destas agências, sobretudo no que diz respeito aos atos discricionários.

DIMENSÕES DO CONTROLE ESTATAL SOBRE A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Justen Filho (2002, p. 584) alerta que “a concentração de poderes discricionários em estruturas organizadas com critérios de autonomia tem de ser acompanhada do desenvolvimento de instrumentos político-jurídicos de controle e limitação”. Na esteira desse entendimento, afirma, as agências reguladoras estão sujeitas a diversas instâncias de controle, inclusive ao controle social e ao controle externo.

É nessa senda que o ilustre publicista deixa claro que a fiscalização, além de assegurar à sociedade a imposição de limites à atuação dos órgãos titulares de poder político, sempre em busca da realização do bem comum, não prejudica a autonomia, visto que autonomia não se traduz em ausência de controle.

Nessa linha, José Alfredo de Oliveira Baracho, citado por Moraes (2002a, p. 33), leciona que:

[...] nos Estados democráticos, as autoridades públicas e os cidadãos estão submetidos ao direito, que deve ter uma origem legítima, não apenas uma legalidade objetiva. Todos os atos da administração devem ser controlados, divergindo os Estados na maneira e nos instrumentos adequados à sua efetivação.

Acerca da necessidade de estrita observância aos princípios constitucionais, conforme ressaltado ao longo deste artigo, Caio Tácito, lembrado por Moraes (2002a, p. 34), destaca que “a liberdade decisória das Agências Reguladoras não as dispensa do respeito ao princípio da legalidade e aos demais fixados para a Administração Pública, no art. 37 da Constituição Federal de 1988”.

Referindo-se ao controle levado a efeito por terceiros, merece destaque a seguinte observação de Justen Filho (2002, p. 585):

Não será cabível que as políticas públicas, traduzidas em ações e omissões da agência, fiquem absolutamente imunes a qualquer tipo de controle externo. Ainda que se possa imaginar que a condução de determinados setores importará de autonomia de atuação mais intensa reconhecida a uma autarquia – tal como se passa, por exemplo, quanto a algumas facetas da competência do Banco Central do Brasil -, isso não pode significar a liberdade para adotar políticas públicas sem qualquer influência de outros órgãos.

Em se tratando de controle externo, o renomado jurista destaca o controle parlamentar; o controle pelo Tribunal de Contas; o controle pelo Ministério Público, via ação popular e ação civil pública; e o controle pelo Poder Judiciário, ante o princípio da unidade da jurisdição, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Política de 1988.

Nesse cenário, em face do tema em análise, algumas considerações são necessárias acerca do controle levado a termo pelo Parlamento e pelo Judiciário sobre as agências reguladoras, ficando o controle a cargo dos Tribunais de Contas para exame em tópico posterior do presente artigo.

O controle parlamentar, ancorado no artigo 49, inciso X, da Constituição Federal, pode, consoante ensinamento de Justen Filho (2002, p. 588):

[...] versar, de modo ilimitado, sobre toda a atividade desempenhada pela agência, inclusive no tocante àquela prevista para realizar-se em épocas futuras - ressalvada a necessidade de sigilo em face das características da matéria regulada. Poderá questionar-se não apenas a gestão interna da agência, mas também se exigir a justificativa para as decisões de cunho regulatório. Caberá

fiscalizar inclusive o processo administrativo que antecedeu a decisão regulatória produzida pela agência, com ampla exigência de informações sobre as justificativas técnico-científicas das opções adotadas.

Relativamente ao controle jurisdicional dos atos normativos abstratos produzidos pelas agências, que se consubstanciam em atos administrativos, e não em atos de cunho legislativo, ainda que produzam efeitos abstratos e gerais, o renomado doutrinador salienta (JUSTEN FILHO, 2002, p. 590-591):

[...] o exercício de competências vinculadas comporta ampla investigação pelo Judiciário. Mesmo no tocante à discricionariedade é possível cogitar da fiscalização jurisdicional. O controle jurisdicional não pode invadir aquele núcleo de autonomia decisória inerente à discricionariedade. Mas o respeito a esse núcleo de mérito não significa sequer impossibilidade de questionamento e exame. O Judiciário pode verificar se a autoridade administrativa adotou todas as providências necessárias ao desempenho satisfatório de uma competência discricionária. É possível invalidar a decisão administrativa quando se evidencie ter sido adotada sem as cautelas necessárias, impostas pelo conhecimento técnico-científico. A ausência de procedimento prévio, apto a assegurar a ponderação de todos os interesses submetidos à gestão da agência, pode conduzir à invalidação da decisão adotada.

Enfim, o controle jurisdicional não importará infração ao princípio da separação de poderes quando voltado a invalidar atos defeituosos e competências mal exercitadas. O que não se admite é a produção de norma geral e abstrata substitutiva daquela editada invalidamente pela agência.

A propósito, cumpre mencionar que Moraes (2002b, p. 810) noticia a evolução da doutrina administrativista, mediante a redução interpretativa da palavra “mérito”, no intuito de, com fundamento na teoria relativa ao desvio de poder ou de finalidade e na teoria dos motivos determinantes, afastar arbitrariedades praticadas pela Administração Pública a pretexto do exercício de seu poder discricionário.

Essa nova orientação pode ser ilustrada mediante reprodução de texto de Justen Filho (2002, p. 593), que, manifestando-se acerca da relação autonomia/controle das agências, faz um paralelo entre a realidade alienígena e a vivência brasileira:

No estrangeiro, a ampliação da autonomia das agências é acompanhada de correspondentes instrumentos de controle de sua atuação, de modo a evitar que sua autonomia frustre os princípios democráticos praticados em todos os países. Mais ainda, em nenhum país se ousa justificar a ampliação da autonomia e a supressão de controles com o argumento simplista da ampliação da eficiência da atividade administrativa.

No Brasil, o desconhecimento sobre as características próprias da organização político-jurídica estrangeira pode conduzir à implantação de agências com configuração despropositada, em face da ausência de precauções para neutralizar riscos de concentração e desvio de poder. O resultado poderá ser muito negativo, inclusive pela possibilidade de agravamento de defeitos e desvios sempre apontados a propósito da atividade administrativa. Não se pode admitir que a introdução de agências na organização administrativa brasileira seja instrumento para reduzir o controle social, político e jurídico sobre o exercício de competências estatais. A agência é uma forma de tornar o exercício das

competências regulatórias estatais mais transparente e controlável por parte da sociedade, não o oposto. Não se pode admitir que o Executivo, para impedir a fiscalização sobre suas decisões, veicule-as por meio de agências, dotadas de autonomia semântica. A criação de agências reguladoras destituídas de independência não produzirá maiores inovações em nossa ordem jurídica.

Moraes compartilha do mesmo entendimento. Reputa o ilustre publicista que (MORAES, 2002a, p. 29):

[...] apesar de sua independência, as Agências Reguladoras devem sofrer controle dos Poderes constituídos, em face da necessária manutenção do sistema de freios e contrapesos caracterizador da idéia de separação de poderes e da manutenção da centralização governamental.

Aprofundando o exame da matéria, Moraes aponta diversos mecanismos de freios e contrapesos, quer por parte do Poder Executivo (iniciativa de lei para criar, alterar e extinguir agências; coordenação geral da Administração Pública; possibilidade de fiscalização por meio de contratos de gestão e indicação dos dirigentes da agência) ou do Poder Legislativo (sustação dos atos normativos exorbitantes – artigo 49, inciso V, da Constituição Federal; fixação dos parâmetros básicos na lei de criação das agências; controle das agências com base no artigo 49, X, da Lei Maior), sem prejuízo do controle judicial, em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado constitucionalmente (artigo 5º, inciso XXXV, CF).

Referindo-se ao limite do controle exercido pelo Poder Judiciário, Barroso (2002, p. 126-127) ressalta:

Em matéria de controle dos atos administrativos, costumam-se distinguir, para fins de controle pelo Poder Judiciário, duas modalidades: o controle de mérito e o controle de legalidade. O Judiciário, em regra, somente pode exercer, em relação aos atos administrativos em geral, um controle de legalidade; apenas pode verificar se a lei à qual o administrador está vinculado foi cumprida.

A doutrina costuma identificar como os típicos elementos vinculados e, portanto, suscetíveis de avaliação pelo Poder Judiciário a competência, a forma e a finalidade do ato. Não se admite que o Judiciário exerça um controle do chamado “mérito do ato administrativo”, consubstanciado, de acordo com o conhecimento clássico, nos elementos motivo e objeto do ato, nos quais residiria a discricionariedade administrativa do agente público. Esse entendimento, que fez carreira no direito público brasileiro por muitas décadas, e que de certa forma ainda é de grande utilidade, confronta-se, todavia, com alguns conceitos novos.

O entendimento clássico de que não é possível exercer controle de mérito sobre os atos administrativos hoje cede a algumas exceções importantes de desenvolvimento recente e fulgurante, a saber: os princípios da razoabilidade, da moralidade e, já mais recentemente, o princípio da eficiência. Esses três princípios excepcionam o conhecimento geral de que o mérito do ato administrativo não é passível de exame. Isso porque verificar se alguma coisa é, por exemplo, razoável, ou seja, se há adequação entre meio e fim, necessidade e proporcionalidade – é, evidentemente, um exame de mérito. Portanto, a doutrina convencional a respeito do controle dos atos administrativos, incluindo-se aí os atos das agências reguladoras, subsiste, mas com essas exceções: é possível controle de mérito nas hipóteses de verificação da razoabilidade, moralidade e eficiência do ato.

No que tange às decisões discricionárias, Aragão (2003, p. 353) entende que o Poder Judiciário pode suprir, em caso de omissão, ou substituir, no caso de anulação, o exercício da atividade discricionária da Administração Pública “nos casos concretos em que existirem elementos objetivos suficientes para que, do conjunto dos dados normativos e fáticos disponíveis, se possa extrair uma – e apenas uma – solução legítima”.

Especificamente no que concerne ao controle da atividade-fim das agências reguladoras, Vanessa Vieira de Mello, lembrada por Aragão (2003, p. 353), assim se manifesta acerca da competência do Poder Judiciário e da fixação do valor das tarifas:

As agências, partes integrantes da Administração Pública, devem ser controladas pelo Poder Judiciário em seus atos. Um deles é a instituição de preços ou taxas para os usuários de seus serviços. Caberá, portanto, ao órgão jurisdicional definir a natureza da quantia a ser paga pelos usuários. Haverá, certamente, inúmeras dúvidas quanto à modicidade destes valores, bem como sobre a legitimidade da exigência citada, que não advém da lei, mas que constitui condição para a utilização do serviço. Observamos que ao Poder Judiciário não compete, de modo nenhum, a definição do valor a ser pago. Mas o reconhecimento da natureza jurídica desta exigência é essencial, para que se possa aferir sua validade em relação ao ordenamento jurídico e o cumprimento do princípio do devido processo legal substantivo.

O CONTROLE EXTERNO A CARGO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

112 Rui Barbosa, nos idos de 1890, em texto reproduzido por Santos (1997, p. 19-20), lançou as primeiras luzes sobre a instituição Tribunal de Contas, nos termos que se seguem:

Não basta julgar a administração, denunciar os excessos cometidos, colher a exorbitância ou a prevaricação, para as punir. Circunscrita a esses limites, essa função tutelar dos dinheiros públicos será muitas vezes inútil, por omissa, tardia, ou impotente. Convém levantar entre o poder que autoriza periodicamente a despesa e o poder que cotidianamente a executa, um mediador independente, auxiliar de um e de outro que, comunicando com a legislatura e intervindo na administração, seja não só o vigia, como a mão forte da primeira sobre a segunda, obstando a perpetuação das infrações orçamentárias, por um veto oportuno aos atos do Executivo, que direta ou indiretamente, próxima ou remotamente, discrepem da linha rigorosa das leis de finanças.

Hodiernamente, mantêm-se os Tribunais de Contas como guardiões das contas públicas, enquanto órgãos técnicos de fiscalização e controle. Consoante lição de Ferraz (2002, p. 4), a Constituição Federal, nos termos dos artigos 71 a 75, elevou os Tribunais de Contas “à condição de principal controlador das finanças públicas”.

O TCU, em particular, presta colaboração, no controle externo, ao Congresso Nacional e a suas Casas, sem vínculo de subordinação. Nessa linha, Affonso (1997, p. 112) assinala que os Tribunais de Contas, além de auxiliarem o respectivo Poder Legislativo, “exercem funções deles próprias e privativas, a configurar uma denominada ‘jurisdição especial’, reconhecida na Constituição (*caput* do art. 73), conquanto administrativa”.

Segundo Souto (1999, p. 32), controle significa, no tocante à Administração Pública, “faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”, sendo que, em última análise, o controle externo é o controle da sociedade sobre a Administração Pública feito por seus representantes nas Casas Legislativas. Esta incumbência a cargo do Congresso Nacional é realizada com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

A missão institucional do TCU consiste em “assegurar a efetiva e regular gestão dos recursos públicos, em benefício da sociedade”, tendo como visão “ser instituição de excelência no controle e contribuir para o aperfeiçoamento da administração pública”. Nessa vertente, o “negócio” da Corte de Contas Federal é o “controle externo da administração pública e da gestão dos recursos públicos federais” (BRASIL, 1999).

Mediante a Portaria TCU nº 59/2003, foi aprovada a atualização do Plano Estratégico do Tribunal para o quadriênio 2003-2007, “de modo a compatibilizá-lo com as atuais demandas e anseios da sociedade”, e, “considerando a necessidade de articular as ações de médio e longo prazos, de forma a conferir maior constância de propósitos e a aumentar a capacidade de resposta do TCU” (*in* BTCU Especial nº 3, de 17 de fevereiro de 2003). Especificamente no que diz respeito ao controle, foram feitas as observações que se seguem:

É possível, também, perceber que a sociedade, além de exigir que os serviços públicos sejam prestados com lisura e honestidade, espera que eles tenham qualidade. A ineficiência torna-se peso insuportável nos dias de hoje, e a população não está mais disposta a manter organizações inoperantes. Para o controle externo, o dever de contribuir para que a administração pública ofereça serviços que agreguem efetivo valor para a sociedade é essencial para o seu reconhecimento e legitimidade, porque controlar não é apenas punir. Controlar é, também, prevenir, corrigir, orientar, contribuir para aperfeiçoar.

[...]

Dessa forma, balizado pelo contexto no qual se encontra inserido, deve o Tribunal saber identificar e exigir dos gestores públicos, antes de tudo, a observância ao interesse público, de modo a efetivamente contribuir para que se tenha um País mais justo, com serviços públicos cuja execução seja pautada pela lisura e pela qualidade.

A modernização do Estado requer a participação do TCU principalmente como agente avaliador da eficiência, da eficácia e da economicidade da gestão pública, máxime no que diz respeito aos seus resultados, sem prejuízo da atuação como inibidor de irregularidades e de desvios que possam comprometer o atingimento dos objetivos estatais (Vilaça, 1997, p. 61).

Dissertando sobre os Tribunais de Contas e a modernização do Estado, assim se posicionou Vilaça (1997, p. 62-63):

A atuação dos Tribunais de Contas extrapola a verificação da legalidade da gestão governamental. Haverão de cuidar também do controle operacional dos atos administrativos. Não bastam contabilidade pública correta e ausência de delitos.

Cada vez mais, os critérios tradicionais – e algo envelhecidos – das auditorias se substituem por aqueles cujas vertentes se aproximam da Teoria dos Resultados, pois o que mais importa é, sem dúvida, avaliar os resultados obtidos pela gestão governamental.

Os Tribunais de Contas podem e devem contribuir efetivamente para a superação das deficiências detectadas no processo de modernização dos respectivos Estados, podendo assim colaborar para o fortalecimento de suas economias, por meio da melhoria do sistema de arrecadação de impostos, da redução dos níveis de corrupção e de desperdício, e da melhoria da eficiência da máquina estatal como um todo.

A missão dos Tribunais de Contas nesse contexto pode ser resumida na promoção da transparência, lisura e eficácia do processo de modernização, mediante o combate à corrupção e ao desperdício de recursos públicos, bem como a todas as formas de ineficiência que impeçam o bom desempenho da atuação estatal. Tal desiderato pode ser atingido, a depender da situação defrontada, ora pela realização das tradicionais auditorias de regularidade, ora por modalidades de auditoria voltadas para a avaliação dos resultados, sendo cada vez mais necessária a especialização dos auditores em áreas como meio ambiente, obras públicas, sistemas de processamento de dados, entre outras.

A NATUREZA JURÍDICA DO TCU

114] Moreira Neto (2001, p. 11-12), ao discorrer sobre a natureza jurídica e a taxinomia dos Tribunais de Contas no sistema constitucional brasileiro, aponta as seguintes características destas Cortes de Contas:

- a) trata-se de órgãos constitucionais subordinantes, por lhe terem sido cometidas “doze funções constitucionais (art. 71 e § 2º) que permitem evidenciar relações em face às funções de outros órgãos ou conjuntos orgânicos do Estado”;
- b) são órgãos constitucionais essenciais, por desempenharem “funções políticas, assim entendidas as que são expressões imediatas da soberania (art. 73, I, c/c art. 70, *caput*)”, dentre as quais apreciar a legitimidade e não apenas a legalidade das contas; julgar as contas de administradores públicos, com exceção das contas do Chefe do Poder Executivo; e fiscalizar aplicações de recursos repassados pela União aos demais entes federados;
- c) cuida-se de órgãos garantidores dos valores político-constitucionais do Estado Democrático de Direito, visto exercerem “funções indispensáveis ao funcionamento dos princípios republicano e democrático, no tocante a um dos mais delicados aspectos de qualquer governo, que é, desde a Magna Carta, a gestão fiscal: a disposição político-administrativa dos recursos retirados impositivamente dos contribuintes”.

Com fundamento no artigo 44 da Carta de Outubro, Carlos Ayres Britto (2001, p. 2-3), hoje membro do Pretório Excelso, afirma que o Tribunal de Contas da União não é órgão do Congresso Nacional, nem do Poder Legislativo, assim como não é “órgão auxiliar do Parlamento Nacional, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional”, desfrutando do “altaneiro *status* normativo de autonomia”.

Aprofundando o exame do assunto, Britto (2001, p. 3) preleciona:

quando a Constituição diz que o Congresso Nacional exercerá o controle externo “com o auxílio do Tribunal de Contas da União” (art. 71), tenho como certo que está a falar de “auxílio” do mesmo modo como a Constituição fala do Ministério Público perante o Poder Judiciário. Quero dizer: não se pode exercer a jurisdição senão com a participação do Ministério Público. Senão com a obrigatória participação ou o compulsório auxílio do Ministério Público. Uma só função (a jurisdicional), com dois diferenciados órgãos a servi-la. Sem que se possa falar de superioridade de um perante o outro.

Nessa linha de raciocínio, conclui o ilustre magistrado que “o TCU se posta é como órgão da pessoa jurídica União, diretamente, sem pertencer a nenhum dos três Poderes Federais” (BRITTO, 2001, p. 3).

Alfim, detalhando o relacionamento entre o Poder Legislativo e o Tribunal de Contas, Britto (2001, p. 5-6) acentua:

4.2. Em rigor de exame teórico ou apreciação dogmática, Poder Legislativo e Tribunal de Contas são instituições que estão no mesmo barco, em tema de controle externo, mas sob garantia e independência e imposição de harmonia recíproca. Independência, pelo desfrute de competências constitucionais que não se confundem (o que é de um não é do outro, pois dizer o contrário seria tornar inócua a própria explicitação enumerativa que faz a Constituição para cada qual dos dois órgãos públicos). Harmonia, pelo fim comum de atuação no campo do controle externo, que é um tipo contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial de controle sobre todas as pessoas estatais-federadas e respectivos agentes, ou sobre quem lhes faça as vezes.

Quanto à natureza jurídica da Corte Federal de Contas, a opinião de Affonso (1997, p. 114) é no sentido de ser o TCU:

um órgão autônomo, no contexto dos Poderes da República, que são independentes e harmônicos entre si (Const., art. 2º), tanto que lhe foram asseguradas as atribuições de auto-governo próprias dos Tribunais integrantes do Poder Judiciário (cfr. artigos 73, *in fine*, e 96). Seus Membros são equiparados em garantias e prerrogativas aos do Superior Tribunal de Justiça (Const., art. 73, § 3º).

Moreira Neto (2001, p. 16), por sua vez, entende que a relação entre o Poder Legislativo e o Tribunal de Contas não é de hierarquia ou de subordinação, mas de cooperação, sendo que a “função de cooperação compartilha a mesma natureza política de controle que é exercida pelo órgão assistido”, qual seja, o Congresso Nacional (2001, p. 15). Nesse sentir, aponta:

- a) a cooperação é apenas técnica quando a Corte de Contas atua “como especialista no processamento da legalidade e da economicidade dos dados contábeis, financeiros, orçamentários e patrimoniais e, assim, despido do caráter decisório de órgão de soberania”;
- b) a cooperação assume natureza política “quando o Tribunal atua na avaliação da legitimidade dos dados operacionais da administração financeiro-orçamentária,

neste caso, mesmo sem definitividade, emitindo decisões revestidas do típico caráter dos órgãos da soberania”.

Em síntese, acompanhando o posicionamento de corrente majoritária da doutrina, Moreira Neto (2001, p. 23) asseve que

o Tribunal de Contas, em cada nível federativo em que se apresente, é órgão constitucional cooperador plural e onímodo de toda a administração financeiro-orçamentária, não se subsumindo a qualquer um dos Poderes do Estado no desempenho de sua atuação juspólitica.

Nessa seara, a teor da Carta Política de 1988, Souto (1999, p. 34) entende ser o Tribunal de Contas da União uma corte administrativa,

dotada de autonomia, vinculada ao Poder Legislativo, com competência para julgar contas dos administradores e responsáveis por bens e valores públicos, sem função judicante *stricto sensu*, embora dotada de jurisdição própria, peculiar e específica.

Tendo como destinatários a União e os órgãos/entidades integrantes da administração federal direta e indireta, nos termos do artigo 70 da Lei Maior, ao TCU incumbem, de acordo com Souto, as funções fiscalizadora, consultiva, informativa, judicante, sancionadora, corretiva, normativa e de ouvidoria, conforme quadro que se segue, no qual são sintetizadas as atribuições do Tribunal constitucionalmente previstas.

Quadro 1 Funções básicas do Tribunal de Contas da União

Função fiscalizadora	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Realizar auditorias e inspeções em todas as unidades de todos os órgãos e entidades da administração direta e indireta dos três Poderes da União; ▪ Examinar a regularidade de atos de admissão de pessoal e de aposentadoria, reforma e pensão; ▪ Fiscalizar contas nacionais de empresas supranacionais de que a União participe; ▪ Fiscalizar aplicação de recursos federais repassados a Estados e Municípios, mediante convênio; ▪ Controlar declarações de bens e rendas de autoridades públicas; ▪ Calcular percentuais de participação de Estados e Municípios no Fundo de Participação dos Estados e no Fundo de Participação dos Municípios, além de fiscalizar a respectiva entrega; ▪ Controlar arrecadação e renúncia de receitas;
Função consultiva	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Analisar as contas do Presidente da República e emitir parecer prévio, a fim de subsidiar seu julgamento pelo Congresso Nacional; ▪ Responder consultas feitas por determinadas autoridades sobre dúvidas atinentes a assuntos de competência do Tribunal;
Função informativa	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Prestar informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por suas Casas ou suas respectivas Comissões; ▪ Representar ao Poder competente sobre irregularidades apuradas; ▪ Encaminhar ao Congresso Nacional relatórios trimestrais e de atividades;
Função judicante	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Julgar contas de administradores públicos e de outros responsáveis por bens e por valores públicos ou por prejuízos ao erário;

Função sancionadora	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Condenar o responsável ao recolhimento do débito e/ou da multa; ▪ Afastar do cargo dirigente responsável por obstrução de auditoria; ▪ Declarar a indisponibilidade de bens; ▪ Declarar a inabilitação para exercício de funções de confiança por cinco a oito anos; ▪ Declarar a inidoneidade para participar de licitação por até cinco anos; - Solicitar à Advocacia-Geral da União providências para arresto de bens de responsável em débito;
Função corretiva	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Fixar prazo para adoção de providências para cumprimento da lei; ▪ Sustar ato impugnado quando não forem adotadas as providências determinadas;
Função normativa	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Expedir instruções e atos normativos sobre matéria de competência do Tribunal e sobre organização de processos que lhe devam ser submetidos;
Função de ouvidoria	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Receber denúncia oferecida por responsável pelo controle interno, por cidadão, partido político, por associação ou por sindicato; bem como representação feita por órgão ou autoridade e representação sobre irregularidade em licitação.

Fonte: Palestra proferida pelo Ministro do TCU Humberto Guimarães Souto, em 17 de março de 1999, na Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, versando sobre CONGRESSO NACIONAL, TRIBUNAL DE CONTAS E CONTROLE EXTERNO (SOUTO, 1999, p. 34-35).

O TCU tem jurisdição própria e privativa, em todo o território nacional, sobre pessoas e matérias sujeitas à sua competência (artigo 4º da Lei nº 8.443/1992 - Lei Orgânica do TCU - LO/TCU).

A NATUREZA JURÍDICA DAS DETERMINAÇÕES E DAS RECOMENDAÇÕES DO TCU

117

A função jurisdicional do Estado, exclusiva do Poder Judiciário, não é afeta aos Tribunais de Contas, que detêm a chamada “jurisdição especial”. A despeito disso, cabe trazer à baila, por oportuno, o teor do Enunciado nº 347 da Súmula da Jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”.

Rocha (1998, p. 38) aponta o caráter técnico-político das decisões dos Tribunais de Contas, esclarecendo que decisão técnica “seria aquela tomada segundo os critérios estritamente legais, burocráticos, contábeis, etc.”, ao passo que decisão política “seria aquela tomada como manifestação de poder, portanto subjetivamente, segundo os critérios das vontades individuais ou, eventualmente, coletivas do Tribunal”.

Quando detectada, em sede de processo de contas ou de fiscalização, a ocorrência de falhas de natureza formal ou de outras impropriedades que não ensejem a aplicação de multa aos responsáveis ou que não configurem indícios de débito, assim como quando não apurada transgressão à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, o TCU expede determinações, impondo ao responsável, ou a quem lhe haja sucedido, a adoção de medidas necessárias à correção das impropriedades ou faltas identificadas, de modo a prevenir a ocorrência de outras semelhantes (artigos 18 e 43, inciso I, da Lei nº 8.443/1992, c/c artigos 208, § 2º, e 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU).

O descumprimento de decisão do Tribunal, salvo motivo justificado, bem como a reincidência no descumprimento de decisão, propiciam a aplicação da multa de que trata o artigo 58, inciso VII e § 1º, da Lei nº 8.443/1992, c/c o artigo 268, incisos VII e VIII, do Regimento Interno/TCU.

De outra parte, verificadas oportunidades de melhoria de desempenho, o TCU expede recomendações tendentes à adoção de providências por parte dos jurisdicionados, encaminhando os autos à unidade técnica competente, para fins de monitoramento do cumprimento das determinações (artigo 250, inciso III, do Regimento Interno/TCU).

Por oportuno, cabe ter presente que, nos termos da Carta Política de 1988, artigo 71, § 3º, as decisões do TCU de que resulte imputação de débito ou de multa têm eficácia de título executivo.

OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA LEGITIMIDADE E DA ECONOMICIDADE NA LEI ORGÂNICA/TCU E NO REGIMENTO INTERNO/TCU

A teor do disposto no artigo 1º, § 1º, da Lei nº 8.443/1992, ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida no referido diploma legal, decidir, no julgamento de contas e na fiscalização que lhe cabe, sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão e das despesas deles decorrentes, bem como sobre a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas.

118 Nesse sentido, o artigo 16, inciso I, da Lei nº 8.443/1992 preconiza que as contas serão julgadas regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável. De outra parte, serão julgadas irregulares, quando comprovada, dentre outras ocorrências, a prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico ou dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico (artigo 16, inciso III, alíneas **b** e **c**, da Lei Orgânica/TCU).

No que tange à fiscalização levada a termo pela Corte de Contas Federal, a Lei nº 8.443/1992 dispõe que, se for verificada a ocorrência de irregularidade quanto à legitimidade ou à economicidade, o Relator ou o Tribunal determinará a audiência do responsável para, no prazo estabelecido no Regimento Interno, apresentar razões de justificativa (artigo 43, inciso II, da LO/TCU).

Relativamente à fiscalização do TCU exercida por iniciativa do Congresso Nacional, compete à Corte de Contas Federal, nos termos do artigo 38, inciso IV, da Lei nº 8.443/1992, auditar, por solicitação da Comissão a que se refere o artigo 166, § 1º, da Constituição de 1988, ou comissão técnica de qualquer das Casas do Congresso Nacional, projetos e programas autorizados na lei orçamentária anual, avaliando os seus resultados quanto à eficácia, à eficiência e à economicidade.

Por seu turno, o Regimento Interno/TCU, detalhando procedimentos que regem o funcionamento do Tribunal, é pródigo na disciplina da matéria, contendo, dentre outros dispositivos, os que se seguem:

- a) os pareceres prévios a que se refere o *caput* do artigo 221 do Regimento serão conclusivos no sentido de exprimirem se as contas prestadas pelo Presidente da

República, pelos presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, pelos presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, consolidadas as dos respectivos tribunais, e pelo Chefe do Ministério Público da União representam adequadamente as respectivas posições financeira, orçamentária, contábil e patrimonial, em 31 de dezembro, bem como sobre a observância dos princípios constitucionais e legais que regem a administração pública federal. O relatório, que acompanhará os pareceres prévios, conterá informações sobre o cumprimento dos programas previstos na lei orçamentária anual quanto à legitimidade, à eficiência e à economicidade, bem como sobre o atingimento de metas e a consonância destes programas com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias. Conterá informações, ainda, sobre o reflexo da administração financeira e orçamentária federal no desenvolvimento econômico e social do País (artigo 228, *caput* e § 2º, incisos I e II);

- b) o Tribunal, no exercício de suas atribuições, poderá realizar, por iniciativa própria, fiscalizações nos órgãos e nas entidades sob sua jurisdição, com vistas a verificar a legalidade, a economicidade, a legitimidade, a eficiência, a eficácia e a efetividade de atos, contratos e fatos administrativos (artigo 230);
- c) auditoria é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para, dentre outras hipóteses, examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial, sem prejuízo de avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, de eficiência e de eficácia dos atos praticados (artigo 239, incisos I e II);
- d) inspeção é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para suprir omissões e lacunas de informações, esclarecer dúvidas ou apurar denúncias ou representações quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade de fatos da administração e de atos administrativos praticados por qualquer responsável sujeito à sua jurisdição (artigo 240);
- e) acompanhamento é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para examinar, ao longo de um período predeterminado, a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial; e avaliar, ao longo de um período predeterminado, o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados (artigo 241, incisos I e II);
- f) a fiscalização pelo Tribunal da renúncia de receitas será feita, preferentemente, mediante auditorias, inspeções ou acompanhamentos nos órgãos supervisores, bancos operadores e fundos que tenham atribuição administrativa de conceder, gerenciar ou utilizar os recursos decorrentes das aludidas renúncias, sem prejuízo do julgamento das tomadas e prestações de contas apresentadas pelos referidos órgãos, entidades e fundos, quando couber, na forma estabelecida em ato normativo. A fiscalização terá como objetivos, entre outros, verificar a legalidade, a legitimidade, a eficiência, a eficácia e a economicidade das ações dos órgãos e entidades mencionados no *caput*, bem como o real benefício socioeconômico dessas renúncias (artigo 257, *caput* e parágrafo único).

A JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO SOBRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS, LEGAIS E REGULAMENTARES DO CONTROLE

De plano, para fins de exame do assunto, impõe-se trazer a lume o disposto no artigo 70 da Constituição Federal, incluso na Seção IX – Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária, do Capítulo I – Do Poder Legislativo, do Título IV – Da Organização dos Poderes:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

O escopo do preceito constitucional é bastante amplo. No que diz respeito ao universo de destinatários, abrange “qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada”. No que se refere ao objeto da prestação de contas, alcança “dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda”. No que tange aos atos passíveis de fiscalização, inclui a utilização, a arrecadação, a guarda, a gerência e a administração dos dinheiros, bens e valores públicos¹ ou pelos quais a União responda, assim como as obrigações de natureza pecuniária assumidas em nome da União.

Particularmente no que diz respeito ao tema em estudo, a Constituição Federal, em seu artigo 71, confere competência ao TCU para, dentre outras atribuições:

[...]

II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

[...]

IV – realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

[...]

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX – assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X – sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI – representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Nos termos da Lei nº 8.443/1992, artigo 5º, a jurisdição do Tribunal abrange:

I - qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o inciso I do art. 1º desta Lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária;

II - aqueles que derem causa a perda, extravio ou a outra irregularidade de que resulte dano ao Erário;

[...]

VI - todos aqueles que lhe devam prestar contas ou cujos atos estejam sujeitos à sua fiscalização por expressa disposição de lei.

A Lei Orgânica/TCU (artigo 1º, § 1º) preceitua que, no julgamento de contas e na fiscalização que lhe compete, o Tribunal decidirá sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão e das despesas deles decorrentes, bem como sobre a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas.

No intuito de assegurar a eficácia do controle e para instruir o julgamento das contas, o Tribunal efetua a fiscalização dos atos de que resulte receita ou despesa, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição (artigo 41 da Lei Orgânica/TCU).

Esses dispositivos não comportam interpretação restritiva, sob pena de se fazer letra morta da fiscalização operacional a cargo do controle externo. Fossem apenas os atos de despesa em sentido estrito (empenho, liquidação e pagamento – artigos 58 a 70 da Lei nº 4.320/1964) que estivessem sujeitos ao controle externo, a fiscalização contábil, a fiscalização financeira e a fiscalização orçamentária de que trata a Constituição seriam, em princípio, por si sós, suficientes para suprir a necessidade de controle, o que se verifica não ser a vontade do Constituinte, que previu, expressamente, em acréscimo, a fiscalização operacional e a fiscalização patrimonial.

No contexto da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, “atos de gestão” são gênero, do qual “atos de que resulte receita ou despesa” são espécie. Decerto, não foi intenção do legislador ordinário dar a ambas as expressões sentido equivalente, eis que haveria comprometimento das diretrizes emanadas do texto constitucional, haja vista que a efetividade do controle seria infinitamente reduzida se a fiscalização pudesse recair somente sobre os atos de despesa *stricto sensu*.

Nesse cenário, a jurisdição do TCU alcança não somente os ordenadores de despesa, mas quaisquer servidores responsáveis por atos de que, direta ou indiretamente, resulte despesa pública. É nesse sentido que a Instrução Normativa/TCU nº 12/1996², artigo 10, arrolava como responsáveis, nos processos de contas anuais, no que se refere às autarquias, o dirigente máximo; os membros dos órgãos colegiados responsáveis por atos de gestão, definidos em lei, regulamento ou estatuto; o encarregado do setor financeiro ou outro co-responsável por atos de gestão; o encarregado do almoxarifado ou do material em estoque e o encarregado do depósito de mercadorias e bens apreendidos, quando cabíveis.

Literalmente, o artigo 1º, § 1º, da Lei Orgânica/TCU, antes transcrito, autoriza interpretação no sentido de que o Tribunal, no julgamento de contas e na fiscalização que lhe compete, decidirá, eventualmente, sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão isoladamente e, num segundo momento, sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade das despesas deles decorrentes.

Em reforço a essa tese, registre-se que, no exercício do controle externo, pode o Tribunal aplicar aos responsáveis, em caso de **ilegalidade de despesa** ou **irregularidade de contas**, as sanções previstas em lei (artigo 71, inciso VIII, da CF). Logo, tendo-se em mente que a irregularidade das contas pode decorrer das diversas hipóteses previstas no artigo 16³ da Lei nº 8.443/1992, deduz-se que o controle dos atos de gestão, dos quais não resulte despesa, integra, por via reflexa, o rol de competências a cargo do TCU.

Feitas essas observações, é de se concluir, numa interpretação sistemática, que a fiscalização operacional de que tratam os artigos 70 e 71 da Constituição; 1º, inciso II, e 38, inciso I, da Lei nº 8.443/1992, e 1º, inciso II, do Regimento Interno/TCU, por certo, compreende atos que não geram despesas para os cofres públicos.

122

CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA

Há de se observar, de início, a existência de acirrada controvérsia acerca da possibilidade, ou não, de as Cortes de Contas exercerem controle sobre as atividades finalísticas e sobre os atos administrativos discricionários das agências reguladoras. Como tipicamente ocorre na área jurídica, correntes diversas, por fundamentos distintos, sustentam teses opostas. Assim, há dissenso quanto à extensão dos poderes conferidos pelo Legislador Constituinte ao TCU, sobretudo no tocante ao alcance do controle calcado na legitimidade e na economicidade.

Em sede doutrinária, o mais ferrenho crítico da atuação dos Tribunais de Contas é Luís Roberto Barroso, que busca apontar limites diversos à competência destas Cortes.

Nesse sentido, cabe, preliminarmente, trazer a lume o seguinte posicionamento do autor (BARROSO, 1996, p. 131-132):

A função legislativa, ao longo dos anos, tem se caracterizado não apenas pela edição de normas, como também pela missão, elevadíssima, de fiscalização dos atos governamentais, nos diferentes níveis, que vão desde sua conveniência política até sua legalidade. É neste domínio que se insere o Tribunal de Contas, instituído pela Constituição como órgão auxiliar do Poder Legislativo, ao qual compete, em controle externo, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos gastos públicos, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade (CF 1988, arts. 70 e 71). Não é papel do Tribunal de Contas,

por via de conseqüência, dizer definitivamente o Direito – pois isto incumbe ao Judiciário – nem tampouco substituir-se aos agentes públicos constitucionalmente designados para tomada de decisões políticas e administrativas – que é atribuição dos órgãos do Poder Executivo.

Em outra oportunidade, particularmente no que diz respeito às agências reguladoras, Barroso (1999, p. 372-374), além de destacar a impossibilidade de o Tribunal de Contas invadir a esfera de reserva administrativa destas agências, ratificou sua opinião no sentido de que a competência do Tribunal de Contas só se exerce legitimamente na fiscalização do emprego de recursos públicos, nos seguintes termos:

O Tribunal de Contas desempenha, nos termos da Constituição, um amplo conjunto de atribuições como órgão auxiliar do Poder Legislativo no controle externo da Administração Pública na fiscalização contábil, financeira e orçamentária. Não cabe, todavia, ao Tribunal de Contas: (a) exercer fiscalização que não tenha natureza contábil, financeira ou orçamentária, isto é, que não envolva o emprego de recursos públicos; (b) invadir a esfera de reserva administrativa de agência reguladora de serviços públicos para perquirir o mérito de suas decisões político-administrativas, interferindo com sua atividade-fim.

No dizer de Barroso (2002, p. 129-130), a possibilidade de fiscalização pelos Tribunais de Contas está condicionada ao uso de dinheiro público. Entende o autor não ser possível o Tribunal de Contas “investigar o mérito das decisões administrativas de uma autarquia, menos ainda de uma autarquia com as características especiais de uma Agência Reguladora”, nem “procurar substituir-se ao administrador competente no espaço que a ele é reservado pela Constituição e pelas leis”.

Prosseguindo em sua análise, Barroso (2002, p. 130) acrescenta que

É fora de dúvida, assim, que o Tribunal de Contas não pode avançar sua atividade fiscalizatória sobre a atividade-fim da agência reguladora, em clara violação ao princípio fundamental da separação dos Poderes. Logo, não pode o Tribunal de Contas, por exemplo, questionar decisões político-administrativas das agências reguladoras, tampouco requisitar planilhas e relatórios expedidos pela agência ou por concessionário, que especifiquem fiscalização e procedimentos adotados na execução contratual. Somente lhe cabe informar-se sobre o que possa ser legitimamente objeto de sua apreciação.

Na esteira desse raciocínio, Barroso *apud* Moraes (2002a, p. 30) acrescenta, ainda, que

onde a Agência Reguladora empregue verbas públicas, evidentemente, o Tribunal de Contas pode e deve analisar essas contas; mas o Tribunal de Contas não pode, a meu ver, como tem acontecido em algumas unidades da Federação, oficiar para a Agência Reguladora e perguntar: por que a barca que deveria fazer o trajeto tal e qual ainda não está em funcionamento com capacidade para 1.000 pessoas, como previa o edital? Porque este é um papel da Agência Reguladora, e o Tribunal de Contas não pode fiscalizar a atividade-fim da Agência Reguladora, sob pena de que ela não tenha independência.

No que toca ao controle a cargo dos Tribunais de Contas, Justen Filho (2002, p. 588-589) é outro jurista a interpretar a jurisdição destas Cortes de forma substancialmente restritiva. Afirma o doutrinador que o controle deve ater-se à “gestão administrativa em

sentido próprio”, vale dizer, dispêndios, licitações e contratações, atos atinentes a pessoal e respectiva remuneração, não cabendo “investigar o conteúdo das decisões regulatórias emitidas pela agência”.

Em outra vertente, é possível invocar inúmeros posicionamentos contrários ao de Barroso e ao de Justen Filho, por conseguinte, a favor do amplo espectro de atribuições conferidas às Cortes de Contas, inclusive no que se refere ao controle das atividades-fim das agências reguladoras.

Posicionando-se a favor da possibilidade de controle do mérito dos atos praticados pelas agências reguladoras, Mauro Roberto Gomes de Mattos (*apud* Aragão, 2003, p. 340) sustenta, com fulcro no artigo 71, inciso VIII, da Carta Magna⁴, que

o ato administrativo que defere o aumento da tarifa pública se inclui no enredo constitucional de contas públicas, visto que, mesmo ela sendo paga pelo usuário do serviço, é cobrada mediante a prestação de um serviço público outorgado pelo Estado. Nestas condições, o Tribunal de Contas possui a competência para aferir se é abusivo ou não o reajuste tarifário deferido pelo Poder Concedente, e se ele seguiu a liturgia legal que norteia a matéria.

Também Aragão (2003, p. 340) se coloca em prol dessa tese, “uma vez que, mediata ou imediatamente, os atos de regulação e de fiscalização sobre os concessionários de serviços públicos se refletem sobre o Erário”.

No mesmo sentido é o entendimento de Di Pietro (2002, p. 64) que, relativamente ao Tribunal de Contas, defende o controle de todos os atos das agências, inclusive os finalísticos, ante a competência constitucional da Corte para realização de inspeções e auditorias de natureza operacional nas entidades jurisdicionadas.

124

Dissertando sobre a sindicabilidade, ou não, do mérito da atuação administrativa, Furtado (2003, p. 15) afirma:

O mérito da atuação administrativa, vale dizer, o juízo de conveniência e oportunidade a ser adotado para definir o conteúdo da manifestação do administrador, no caso das normas expedidas pelas agências, deve estar em estrita sintonia com a adoção de soluções que, sob o ponto de vista técnico, econômico e social, sejam consideradas mais adequadas para a realização do interesse público.

Inserir o poder das agências de regular determinado segmento do mercado no campo da discricionariedade, e não do regulamentar, não importa em outorgar-lhes independência absoluta. Ao contrário, de há muito se discute a possibilidade de ser exercido, não apenas pelos Tribunais de Contas, mas também pelo próprio Poder Judiciário, controle de legitimidade sobre a atuação discricionária do administrador, tendo no princípio da razoabilidade instrumento adequado para tal mister. Sob a ótica do Poder Legislativo, o poder de que dispõe o Congresso Nacional, por meio de seu braço operante, que é o TCU, de realizar auditorias operacionais permitiria a fiscalização da atuação das agências sob ótica mais ampla, incluindo além de aspectos de legalidade e de legitimidade, aspectos de economicidade – o que importaria, segundo abalizada doutrina – exame do próprio mérito da atuação administrativa.

A seu turno, Bugarin (2001, p. 49), também defensor da possibilidade de controle sobre o mérito dos atos administrativos, leciona:

[...] no duplo e complementar exame da eficiência e da economicidade dos atos públicos de gestão, não se admite mais considerar o mérito do ato administrativo como empecilho à atuação do Controle Externo, em especial, nas situações em que se possa, diante do universo fático, determinar, racional e fundamentadamente, qual a alternativa que melhor atende o interesse público. Tal constatação, destaque-se, reforça a tese de que a Constituição Federal autoriza e impõe a avaliação pelos Tribunais de Contas do conjunto amplo de questões que se referem ao chamado mérito administrativo.

Nessa linha de entendimento, convém reproduzir o posicionamento de Zymler (2003, p. 10), referindo-se ao controle levado a termo pelo TCU sobre os entes reguladores:

Não há, portanto, maiores dúvidas a respeito da larga extensão da atividade fiscalizadora do Tribunal, a qual não se restringe a aspectos jurídico-formais, pois a Corte de Contas busca examinar os resultados alcançados pelas agências no exercício de sua missão institucional. Afinal, consoante o entendimento do eminente Ministro Marcos Vinícios Vilaça, “a fiscalização da legalidade só será relevante e eficaz se estiver integrada à avaliação do desempenho da administração pública e dos responsáveis pela gestão dos recursos públicos.”

Ademais, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998, o princípio da eficiência foi erigido a norma constitucional. Por conseguinte, compete também ao Tribunal verificar se as entidades sujeitas ao seu poder controlador atuam de forma eficiente. Aduzo que o art. 71, IV, da Constituição Federal expressamente conferiu ao Tribunal competência para realizar auditoria de natureza operacional, cujo objetivo vai muito além do mero exame da regularidade contábil, orçamentária e financeira. Essa auditoria intenta verificar se os resultados obtidos estão de acordo com os objetivos do órgão ou entidade, consoante estabelecidos em lei. Assim, examina-se a ação governamental quanto aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia.

O Tribunal realiza auditoria operacional nas agências visando a verificar se estão sendo atingidas as finalidades daquelas autarquias, o que abrange avaliar o cumprimento de sua missão reguladora e fiscalizadora. Dessa forma, impõe-se ao TCU fiscalizar a execução dos contratos de concessão. Uma análise superficial identificaria redundância das esferas de controle, visto que uma das atribuições das agências é exatamente fiscalizar os contratos de concessão e de permissão e os atos de autorização de serviços públicos.

Entretanto, reitero que o TCU exerce uma atividade fiscalizatória de segundo grau, buscando identificar se as agências estão bem e fielmente cumprindo seus objetivos institucionais, dentre os quais o de fiscalizar a prestação de serviços públicos. Deve a Corte de Contas, no desempenho de sua competência constitucional, atestar a correção da execução destes contratos. Ressalte-se, todavia, que esta ação não visa a controlar a empresa concessionária em si, mas apenas examinar se as agências estão fiscalizando de forma adequada os contratos por elas firmados.

Deve-se ter em mente, nessa nova concepção de Estado e de controle, que o objetivo maior a ser buscado é a prestação eficiente de serviços públicos, cabendo ao Tribunal contribuir para o atingimento desse nível de excelência.

Em face de todas essas considerações, cabe delimitar o alcance dos princípios da legalidade, da legitimidade e da economicidade, óticas sob as quais o TCU tem o dever de controle sobre as agências reguladoras.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

No que toca à Administração Pública, o princípio da legalidade significa que só se pode fazer aquilo que a lei autoriza ou determina. Em função disso, o princípio da legalidade é, por excelência, o principal fator restritivo da discricionariedade da administração pública, inclusive por parte das agências reguladoras. Como acentua Moraes (2002b, p. 781),

o tradicional princípio da legalidade implica que o administrador público somente pode fazer o que está expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, não havendo incidência de sua vontade subjetiva, dado que na administração pública somente é permitido fazer o que a lei autoriza. [Nessa linha, salienta o autor:] Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica.

126 | A propósito do tema, o princípio da legalidade, segundo Pazzaglini Filho (2000, p. 50), “determina a sujeição do agente à norma jurídica, ao regramento normativo geral e aos demais princípios constitucionais (somente pode atuar em conformidade com o Direito)”.

PRINCÍPIO DA LEGITIMIDADE

O controle sob a ótica da legitimidade, consoante entendimento de Nagel (1997, p. 32), significa:

não apenas a conformidade do ato às prescrições legais, mas também o atendimento aos princípios e fins da norma jurídica e, em tese, da moralidade e da finalidade pública, ou seja, a despesa pública para ser legítima precisa estar direcionada no sentido da concretização do bem comum.

A Administração Pública está vinculada à legalidade, “que nada mais é que uma legitimidade positivada”, “o interesse público legislado”, e à legitimidade, “o interesse público não legislado”, “naquilo que não foi ou não pôde ser positivado”, sendo a legitimidade “a conformidade do agir do Estado ao interesse público recolhido pelos instrumentos juspolíticos da democracia” (MOREIRA NETO, 1991, p. 15, 17 e 21).

Nesse sentir, Moreira Neto (1991, p. 7-8) destaca que a captação política dos interesses da sociedade define a legitimidade, que é muito mais ampla do que a legalidade, tendo em vista a impossibilidade de a lei definir, exaustivamente, todas as hipóteses de interesse público.

Torres (1994, p. 269), dissertando sobre o tema, ressalta que o aspecto da legitimidade engloba todos os princípios constitucionais orçamentários e financeiros, “derivados da idéia de segurança ou de justiça, que simultaneamente são princípios informativos do controle”. Ressalta, ainda, que

O controle da legitimidade é o que se exerce sobre a legalidade e a economicidade da execução financeira e orçamentária. As finanças públicas no Estado social de direito, que, ao contrário do Estado guarda-noturno ou do Estado liberal do século passado, tem a sua dimensão intervencionista e assistencialista, não se abrem apenas para a tomada de contas ou para o exame formal de legalidade, senão que exigem também o controle de gestão, a análise de resultados e a apreciação da justiça e do custo/benefício, a ver se o cidadão realmente obtém a contrapartida do seu sacrifício econômico.

Também em arrimo à sua tese, sustenta Torres (1994, p. 269-270):

Indubitável que a novidade constitucional do controle do aspecto da legitimidade significa abertura para a política. Entenda-se: não para a política partidária, nem para a pura atividade política ou discricionária, mas para a política fiscal, financeira e econômica. O intervencionismo e a ampliação do papel do Estado atual acarretam a necessidade das decisões políticas, da implementação de políticas e do aperfeiçoamento da política do bem-estar (*public policy, public purpose*), seja na via da elaboração dos planos e do orçamento, seja no momento posterior do controle de sua execução, que não pode deixar de ser político, finalístico, valorativo e balizado constitucionalmente pelos princípios financeiros. O aspecto político do controle se estende também ao Tribunal de Contas, que, sobre exercer fiscalização idêntica à do Congresso quanto à legalidade e economicidade da gestão financeira, precisa dotar as suas decisões do mesmo conteúdo e extensão dos atos administrativos que controla, sem, todavia, substituir as decisões da política econômica pelas suas preferências. Há que se distinguir entre o controle dos objetivos das decisões políticas, vedado à Corte de Contas, e o controle das contas dos órgãos públicos ou das premissas constitucionais (legalidade e economicidade) das decisões políticas, plenamente compatível com a nova estrutura democrática do País.

Sobre o assunto, Silva, J. (1996, p. 683) alerta que o controle de legitimidade, constitucionalmente previsto, por ser diverso do de legalidade, parece “admitir exame de mérito a fim de verificar se determinada despesa, embora não ilegal, fora legítima, tal como atender a ordem de prioridade estabelecida no plano plurianual”.

A seu turno, em linha de convergência com os posicionamentos expostos, Moreira Neto (2001, p. 17) acentua:

[...] a gestão fiscal pública se vai tornando, cada vez mais intensamente, a necessária, obrigatória e transparente expressão financeira de políticas públicas legítimas, portanto, consentidas e subsidiárias, que devem, por isso, prever riscos fiscais, e no desempenho das quais os agentes políticos e administrativos devem atuar com qualidades de prudência, responsabilidade e responsividade, tudo incorporado à ordem jurídica do País pela Lei Complementar nº 101/2000, já referida. Abrem-se, assim, para todos os órgãos de contas, amplas e fascinantes fronteiras no novo e delicado, mas superiormente concebido, controle fiscal da legitimidade, que se inaugura.

Por derradeiro, e na mesma direção, que é a de realização da legitimidade democrática nas finanças públicas, o parágrafo único [do artigo 70 da Constituição Federal], ao estender a atuação do Tribunal de Contas a toda a sociedade (pessoas físicas e pessoas privadas em geral), já seria um preceito suficientemente incisivo para desqualificar qualquer limitação exegética que ainda o pretendesse reduzir a uma atuação meramente interna e subordinada, de controle de legalidade.

Aragão (2003, p. 362) salienta que as agências reguladoras devem observância às políticas públicas traçadas na Constituição, às políticas preconizadas nas respectivas leis setoriais e às políticas do Governo para o setor.

A propósito, conforme magistério de Torres (1994, p. 270), a legitimidade popular para deflagrar o processo de controle externo, nos termos do artigo 74, § 2º, da Constituição Federal, dá legitimidade política ao Tribunal de Contas para exercer o controle.

A discussão sobre a legitimidade, quer em relação à função regulatória, quer em relação ao controle das despesas, está na ordem do dia. Por oportuno, convém reproduzir excerto da Exposição de Motivos, de autoria do Poder Executivo, que precede o Projeto de Lei nº 3.337/2004, o qual dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras e dá outras providências (grifos não são do original):

4. Conquanto este último aspecto não seja objeto deste projeto de lei, eis que seu encaminhamento demandará a promulgação de uma emenda constitucional, a falta de controle social é, certamente, a fonte maior das preocupações e dificuldades que demandam soluções por meio de alteração no marco legal das Agências Reguladoras. Nesse sentido, são propostos importantes aperfeiçoamentos no modelo adotado, instituindo-se maior rigor na delimitação de seus poderes; controle mais eficaz de suas atuações pelos órgãos especializados do Congresso; e, por fim, **ampliando-se a legitimidade do exercício da função regulatória pelas Agências Reguladoras**, de sorte a evitar que elas, pelo excessivo grau de insulamento, possam tornar-se facilmente capturáveis, ou que se distanciem do objetivo maior de atender ao interesse público e dos consumidores e usuários.

[...]

13. O desenvolvimento de instrumentos de controle social das Agências é um avanço imprescindível para o bom funcionamento do modelo, na medida em que esse controle atua como **elemento de legitimidade** e eficiência **na ação regulatória**. Nesse sentido, a experiência internacional indica que o desenvolvimento de reguladores independentes deve ser balanceado por mecanismos mais eficientes de controle social e de prestação de contas. É na ampliação desses instrumentos que se concentra a maior inovação do projeto de lei. São instituídos, estendidos ou ampliados os mecanismos de controle, responsabilização e transparência como consulta pública, apresentação de relatórios anuais ao Ministério setorial e às duas Casas do Congresso Nacional, obrigatoriedade do contrato de gestão entre o Ministério e a Agência, e criação de Ouvidorias em todas as Agências Reguladoras. Assim é que o projeto de lei reserva o Capítulo I para o processo decisório das Agências, nele prevendo: a) a decisão colegiada, em regra, como forma de respaldar as decisões do regulador (art. 3º); b) obrigação, para todas as Agências, de realizar consulta pública, além da necessidade de ampla divulgação dos resultados da consulta e

audiência pública realizadas (arts. 4º e 7º); e c) direito das associações de defesa do consumidor/usuário de indicarem até três representantes especializados para acompanhar os processos de consulta pública, custeados dentro das disponibilidades orçamentárias pela própria Agência (arts. 4º, § 5º).

PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE

Silva, J. (1996, p. 683) entende que o controle de economicidade envolve questão de mérito, “para verificar se o órgão procedeu, na aplicação da despesa pública, de modo mais econômico, atendendo, por exemplo, uma adequada relação custo-benefício”.

Para Nagel (1997, p. 32), o controle da economicidade tem por objetivo: aferir a relação entre o custo e o benefício das atividades e resultados obtidos pelos administradores na gestão orçamentária, financeira e patrimonial, pelos aspectos da eficiência e eficácia e à luz de critérios ou parâmetros de desempenho.

As agências reguladoras submetem-se à Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) - Lei Complementar nº 101/2000 -, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Carta Política.

Nos termos do artigo 1º, § 1º, da LRF, a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante, dentre outros mecanismos, o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições de ordens várias.

Nesse ensejo, referindo-se ao alcance que o controle deve ter, vale trazer a lume as lúcidas palavras de Santos (1997, p. 24):

A nossa experiência tem revelado que fraude e corrupção no serviço público estão invariavelmente associadas a um mal ainda maior: o desperdício. O descaso para com a coisa pública cria um ambiente fértil para o extravio de recursos, seja ele doloso ou não. Por isso, é fundamental que os sistemas de controle saiam da esfera da simples apreciação da legalidade, da observação das formalidades, e alcancem a esfera da economicidade, da eficiência e da eficácia da ação dos administradores públicos. Impõe-se que o setor público seja cobrado por abusos de custos, por desperdícios, e não apenas por desvios comportamentais.

No alto de seu magistério, Torres (1994, p. 267), tratando da matéria em vértice, assere que “o controle da economicidade entende com o exame e fiscalização material da execução orçamentária, em contraponto com o formal, que é o da legalidade”, destacando que “o conceito de economicidade, originário da linguagem dos economistas, corresponde, no discurso jurídico, ao de justiça”.

Nesse desiderato, convém ter presente, ainda, a lição do mestre (TORRES, 1994, p. 267):

Controle da economicidade significa controle da eficiência na gestão financeira e na execução orçamentária, consubstanciada na minimização de custos e gastos públicos e na maximização da receita e da arrecadação. Transcende o mero controle da economia de gastos, entendida como aperto ou diminuição de despesa,

pois abrange também a receita, na qual aparece como efetividade na realização das entradas orçamentárias. É, sobretudo, a justa adequação e equilíbrio entre as duas vertentes das finanças públicas. O controle da economicidade, relevante no direito constitucional moderno, em que o orçamento está cada vez mais ligado ao programa econômico, inspira-se no princípio do custo/benefício, subordinado à idéia de justiça, que deve prevalecer no fornecimento de bens e serviços públicos. Com efeito, o princípio do custo/benefício significa que deve haver adequação entre receita e despesa, de modo que o cidadão não seja obrigado a fazer maior sacrifício e pagar mais impostos para obter bens e serviços que estão disponíveis no mercado a menor preço; as correntes teóricas americanas da *new public finance* e da *public choice* vêm desenvolvendo esses aspectos, que se projetaram para o tema do controle de contas.

Expondo, de forma didática, o assunto, Bugarin, em linha de concordância com esses entendimentos, ressalta que a atuação do TCU tende, cada vez mais, a uma avaliação qualitativa dos gastos públicos, sendo que o princípio da economicidade constitui “parâmetro de natureza essencialmente gerencial, intrínseco à noção de eficiência, eficácia e efetividade” (1998, p. 41). Para Bugarin (1998, p. 44), o princípio da economicidade harmoniza-se integral e complementarmente com o recém-introduzido princípio constitucional da eficiência, previsto no artigo 37, *caput*, da Lei Maior.

Nesse diapasão, Bugarin (2004, p. 210) destaca, adicionalmente:

No que tange às suas dimensões significativas, o vocábulo economicidade se vincula, finalisticamente, no plano da ciência econômica e da teoria geral da administração, à idéia fundamental de desempenho qualitativo. Qualifica-se, nesse plano, como a obtenção do melhor resultado estratégico possível de uma determinada alocação de recursos financeiros, econômicos e/ou patrimoniais em um dado cenário socioeconômico.

Socorrendo-se dos ensinamentos de Bento José Bugarin, Paulo Bugarin (2001, p. 45) preleciona que “o conceito de eficiência se faz equivalente ao de economicidade na medida em que expressa a racionalidade com que é feita a seleção e alocação de recursos econômicos aos processos produtivos”.

Sistematicamente, analisando a missão institucional do TCU, Bugarin (1998, p. 45) predica:

[...] infere-se que o princípio constitucional da economicidade da gestão de recursos e bens públicos autoriza o ente político-administrativo encarregado do específico e peculiar afazer hermenêutico constitucional – *in casu*, o TCU –, ao exame, *pari passu*, dos elementos de fato informadores dos diversos processos subjetivos de tomadas de decisão de gastos/investimentos públicos *vis-à-vis* o conjunto objetivo dos resultados alcançáveis, qualificando-os, efetiva ou potencialmente, como ganhos ou perdas sociais, evitando-se, deste modo, a despesa pública antieconômica e a conseqüente perpetração do, muitas vezes irremediável, prejuízo social.

AUDITORIA DE NATUREZA OPERACIONAL

A auditoria de natureza operacional, prevista no artigo 71, inciso IV, da Constituição-cidadã, é o principal fundamento apontado pelos defensores da possibilidade de os Tribunais de Contas exercerem controle sobre as atividades-fim e sobre os atos

discrecionários das agências reguladoras. Nesta senda, mostram-se oportunas algumas considerações acerca desta modalidade de auditoria.

De pronto, ressalte-se que a literatura jurídica brasileira não oferece muitos subsídios para estudo do tema. Em função disso, é preciso buscar junto aos próprios órgãos de controle a disciplina desse instituto, buscando esclarecer sua natureza jurídica, seu escopo e sua área de abrangência.

Ao proceder à classificação das modalidades de auditoria, o Manual do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal, aprovado por meio da Instrução Normativa nº 1/2001, originária da Secretaria Federal de Controle Interno, à época vinculada ao Ministério da Fazenda, prevê que a auditoria operacional:

consiste em avaliar as ações gerenciais e os procedimentos relacionados ao processo operacional, ou parte dele, das unidades ou entidades da administração pública federal, programas de governo, projetos, atividades, ou segmentos destes, com a finalidade de emitir uma opinião sobre a gestão quanto aos aspectos da eficiência, eficácia e economicidade, procurando auxiliar a administração na gerência e nos resultados, por meio de recomendações, que visem aprimorar os procedimentos, melhorar os controles e aumentar a responsabilidade gerencial. Este tipo de procedimento auditorial consiste numa atividade de assessoramento ao gestor público, com vistas a aprimorar as práticas dos atos e fatos administrativos, sendo desenvolvida de forma tempestiva no contexto do setor público, atuando sobre a gestão, seus programas governamentais e sistemas informatizados.

Aprovado por meio da Portaria nº 144, de 10 de julho de 2000, o Manual de Auditoria de Natureza Operacional, editado no âmbito do TCU, preceitua que a auditoria de natureza operacional, abrangendo a auditoria de desempenho operacional e a avaliação de programa, consiste “na avaliação sistemática dos programas, projetos, atividades e sistemas governamentais, assim como dos órgãos e entidades jurisdicionadas ao Tribunal”. Prevê, também, que “o objetivo da auditoria de desempenho operacional é examinar a ação governamental quanto aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia, enquanto a avaliação de programa busca examinar a efetividade dos programas e projetos governamentais” (2000, p. 15).

O foco principal da auditoria de desempenho operacional encerra, dentre outros, os aspectos que se seguem, consoante previsto no citado Manual:

- a) formas de aquisição, proteção e utilização, pelos órgãos e pelas entidades públicas, de seus recursos;
- b) causas de práticas antieconômicas e ineficientes;
- c) cumprimento das metas previstas;
- d) obediência aos dispositivos legais aplicáveis aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia da gestão.

Atinentes à auditoria de desempenho operacional, esses aspectos sintetizam três tipos de abordagem, quais sejam, análise da estratégia organizacional, análise da gestão e análise dos procedimentos operacionais do órgão/entidade, voltados ao exame dos processos de trabalho, nos termos do quadro em anexo (MANUAL, 2000, p. 16-17).

Quadro 2 Auditoria de Desempenho Operacional – Principais Aspectos

Análise da Estratégia Organizacional	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Cumprimento da missão definida em lei; ▪ Adequação dos objetivos estratégicos às prioridades de Governo; ▪ Identificação dos principais produtos, indicadores de desempenho e metas organizacionais; ▪ Identificação dos pontos fortes e fracos da organização, e das oportunidades e ameaças ao desenvolvimento organizacional; ▪ Existência de superposição e duplicação de funções.
Análise da Gestão	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Adequação da estrutura organizacional aos objetivos do órgão ou entidade; ▪ Existência de sistemas de controle adequados, destinados a monitorar, com base em indicadores de desempenho válidos e confiáveis, aspectos ligados à economicidade, à eficiência e à eficácia; ▪ Uso adequado dos recursos humanos, instalações e equipamentos voltados para a produção e prestação de bens e serviços na proporção, qualidade e prazo requeridos; ▪ Extensão do cumprimento das metas previstas pela administração ou legislação pertinente.
Análise dos Procedimentos Operacionais	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Existência de rotinas e procedimentos de trabalho documentados e atualizados; ▪ Cumprimento das práticas recomendadas pela legislação para aquisição de bens e de serviços; ▪ Adequação das aquisições no que se refere aos prazos, à quantidade, ao tipo, à qualidade e aos preços; ▪ Guarda e manutenção dos bens móveis e imóveis.

Fonte: Manual de Auditoria de Natureza Operacional do TCU

132 De outra parte, a avaliação de programa, buscando apurar “em que medida as ações implementadas lograram produzir os efeitos pretendidos pela administração” (MANUAL, 2000, p. 17), destaca, em especial, os aspectos adiante identificados (MANUAL, 2000, p. 18).

Quadro 3 Avaliação de Programa – Principais Aspectos

<ul style="list-style-type: none"> ▪ Concepção lógica; ▪ Adequação e relevância de seus objetivos, declarados ou não, e consistência entre estes e as necessidades previamente identificadas; ▪ Consistência entre as ações desenvolvidas e os objetivos estabelecidos; ▪ Conseqüências globais para a sociedade; ▪ Relação de causalidade entre efeitos observados e política proposta; ▪ Fatores inibidores do seu desempenho; ▪ Qualidade dos efeitos alcançados; ▪ Existência de outras alternativas de ação, consideradas ou não pela administração, e os respectivos custos envolvidos (análise de custo-efetividade); ▪ Cumprimento de dispositivos legais aplicáveis à sua natureza, aos seus objetivos e à população-alvo.
--

Fonte: Manual de Auditoria de Natureza Operacional do TCU

O Projeto de Lei nº 3.337/2004, que versa sobre as agências reguladoras, contém dispositivos disciplinando a celebração, pelas agências reguladoras, de contrato de gestão e de desempenho com o Ministério ao qual estiverem vinculadas, a teor do § 8º do artigo 37 da Constituição Federal, dispondo que o contrato será o instrumento de acompanhamento da atuação administrativa da agência reguladora, devendo ser juntado à respectiva prestação de contas da agência e do Ministério ao qual estiver vinculada, nos termos do artigo 9º da Lei nº 8.443/1992. O contrato, segundo o projeto, servirá, no âmbito do TCU, de peça de referência em auditoria operacional (artigo 9º, §§ 3º e 5º).

Barzelay (2002, p. 35) defende que “as principais medidas de mérito embutidas no conceito de auditoria de desempenho são a economia, a eficiência e a efetividade”, referindo-se a economia à eliminação dos desperdícios de insumos; a eficiência, à otimização dos processos de transformação de insumos em produtos; e a efetividade, a influenciar positivamente o impacto por meio da geração de produtos. Nesse cenário, entende que a idéia subjacente às auditorias de desempenho é que “as organizações devem ser responsabilizadas pelos resultados de sua atuação mais do que pela sua forma de funcionamento” (BARZELAY, 2002, p. 36).

Nesse sentir, Rocha (1998, p. 39-40) salienta que, em face da Constituição Federal de 1988, que prevê a realização de auditoria operacional e de resultados, a análise das políticas governamentais tornou-se obrigatória para o sistema Tribunais de Contas.

Em outra linha de raciocínio, Bucci (2002, p. 280) chega a conclusão semelhante, no sentido de que os controles dos Tribunais de Contas, a exemplo dos controles do Ministério Público e do Poder Legislativo, devem enfatizar o aspecto material da atividade administrativa:

1º) O direito administrativo brasileiro, compreendido tanto como campo legislativo quanto como área da ciência jurídica, deve reaproximar-se da ciência da administração e suas áreas afins, o que deve ter o efeito de clarificar o seu objetivo e reduzir o formalismo vazio, com vista à efetividade dos princípios e do ordenamento do direito público.

2º) O elemento político, não no sentido partidário, mas no sentido da relação da comunidade com o poder, presente no cotidiano da vida governativa e administrativa, deve ser reconhecido pela prática do direito administrativo, tanto no processo de definição do interesse público, como na sua execução, o que constitui o campo de atuação de uma política pública.

3º) Os controles posteriores sobre a atividade administrativa, sejam os do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, do Poder Legislativo, devem enfatizar o aspecto material dessa atividade, tomando por base o processo de formação do interesse público mencionado na conclusão anterior e o compromisso da Administração Pública, enquanto sujeito de direitos e obrigações, com esse processo.

A POSSIBILIDADE, OU NÃO, DE SUBSTITUIÇÃO DA VONTADE DO ADMINISTRADOR PELOS ÓRGÃOS DE CONTROLE

Cogita-se, em sede doutrinária e jurisprudencial, acerca da legalidade da substituição, seja pelo Judiciário ou pelos órgãos de controle, da escolha do administrador, ou seja, se seria ou não insindicável o mérito administrativo, se haveria ofensa ao princípio da tripartição dos Poderes, princípio angular do Estado Democrático de Direito.

Moreira Neto (1991, p. 56-57) entende não ser possível a substituição das opções administrativas, mas salienta que remanesce o dever de não se permitir que estas opções se façam com violação da lei, ainda que indireta. Salienta o autor que o que se sujeita à apreciação judiciária não é a discricionariedade em si, “mas o resultado de seu exercício e, ainda assim, no que exorbitou dos limites da ordem jurídica” (MOREIRA NETO, 1991, p. 60).

Concluindo sua linha de argumentação, Moreira Neto (2001, p. 62-63) aduz:

O Judiciário pode, assim, anular atos administrativos discricionários, fundados em inexistência de motivo, insuficiência de motivo, inadequabilidade de motivo, incompatibilidade de motivo, desproporcionalidade de motivo, impossibilidade de objeto, desconformidade de objeto e ineficiência de objeto, apenas controlando os limites objetivos do exercício discricionário.

O que se defere ao Judiciário é, portanto, uma tarefa que é, por definição, materialmente sua – o controle de legalidade – um poder-dever que lhe é próprio.

O controle dos limites, aqui preconizado, não é, portanto, a negação da discricionariedade nem, tampouco, a substituição do administrador pelo juiz, se não que, ao contrário, é seu reforço, pela precisão, com que beneficia o instituto e o sistema, e pela segurança com que brinda ao administrado, em última análise, origem e destinatário da ordem jurídica.

A sindicabilidade jurisdicional não reside na reavaliação do mérito, como poderia parecer aos que se encastelam em ultrapassados preconceitos doutrinários, mas na verificação de sua conformidade a esses limites: o Judiciário não examina o mérito em si mas no que o exorbita.

Tampouco redefine, o Judiciário, pelo exercício do controle, o interesse público. Este cabe ser definido pelo Legislativo e, residualmente, pela Administração. Mas o juiz parte do interesse público já definido e integrante da lei, que necessariamente há de estabelecer competência e finalidade para a prática dos atos administrativos.

Nesse passo, Pazzaglini Filho (2000, p. 115) também enfrenta a matéria, destacando:

[...] se o fato, o ato ou contrato administrativo, procedente do juízo ou da decisão discricionária do agente público, admitir algumas soluções corretas e, portanto, legítimas, e a escolhida revelar-se razoável ou eficiente na situação concreta, não pode o Juiz eleger outra do elenco das soluções corretas para o caso em julgamento que, segundo sua apreciação subjetiva, sua pauta de valores pessoais, seria mais adequada do que a adotada pela Administração Pública para atingir a finalidade legal. Se tal procedimento judicial fosse permitido, haveria a metamorfose do juiz em administrador substituto e, por conseguinte, a submissão da Administração Pública ao indevido discricionarismo do Poder Judiciário, o que é atentatório ao sistema normativo e à própria tripartição constitucional dos poderes públicos.

Então, havendo, em um caso concreto submetido ao crivo do Judiciário, mais de uma solução correta e, sendo inviável, mediante aplicação dos princípios constitucionais e, pois, por meio de critérios da legalidade, conhecer a única correta ou legítima ao caso em exame, tem que prevalecer a medida que o agente público, segundo o seu juízo discricionário, reputou a mais conveniente e oportuna ou, utilizando-se os parâmetros modernos, recepcionados pela Carta Magna, a mais eficiente e razoável para o caso em exame. É apenas nessa circunstância que a decisão do agente público não pode ser modificada pelo Poder Judiciário. É unicamente nessa esfera que reside a liberdade administrativa

insindicável, o espaço livre de apreciação do agente público, não sujeito à revisão jurisdicional.

Por seu turno, Marques Neto (2002, p. 463) sustenta que a tripartição de Poderes não pode ser adotada como anteparo a fim de evitar qualquer tipo de controle, dentre outros motivos porque a Lei nº 4.717/1965 – Lei de Ação Popular – “preconiza a possibilidade de anulação de atos administrativos por vício de finalidade, inexistência de motivo ou desvio de finalidade, elementos que levam, necessariamente, à apreciação da margem de discricionariedade”.

A jurisprudência sobre o tema é oscilante. Há, todavia, julgados recentes que admitem a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na apreciação da oportunidade e da conveniência do ato administrativo. A título de exemplo, cabe mencionar dois precedentes da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (RESP nº 493811/SP e 429570/GO, Decisões de 11 de novembro de 2003), cujas ementas bem ilustram a matéria:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO.

1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autorizam que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e de oportunidade do administrador.
2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.
3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.
4. Recurso Especial provido.

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

1. Na atualidade, a Administração Pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e à oportunidade do ato administrativo.
2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.
3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e de oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.
4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.
5. Recurso Especial provido.

Sobre o alcance da fiscalização levada a efeito pela Corte Federal de Contas, cabe trazer à baila excerto de proposta de deliberação formulada pelo Ministro Marcos Bemquerer Costa, e acolhida pelo Pleno do TCU, em sede recursal, no bojo de processo de inspeção realizada na sociedade de economia mista Furnas Centrais Elétricas S.A., que resultou, entre outras medidas, em determinações à Agência Nacional de Energia Elétrica (TC-006.862/2003-9, Acórdão nº 382/2004 - Plenário, *in* Ata nº 11):

2.Como salientado no Relatório “supra”, o recurso em questão foi interposto em face do Acórdão 1.456/2003 - Plenário - TCU, por meio do qual este Colegiado, entre outras providências, efetuou determinação à Aneel (subitem 9.1.1), no sentido de que fizesse constar nos editais de licitação de concessão de linhas de transmissão a obrigatoriedade de disponibilização de todos os equipamentos necessários à boa e regular operação do sistema, em especial os reatores reservas e sistemas de proteção contra incêndio.

3.A questão levantada pelo recorrente no sentido de que o TCU teria exorbitado de sua competência deve ser desde logo afastada. Como consignou o Analista da Serur, o Tribunal detém a prerrogativa de realizar auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (art. 71, IV, da Constituição Federal de 1988). O art. 70 estabelece que o Controle Externo - a ser exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do TCU (art. 71, “caput”) - compreende, entre outros, os aspectos de legalidade, legitimidade e economicidade.

4.Portanto, a competência constitucional do TCU vai bastante além da mera fiscalização de legalidade dos atos e contratos públicos, cabendo-lhe, ainda, expedir determinações relativamente a aspectos que, embora não constituam infração à norma legal “prima facie”, possam repercutir de forma negativa na efetiva prestação dos serviços públicos, matéria de que se trata neste processo.

5.No tocante à determinação objeto do subitem 9.1.1, “supra”, o recorrente sustenta que, no âmbito dos editais de licitação, são previstos quatro relatórios, quais sejam de viabilidade econômico-financeira, de detalhamento das alternativas existentes, sócio-ambiental e, o último, que caracteriza a rede já existente - cf. item 17 do Relatório.

6.Consoante restou patente, a partir das informações do recorrente e dos motivos aduzidos pelo Analista da Serur, a filosofia adotada pela Aneel - na seleção de empresas para prestação de serviços de transmissão de energia elétrica - consiste em sistemática de aplicação de pesadas multas ao contratado em caso de interrupção dos serviços contratados.

7.Pode-se aceitar que esse critério - de aplicação de multas -, e que naturalmente induz os contratados a se cercarem de todas as precauções operacionais com vistas a evitar interrupções de fornecimento de energia, seja mais eficiente do que se tentar, aprioristicamente, estabelecer uma série de equipamentos e procedimentos necessários à prevenção dessas falhas.

8.Além disso, essas especificações técnicas mínimas a serem exigidas dos licitantes e necessárias às ditas contratações deveriam ir bastante além da exigência de equipamento de segurança, reatores reservas e sistemas de proteção contra incêndio.

9. Ante o exposto, estou de acordo com a proposta da Serur no sentido de que o Tribunal torne sem efeito a referida determinação.

No caso, o TCU, embora tenha reafirmado sua competência, reconheceu, ante os motivos expostos pela recorrente - Aneel -, a impertinência da determinação que fora formulada, visto que, no exercício do poder discricionário que lhe cabe, a agência reguladora, em vez de definir, nos editais de licitação, especificações técnicas exaustivas, necessárias à boa e regular operação do sistema, optou por estabelecer, nos contratos de concessão, pesadas multas para situações em que as instalações de transmissão fiquem indisponíveis, medida que foi considerada, pelo Relator *ad quem*, “mais eficiente do que se tentar, aprioristicamente, estabelecer uma série de equipamentos e procedimentos necessários à prevenção dessas falhas”, quais sejam, interrupções de fornecimento de energia (item 7 da transcrição, *supra*).

Outro julgado interessante e que merece referência no presente artigo, pelo fato de tratar especificamente da questão da possibilidade, ou não, de substituição da vontade do administrador, diz respeito à consulta formulada pela então Ex.^{ma} Ministra de Estado de Minas e Energia, Sr^a Dilma Rousseff, acerca da interpretação da Decisão nº 150/2001 – TCU – Plenário, no que tange à prorrogação de prazo da fase de exploração dos contratos de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural firmados entre a Agência Nacional do Petróleo (ANP) e a Petróleo Brasileiro S.A (Petrobras) e parceiras, no âmbito da denominada “Rodada Zero”.

Na ocasião, o Relator do processo, Ministro Walton Alencar Rodrigues, ficou vencido na preliminar, em que se manifestava pelo não-conhecimento da consulta, por versar sobre caso concreto, fato impeditivo da admissibilidade (artigo 265 do Regimento Interno/TCU). Relativamente ao tema em debate, posicionou-se nos seguintes termos, consoante Voto (preliminar) dos Acórdãos nºs 934 e 935/2004, proferidos nos autos do TC-003.995/2004-0:

Ademais, nos termos expressos da Lei nº 9.478/1997, o órgão expressamente dotado de competências para a solução da questão e prática do ato administrativo é a Agência Nacional do Petróleo. Há, portanto, omissão, perfeitamente caracterizada, por parte da ANP, com relação à ausência de provimento acerca da questão da prorrogação das concessões desejadas pela Petrobras, passível de causar graves danos ao País.

Com o pretendido pronunciamento do TCU, em face da questão suscitada, estaria o Controle se substituindo à autoridade administrativa competente, no caso, a Agência Nacional do Petróleo, autarquia especial, vinculada ao Ministério das Minas e Energia, incumbida legalmente de regular as atividades econômicas derivadas da exploração do petróleo, com a prática dos atos requeridos.

A competência da ANP é inequívoca e pode ser exercida a qualquer momento, nada havendo que lhe obste, nos termos do citado diploma, o regular funcionamento.

Esclarecesse o TCU a solução que deve ser adotada pela ANP, em face do caso concretamente delineado, pela via irregular da consulta, estaria a arrogar-se poderes que constitucionalmente não tem, uma vez que a sua decisão estaria a vincular a autoridade administrativa competente, inibida de atuar em outra direção, mesmo em face de suas convicções quanto ao mérito do ato e à pertinente interpretação da legislação em vigor.

O órgão de controle deixaria de sobrepor-se à autoridade, num controle “a posteriori”, para a ela se substituir, num controle prévio que, formalmente, mediante consulta, é descabido. O sistema de controle, previsto na Constituição Federal, apenas legitimamente funciona quando a Administração pratica o ato e o TCU lhe afere a legitimidade, concomitante ou posteriormente. Se o TCU passa a ditar os rumos da Administração, numa franca inversão de competências, sua principal atividade - o controle externo - está fadada ao fracasso.

Num momento em que a competência do Tribunal de Contas da União vem sendo sistematicamente questionada, em razão de decisões de graves repercussões na área da regulação, cabe reafirmar, uma vez mais, que sua atuação atém-se estritamente aos limites traçados pela Constituição da República e pelas leis do País.

Limita-se o TCU a verificar a conformidade da atuação da agência reguladora com os ditames legais e os contratos validamente firmados, corrigindo-lhe eventuais desvios. Essa atuação ocorre sempre que necessária e nunca transbordou para a prática de atos concretos, ou para a invasão da esfera de discricionariedade própria do órgão regulador.

Na verdade, a prática do ato administrativo concreto deve ocorrer na forma da lei, pela autoridade competente, com a exposição detalhada de todos os seus fundamentos, donde deriva a exata conformação dos motivos e pressupostos de fato com os princípios constitucionais e legais em vigor.

Essa circunstância corrobora, mais uma vez, a impossibilidade de responder à consulta, pois a solução da questão demanda a análise de elementos concretos, atinentes à salvaguarda dos atos adotados pelas concessionárias.

Pertinente, também, a formulação de determinação à ANP, no sentido de que proceda ao exame da questão, concedendo ou negando as pretensões à luz dos princípios constitucionais e legais em vigor e dos contratos legitimamente celebrados, fixando-lhe prazo adequado para o cumprimento da providência.

Paralelamente, a Sefid [Secretaria de Fiscalização de Desestatização, unidade técnica do TCU] deverá instaurar processo tendente ao concomitante monitoramento das decisões adotadas pela Agência Nacional do Petróleo, na forma do art. 243 do Regimento Interno do TCU, com vistas à verificação da regularidade do encaminhamento dado aos planos de avaliação de descobertas, nas áreas relativas aos blocos incluídos na denominada “Rodada Zero”.

Nessa fiscalização, a Sefid deverá verificar se a ANP ponderou, no caso concreto, em cada um dos “Planos de Avaliação de Descobertas”, a prática de atos ou investimentos que mereçam ser preservados à luz do interesse público, isto é, se os planos de avaliação são críveis e factíveis. Não se admitirá que a Agência, sob o argumento genérico da segurança jurídica, aprove indiscriminadamente os planos de avaliação já apresentados, sob pena de violação da norma e dos objetivos por ela visados. Por isso, deverá verificar se a ANP efetuou completa e rigorosa reavaliação de todos os planos já submetidos, tendo em vista a defasagem temporal entre a apresentação desses planos e o momento presente, para que esse instrumento não sirva unicamente como meio de burla aos prazos legal e contratualmente previstos.

Dessa forma, Voto no sentido de que o Tribunal de Contas da União não conheça da presente consulta e aprove o Acórdão que ora submeto à apreciação deste Plenário.

A preliminar foi superada, tendo o TCU conhecido a consulta, em caráter excepcional, considerando-se, em síntese, além da relevância da matéria, que não envolvia, diretamente, o exame de cada um dos contratos de concessão firmados entre a ANP e a Petrobras, e respondido à consulente que

os prazos das fases de vigência dos contratos de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural firmados pela ANP, no âmbito da 'Rodada Zero', admitem prorrogação para fins de estudo (avaliação) sobre a comercialidade de descobertas próximas ao final da fase de exploração, nos exatos termos da cláusula 5.1.2., alínea "c", constante nos termos aditivos dos referidos contratos.

Por todas essas considerações, é de se concluir, primeiramente, por óbvio, que não cabe ao TCU, em primeira mão, tomar decisões no lugar da agência reguladora, substituindo-a. Num segundo momento, pode-se inferir que, em face de um leque de soluções legais, legítimas, eficientes e econômicas, uma vez adotada, pela agência, qualquer uma delas, não cabe interferência do TCU. Contudo, em havendo soluções que se mostrem mais viáveis, deve o TCU perquirir o porquê da opção escolhida e, observado o devido processo legal, formular determinação a respeito e assinar prazo para adoção das providências cabíveis, se for o caso.

A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE E A JURISPRUDÊNCIA DO TCU SOBRE A ATIVIDADE REGULATÓRIA

139

A má regulação, a regulação inadequada e a ausência de regulação, além de conseqüências danosas à economia e à sociedade como um todo, entre outros segmentos (social, político, financeiro, etc.), podem acarretar vultosos prejuízos ao Tesouro.

A vertente econômica do modelo de regulação inclui os aspectos relativos ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público.

Sob esse prisma, o controle, pelo TCU, da atividade regulatória tem sua razão de ser, adicionalmente aos aspectos ressaltados na parte introdutória do presente artigo⁵, nos possíveis reflexos sobre os cofres do poder concedente, seja por força da obrigatoriedade de manutenção do aludido equilíbrio contratual, por exemplo, seja por força da eventual responsabilidade civil do Estado, no caso de dano decorrente da execução do serviço concedido, dentre outras hipóteses.

A delegação da prestação do serviço público não envolve a transferência da titularidade do serviço, vale dizer, não afeta o núcleo das competências públicas. O que se transfere é a "competência para desempenho das atividades materiais atinentes ao serviço público" (JUSTEN FILHO, 2003, p. 97), de sorte que o concessionário passa a ser o gestor do serviço, tendo o direito de administrar a atividade em seu próprio nome, embora não seja o titular.

A titularidade estatal sobre os serviços públicos tem assento constitucional. Nesse sentido, o Constituinte Originário, mediante o artigo 175 da Carta Política, dispôs incumbir

ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

A título de ilustração, dada a materialidade dos recursos financeiros envolvidos, convém sintetizar, em breves linhas, à luz do inteiro teor do acórdão disponibilizado na *internet*, as principais ocorrências afetas à disputa judicial envolvendo a Viação Aérea Rio-Grandense S/A - Varig e a União Federal, objeto, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF/1ª Região, da Apelação Cível nº 96.01.11458-0/DF, nos termos do Relatório aduzido pela Ex.^{ma} Juíza Eliana Calmon, então Desembargadora Federal, que presidiu a relatoria do processo:

a) a Varig, em fevereiro/1993, alegando ser concessionária de serviços públicos de transporte aéreo regular, ajuizou ação ordinária de indenização contra a União, tendo como objetivo o restabelecimento do equilíbrio do contrato de concessão, com o ressarcimento dos prejuízos suportados em decorrência do congelamento das tarifas, haja vista a quebra da equação econômica, a partir do arrocho provocado pelo Plano Cruzado, até janeiro/1992, quando ocorreu a liberação dos preços;

b) a demanda foi interposta com amparo na doutrina e no contrato firmado, cuja cláusula XI, parágrafo único, rezava que “as tarifas a serem aplicadas deverão ser fixadas pelo DAC [Departamento de Aviação Civil, do Ministério da Aeronáutica], tendo em vista os fatores de custo, para ser economicamente viável a operação, e, tanto quanto possível, as condições da região servida pelas linhas, de forma que o intercâmbio comercial dos produtos dessa região e dos artigos de seu consumo básico seja progressivamente aumentado em benefício da região”;

c) a companhia aérea pleiteou que a indenização fosse capaz de cobrir os prejuízos sofridos pela autora, abrangendo os danos emergentes e os lucros cessantes, devidamente corrigidos, incidindo juros de mercado, equivalentes aos dos empréstimos obtidos pela Varig para satisfação de seus compromissos, eis que obrigada a recorrer ao mercado financeiro para honrar as obrigações mais prementes, como as trabalhistas;

d) embora o contrato fosse anterior à Constituição vigente, datando de 8.7.1988, o artigo 167 da Emenda Constitucional 1/1969 já assegurava a garantia de que, nos contratos de concessão de serviços públicos, o valor das tarifas deveria corresponder à justa remuneração do capital, bem como permitir o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurar o equilíbrio financeiro do contrato;

e) a prova pericial acusou que, em fevereiro/1986, com o advento do Plano Cruzado, houve congelamento de preços por um ano, e as tarifas aéreas, já defasadas em 29%, ficaram sem reajuste durante 12 meses, sendo que o primeiro reajuste, após o congelamento, ocorreu em fevereiro/1987, no percentual de 30%, quando já havia uma defasagem acumulada de 53,8%. Os reajustes seguintes não obedeceram à política de custos, fazendo-se de forma aleatória e intempestiva;

f) a sentença proferida no 1º grau, pelo Juízo Federal da 17ª Vara/DF, julgou procedente a ação, reconhecendo haver o desajuste tarifário, e condenou a União a pagar a indenização de R\$ 2.236.654.126,92, valor este encontrado pelo perito oficial, cujo trabalho buscou apurar a diferença entre a receita virtual e justa e a receita efetiva;

g) o TRF/1ª Região, rechaçando o argumento da União de que a defasagem entre custo e tarifa fora causada pela má administração da empresa, entendeu que a defasagem decorreria de uma inflação reprimida, cujo índice não traduzia a realidade econômica vivida, e que se poderia questionar o montante das perdas, mas não a tese jurídica em debate;

h) por fim, em síntese, o Regional deu provimento parcial ao recurso da União, para excluir da condenação as perdas ocorridas até fevereiro/1988, por força da prescrição quinquenal, os lucros cessantes e os chamados juros de mercado, e negou provimento ao apelo da Varig, embora confirmando o direito aos expurgos inflacionários, devidos desde 1988, já incluídos na estimativa do perito do juízo.

Está na ordem do dia a discussão e a matéria encontra-se *sub judice*, estando os autos no E. Superior Tribunal de Justiça, para apreciação de recurso especial interposto pela Varig (RESP nº 628.806/DF).

Em face dos fatos ora sintetizados, envolvendo a companhia aérea rio-grandense, pode-se apontar a ausência de regulação como fator determinante da demanda judicial, pois o que se está discutindo é se houve violação, ou não, às cláusulas monetárias do contrato.

A propósito, cabe deixar assente que o poder público não tem como se furtar à obrigação de manter o equilíbrio dos contratos.

Sobre o assunto, ao tratar da Administração Pública, a Constituição Federal prevê, em seu artigo 37, inciso XXI, que, ressalvados os casos especificados na legislação, obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Regulamentando o mencionado dispositivo, a Lei nº 8.666/1993, editada como norma geral de licitação e contratação a que se refere o artigo 22, inciso XXVII, 1ª parte, da Carta Política, de aplicação subsidiária às concessões e permissões, é enfática com relação à necessidade de prévia concordância do contratado para a alteração das cláusulas econômico-financeiras e monetárias e, no caso do exercício, pelo poder concedente, da prerrogativa de modificação unilateral do contrato, à necessidade de manutenção do equilíbrio, a saber (grifos acrescidos):

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

[...]

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e **assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro**, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

[...].

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

[...]

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas **para que se mantenha o equilíbrio contratual**.

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II - por acordo das partes:

[...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a **manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato**, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

[...]

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá **restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial**.

A preservação do equilíbrio dos contratos de concessão e de permissão também foi objeto de atenção do legislador ordinário no exercício de 1995. Com o advento da Lei nº 8.987/1995, a matéria passou a ter a seguinte disciplina (grifos não são do original):

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

[...]

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de **manter-se o equilíbrio econômico-financeiro**.

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu **inicial equilíbrio econômico-financeiro**, o poder concedente deverá **restabelecê-lo**, concomitantemente à alteração.

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do **inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato**.

Conclusivamente, tem-se que, uma vez comprovado o desequilíbrio econômico-financeiro, o ônus de ressarcir o contratado, no caso, o concessionário, será do poder concedente, sempre. Na esfera federal, portanto, será sempre da União.

No que diz respeito à eventual responsabilidade civil do Estado, no caso de dano decorrente da execução do serviço concedido, reproduz-se, no intuito de ilustrar a matéria, ementa de julgado proferido pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, por intermédio da Segunda Turma, em sede de recurso especial (RESP nº 28.222/SP), versando sobre a responsabilidade do concessionário e do poder concedente, na esfera municipal:

DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. ARTIGOS 23, INCISO VI, E 225, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO. SOLIDARIEDADE DO PODER CONCEDENTE. DANO DECORRENTE DA EXECUÇÃO DO OBJETO DO CONTRATO DE CONCESSÃO FIRMADO ENTRE A RECORRENTE E A COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – SABESP (DELEGATÁRIA DO SERVIÇO MUNICIPAL). AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO POR ATO DE CONCESSIONÁRIO DO QUAL É FIADOR DA REGULARIDADE DO SERVIÇO CONCEDIDO. OMISSÃO NO DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA BOA EXECUÇÃO DO CONTRATO PERANTE O POVO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA RECONHECER A LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO.

I – O Município de Itapetininga é responsável, solidariamente, com o concessionário de serviço público municipal, com quem firmou ‘convênio’ para realização do serviço de coleta de esgoto urbano, pela poluição causada no Ribeirão Carrito, ou Ribeirão Taboãozinho.

II – Nas ações coletivas de proteção a direitos metaindividuais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a responsabilidade do poder concedente não é subsidiária, na forma da novel lei de concessões (Lei nº 8.987, de 13.2.1995), mas objetiva e, portanto, solidária com o concessionário de serviço público, contra quem possui direito de regresso, com espeque no art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981. Não se discute, portanto, a liceidade das atividades exercidas pelo concessionário, ou a legalidade do contrato administrativo que concedeu a exploração de serviço público; o que importa é a potencialidade do dano ambiental e sua pronta reparação.

Nos autos da mencionada ação civil pública, movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em desfavor da Prefeitura Municipal de Itapetininga/SP, o *Parquet*, argüindo que a prefeitura vinha se mantendo omissa quanto à poluição das águas do Ribeirão do Carrito ou Taboãozinho, que recebe despejos de esgotos urbanos sem tratamento, o que o torna imprestável para abrigar vida, requereu e obteve a condenação da municipalidade na obrigação de tratar da rede de esgotos, com fundamento na Constituição Federal, que garante, no artigo 225, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cabendo ao Poder Público o dever de defendê-lo e preservá-lo. O Município recorreu e o Tribunal deu provimento ao apelo, reformando a sentença, ao argumento de que o município era parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação, porque o mesmo firmara com a empresa Sabesp contrato de realização dos serviços de coleta de esgoto urbano, de modo que, por força do convênio, sem possibilidade de intervenção direta do poder concedente, caberia à concessionária responder pela demanda. Destarte, o Ministério Público aviou recurso especial, tendo o STJ, por maioria, conforme ementa acima transcrita, deliberado no sentido de que, no caso, por se tratar de responsabilidade por dano ambiental, de natureza objetiva, devem responder, solidariamente, o poder concedente e o concessionário de serviço público.

144

Na hipótese, em que pese ter sido outorgado à concessionária o direito de implantar, ampliar, administrar e explorar, com exclusividade, os serviços de abastecimento de água e de coleta e destino final de esgotos sanitários no município, nos termos do voto da nobre Relatora para o acórdão, Ministra Nancy Andrichi:

[...] o fato de ter havido concessão do serviço público não faz desaparecer a titularidade do concedente, que, por força do art. 23, inciso VI, da Lei Maior, firma a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para a proteção do meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas.

Note-se que o Município não perdeu o direito de explorar tal serviço, pois tinha e continua a ter sua titularidade, apenas atribuiu o exercício da execução de um serviço público a uma empresa que aceitou prestá-lo em nome próprio, podendo, inclusive, retomá-lo a qualquer tempo, desde que o interesse coletivo assim determine.

Em verdade, o que ocorre na espécie é a caracterização da solidariedade extracontratual por dano ambiental sufragada pela doutrina, e expressamente adotada pelo Código Civil, ‘*verbis*’:

“Art. 1.518. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado, e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação.”⁶

Trata-se, evidentemente, de uma hipótese de solidariedade legal, também denominada imperfeita ou aparente, criada por ficção legal.

Destes paradigmas decorre a legitimidade passiva do Município de Itapetininga para figurar no pólo passivo desta ação civil pública, porque a defesa do meio ambiente não pode ser preterida por um contrato de concessão, mas constitui dever do Município (art. 23, VI, C.F.-88), devendo ser salientado que o fim da Administração Pública se resume num único objetivo, qual seja, o de promover o bem comum da coletividade através dos serviços públicos.

No caso, embora se trate de responsabilidade solidária, a pronta atuação da agência reguladora competente, visando a inibir a omissão do poder concedente, poderia ter alterado os fatos, conduzindo, talvez, a ação judicial a um desfecho diverso.

Por parte do TCU, o controle sobre as agências reguladoras também deve estar voltado para a questão dos bens reversíveis, vale dizer, aqueles bens privados que deverão integrar-se no domínio público, ao final do contrato de concessão (JUSTEN FILHO, 2003, p. 265), pois, no caso da extinção contratual, dá-se a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, mediante indenização das parcelas dos investimentos vinculados aos aludidos bens, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e a atualidade do serviço concedido (artigos 35 e 36 da Lei nº 8.987/1995).

Enfim, a garantia à indenização integra o regime econômico-financeiro da concessão, tratando-se, portanto, de obrigação do poder concedente ressarcir os valores cabíveis.

Por oportuno, convém transcrever o abalizado escólio de Marçal Justen Filho (2003, p. 570) acerca do tema:

A reversão não se faz gratuitamente. Como regra, o valor dos bens reversíveis é amortizado no curso do prazo da concessão. As tarifas são fixadas em valor que permita não apenas remunerar o concessionário pelo custo operacional do serviço mas por todas as despesas necessárias. Mais ainda, as tarifas deverão ser calculadas de modo a amortizar o valor dos bens empregados pelo particular e que serão ou consumidos na prestação do serviço ou integrados no domínio público ao final do prazo. Também sob esse ângulo é relevante a identificação prévia dos bens reversíveis: somente assim será possível determinar o valor dos bens e fixar tarifas aptas a propiciar a amortização de seu valor. Deverá examinar-se a situação concreta dos bens, tomando em vista, inclusive, o inventário e registro de bens mantido pelo concessionário (art. 31, inc. II) [da Lei nº 8.987/1995]. Como é lógico, a perspectiva de indenização é muito maior quando a extinção da concessão der-se antes do término do prazo originalmente previsto para a concessão.

[...]

No término da concessão, assegura-se ao concessionário a indenização pelos bens reversíveis ainda não amortizados. Essa transferência compulsória de domínio de bens corresponde a uma modalidade de desapropriação. Exige-se, portanto, prévia e justa indenização em dinheiro.

Em outra vertente, o controle ganha relevo em virtude da previsão legal de encampação. As decisões administrativas tendentes à encampação da concessão devem ser precedidas de ampla ponderação por parte do poder concedente, haja vista que a retomada e a conseqüente assunção direta do serviço, durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, somente pode ser levada a cabo após prévio pagamento da indenização, *ex vi* do artigo 37 da Lei de Concessões. Dependendo das cláusulas pactuadas no contrato de concessão, a verba indenizatória pode incluir tanto parcelas dos investimentos realizados como a remuneração do capital e a indenização concernente a compromissos assumidos em relação a financiamentos e a terceiros contratados em função da concessão.

Seja no caso da reversão, seja no caso da encampação, o controle tem como um de seus principais objetivos evitar a dilapidação dos bens afetos à prestação do serviço público. A perda de valor destes bens, seja por força do mau uso ou da ausência de conservação, entre outras hipóteses, implica a necessidade de inversão de recursos por parte do poder concedente, a quem compete zelar pela prestação de serviço adequado (artigo 6º da Lei nº 8.987/1995).

Nesse diapasão, tem-se que a fiscalização no curso da execução contratual é tarefa que não pode ser desprezada, ao contrário, pois o poder concedente, se for o caso, receberá ou assumirá os bens no estado em que se encontrarem. Quaisquer que sejam as condições em que estejam os bens, haverá reflexo direto na licitação que porventura venha a ser aberta. Por certo, não sendo boas as condições, haverá redução no valor da oferta que os futuros concessionários estarão dispostos a fazer. A propósito, frise-se que, se o poder concedente proceder à abertura de novo procedimento licitatório, o edital deve indicar as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior (artigo 18, inciso XI, da Lei nº 8.987/1995).

146

A seguir, indicam-se alguns julgados acerca da atividade fiscalizadora do TCU junto às agências de regulação⁷:

a) Decisão nº 215/2002 – Plenário: determinou-se à Anatel, no tocante à revisão tarifária das operadoras de telefonia fixa, que promovesse estudos conclusivos para definir uma metodologia que permita mensurar os ganhos de produtividade efetivamente auferidos pelas empresas de telecomunicações, incluindo os ganhos econômicos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços, os decorrentes de novas receitas alternativas, bem como aqueles que não decorram diretamente da eficiência empresarial. Recomendou-se à autarquia que, ante a existência de aumento de tarifas bem acima do IPCA, ante os indícios de impropriedade das tarifas de interconexão fixadas pela agência e ante os indícios de impropriedade dos fatores de transferência de produtividade previstos nos contratos de concessão, verificasse a oportunidade e/ou conveniência de iniciar um processo de revisão tarifária nas concessionárias de STFC e SMC;

b) Decisão nº 1.460/2002 – Plenário: determinou-se à ANTT que alterasse o contrato firmado com a Concepa a fim de prever “a consideração das receitas alternativas no cálculo do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, dando ensejo à revisão contratual, na forma já adotada nos demais contratos de concessão rodoviária”. Determinou-se, também, a análise do impacto das receitas alternativas obtidas pelas concessionárias para efeito de favorecimento da modicidade das tarifas;

c) Decisão nº 1.483/2002 – Plenário: determinou-se à Aneel, após a avaliação detalhada dos cálculos realizados pela agência, por ocasião do reposicionamento tarifário das Centrais Elétricas do Espírito Santo S.A. (Escelsa), que definisse novas tarifas no prazo de noventa dias;

d) Acórdão nº 736/2003 – Plenário: determinou à Anatel que, em seus estudos econômicos de fixação de preço mínimo de outorga de concessões, permissões e autorizações, justifique as premissas e critérios adotados, fazendo referência a dados econômico-financeiros, índices, estudos e projeções, de modo a assegurar a confiabilidade, a segurança e o rigor destes estudos.

CONCLUSÃO

Surgidas no contexto da reforma do Estado brasileiro, as agências reguladoras têm por missão institucional estabelecer regras atinentes a diversos setores econômicos e à prestação de serviços públicos, notadamente em face de falhas de mercado, a exemplo de monopólios naturais, assimetrias de informação e externalidades.

Constituídas, na esfera federal, sob a forma de autarquias especiais, integram a administração pública indireta, estando, pois, sujeitas ao controle do Tribunal de Contas da União, a teor do disposto nos artigos 70 e 71 da Lei Maior.

A autonomia reforçada das agências reguladoras não implica que estejam à margem dos controles. Ao contrário. Seja orçamentária, financeira, funcional ou administrativa, seja normativa ou política, a autonomia é relativa, não se equiparando à soberania.

O poder discricionário do administrador público, cujo conteúdo envolve o exame da conveniência e da oportunidade da prática do ato, não é ilimitado, não se confunde com arbítrio, com liberalidade. Além de o ato ser vinculado, via de regra, quanto ao fim, à competência e à finalidade, a discricionariedade, no Estado de Direito, submete-se à lei e ao interesse público, encontrando, no quadro jurídico vigente, diversos limites.

Desses limites, em face da pirâmide normativa prevista na Constituição Federal, sobressaem os preceitos constitucionais, tendo proeminência os princípios, que, entre outras funções, visam a interpretar os demais diplomas normativos.

Num cenário de escassez, um dos objetivos primordiais do controle é a busca da melhor aplicação dos recursos financeiros. Com o advento da Carta Magna, deve-se ter por superada, ao menos em tese, no Brasil, a era dos controles de índole meramente formal, de modo que o poder discricionário do administrador público pode e deve ser controlado, sendo possível afirmar, com segurança, apesar da celeuma doutrinária e jurisprudencial, que, à luz do ordenamento jurídico pátrio, os atos discricionários podem ser passíveis de censura, seja pelo Poder Judiciário, seja pelos órgãos de controle.

Embora o Poder Judiciário detenha o monopólio da jurisdição *stricto sensu*, o TCU, com esteio em suas competências próprias e privativas previstas constitucionalmente (“jurisdição especial”), tem por dever, nos limites estabelecidos pelo Legislador Constituinte, avaliar a conveniência e a oportunidade dos atos praticados pelos jurisdicionados.

Esses limites têm como parâmetros, particularmente, o princípio da legalidade, que alberga os demais previstos na cabeça do artigo 37, inclusive o da eficiência, e os

princípios da legitimidade e da economicidade, expressos no artigo 70, *caput*, todos da Carta Política de 1988, assim como os princípios constitucionais implícitos, a exemplo da razoabilidade e da proporcionalidade.

Prestar contas é das tarefas mais nobres cometidas ao administrador público, que não gere recursos próprios, mas recursos do povo, tendentes à consecução do bem comum. Deixar de prestar contas quando se está obrigado a fazê-lo constitui ato de improbidade administrativa (artigo 11 da Lei nº 8.429/1992).

A prestação de contas é instrumento de transparência da gestão, sendo erigido, inclusive, no âmbito da Federação brasileira, à categoria de princípio constitucional sensível, de observância obrigatória, sob pena de intervenção federal ou estadual (artigos 34, inciso VII, alínea **d**, e 35, inciso II, da CF/1988).

O comando insito no artigo 70, parágrafo único, da Lei Fundamental, que prevê a obrigatoriedade de prestação de contas por parte de todo aquele, pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos [...], não comporta interpretação restritiva, como se estivesse a se referir apenas aos processos de prestação de contas anuais julgados pelo TCU (artigo 71, inciso II, da CF). Deve, sim, ser interpretado sistematicamente, no contexto da fiscalização constitucionalmente estabelecida, que alcança as vertentes contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, dos órgãos e entidades, traduzindo a ampla competência do controle externo.

148 | Isso porque o núcleo da tipificação constitucional do dever de prestar contas é vasto. Não resta dúvida de que a intenção do Poder Constituinte foi delimitar um rol exaustivo, detalhando o maior número possível de hipóteses em que, de alguma forma, poderia haver a eventual “posse” de recursos públicos por parte de algum agente responsável, daí surgindo o encargo de prestar contas.

Desse modo, “quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes” (artigo 93 do Decreto-Lei nº 200/1967).

Demonstrar o bom e regular emprego de dinheiros, bens e valores públicos inclui, também, os atos praticados sob o manto da discricionariedade, seja esta concebida como o poder do administrador público de optar entre alternativas legalmente admitidas (BUCCI, 2002, p. 12), seja como a escolha da alternativa mais adequada à finalidade legal, entre as várias alternativas possíveis (BANDEIRA DE MELLO *apud* BUCCI, 2002, p.13). O que pode variar, dependendo do conceito adotado, é o alcance do controle.

A vontade do administrador público não é absoluta, ilimitada, nem pode se pautar, exclusivamente, em critérios próprios e subjetivos, sob pena de caracterizar arbitrariedade. Deve, pois, o poder discricionário ser exercido nos limites impostos pelo universo jurídico, sem extrapolação às prescrições legais, evitando-se, assim, que haja excessos ou desvios ao decidir.

A fiscalização prevista na Lei Fundamental supera as funções clássicas de inspeção e auditoria. Pergunta-se, então: qual seria a razão de ser da previsão de fiscalização operacional no artigo 70 da Constituição se os órgãos de controle não pudessem penetrar no mérito dos atos administrativos? Certamente, em face das competências outorgadas aos órgãos de controle externo, pelo Legislador Constituinte, o enfoque gerencial e a

efetiva materialização dos empreendimentos do Estado não podem ficar à margem do controle.

Não há de se falar em avanço indevido do TCU sobre o mérito do ato regulatório, mas no cumprimento de competências constitucionais. O Tribunal não exorbita de suas funções quando, no exercício do controle, detectada ineficiência, ilegitimidade e/ou antieconomicidade do ato administrativo discricionário, entre outras hipóteses, assina prazo para adoção das providências cabíveis.

O controle da discricionariedade, buscando evitar, entre outras mazelas, o arbítrio, o despotismo, o desperdício, passa, necessariamente, pelo exame dos fundamentos de fato e de direito que ensejaram a prática do ato, isto é, o exame dos motivos da decisão administrativa integra a atuação das Cortes de Contas. Sempre que a motivação for aceitável, denotando efetivo cumprimento às normas em vigor, não caberá a interferência do TCU.

Os dispositivos constitucionais que impõem a fiscalização operacional são perfeitos, válidos e eficazes e o TCU está obrigado a exercer suas atribuições.

As concessões de serviço público requerem, em regra, investimentos significativos e de longo prazo, os quais, por sua vez, demandam estabilidade das regras e confiança nas instituições reguladoras, sob pena de retração do investidor. Nesse sentido,

Antes de significar fator de instabilidade, a atuação do TCU representa para os agentes econômicos a garantia de que as leis e os contratos serão rigorosamente cumpridos, propiciando segurança jurídica para os investidores e tranqüilidade para os usuários dos serviços públicos.

[...]

É importante assinalar que a autonomia e a independência não podem respaldar ações contrárias aos fins pretendidos pela legislação. A atividade regulatória é discricionária, mas não pode ser arbitrária. O Estado de Direito, garantia de todos, não se compraz com a arbitrariedade. Por isso, as decisões das agências reguladoras têm de ser tecnicamente fundamentadas, observar as leis que regem o setor e respeitar os contratos assinados, para a segurança dos investidores e proteção dos usuários.⁸

Conclui-se, pois, que o mérito administrativo não é impeditivo do controle externo. Eventual intervenção do TCU nos atos praticados sob o manto da discricionariedade não caracteriza ofensa ao princípio da separação de poderes (artigo 60, § 4º, inciso III, da CF), não significa invasão de competência, não configura intencionalidade dirigista sobre os negócios privados. As competências são irrenunciáveis. Como defensor da estabilidade das regras, dos contratos e da eficiência do jogo regulatório, o TCU não pode omitir-se, tem a obrigação, o poder-dever de realizar o complexo de atribuições previstas no artigo 71 da nossa Lei Fundamental.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Sebastião Baptista. Tribunais de Contas no contexto do Poder Judiciário. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 28, n. 74, p. 109-119, out./dez. 1997.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O princípio da eficiência no direito administrativo. *Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal*, Curitiba, n.19, p. 593-596, fev. 2003.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARAÚJO, Edmir Netto de. A aparente autonomia das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre (Org.). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 39-57.

BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre (Org.). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 109-131.

_____. Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos: limites da fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v.5, n. 6, p. 367-374, jun. 1999.

_____. Tribunais de Contas: algumas incompetências. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 203, p. 131-140, jan./mar. 1996.

BARZELAY, Michael. Instituições centrais de auditoria e auditoria de desempenho: uma análise comparativa das estratégias organizacionais na OCDE. *Revista do serviço público*, Brasília, v.53, n.2, p.5-35, abr./jun. 2002.

BRASIL. *Projeto de Lei n.º 3.337/2004*. Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras, acresce e altera dispositivos das Leis n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997, n.º 9.782, de 26 de janeiro de 1999, n.º 9.961, de 28 de janeiro de 2000, n.º 9.984, de 17 de julho de 2000, n.º 9.986, de 18 de julho de 2000, e n.º 10.233, de 5 de junho de 2001, da Medida Provisória n.º 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2004/msg166-040412.htm>. Acesso em: 21 maio 2004.

_____. *Constituição (1988)*. 3 ed. atual. até a Emenda Constitucional n.º 32. São Paulo: Iglu, 2001.

_____. *Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da administração federal, estabelece diretrizes para a reforma administrativa e dá outras providências. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaBasica.action>>. Acesso em: 19 out. 2007.

_____. *Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964*. Institui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos estados, dos municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaBasica.action>>. Acesso em: 19 out. 2007.

_____. *Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965*. Regula a ação popular. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaBasica.action>>. Acesso em: 19 out. 2007.

_____. *Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional e dá outras

providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L8429.htm>>
Acesso em: 19 out. 2007.

BRASIL. *Lei n.º 8.443, de 16 de julho de 1992*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8443.htm>. Acesso em: 19 out. 2007.

_____. *Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. 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: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L8987cons.htm>>. Acesso em: 19 out. 2007.

_____. *Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996*. 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.aneel.gov.br/cedoc/lei19969427.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2007.

_____. *Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997*. 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 n.º 8, de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L9472.htm>>. Acesso em: 19 out. 2007.

_____. *Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997*. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9478.htm>>. Acesso em: 19 out. 2007.

_____. *Lei n.º 9.782, de 26 de janeiro de 1999*. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L9782.htm>>. Acesso em: 19 out. 2007.

_____. *Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9784.htm>>. Acesso em: 19 out. 2007.

_____. *Lei n.º 9.961, de 28 de janeiro de 2000*. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar e dá outras providências. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/site/legislacao/legislacao_lei_criacao.asp>. Acesso em: 19 out. 2007.

_____. *Lei n.º 9.984, de 17 de julho de 2000*. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas – ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de Coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. Disponível em: <http://aguas.igam.mg.gov.br/legis/fed/lei_9984.doc>. Acesso em: 19 out. 2007.

_____. *Lei n.º 9.986, de 18 de julho de 2000*. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras e dá outras providências. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/42/2000/9986.htm>>. Acesso em: 19 out. 2007.

_____. *Lei n.º 10.233, de 5 de junho de 2001*. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas

de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.antt.gov.br/legislacao/internacional/lei10233-01.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2007.

BRASIL. *Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/legislacao/download/contabilidade/lei_comp_101_00.pdf>. Acesso em: 19 out. 2007.

_____. *Medida Provisória n.º 2.228-1, de 6 de setembro de 2001*. Estabelece princípios gerais da Política Nacional do Cinema, cria o Conselho Superior do Cinema e a Agência Nacional do Cinema - ANCINE, institui o Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Nacional - PRODECINE, autoriza a criação de Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional - FUNCINES, altera a legislação sobre a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao/MPV/2228-1.htm>>. Acesso em: 19 out. 2007.

_____. Ministério da Fazenda. Secretaria Federal de Controle Interno. *Instrução Normativa n.º 1, de 6 de abril de 2001*. Define diretrizes, princípios, conceitos e aprova normas técnicas para a atuação do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Legislacao/Arquivos/InstrucoesNormativas/IN01_06abr2001.pdf>. Acesso em: 18 out. 2007.

152 | _____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 28.222/SP, Segunda Turma*. Relator: Min. Eliana Calmon. Acórdão, 15 de fevereiro de 2000. *Diário da Justiça*, Brasília, 15 de outubro de 2001. p. 253.

_____. _____. *Recurso Especial n.º 493.811/SP, Segunda Turma*. Relator: Min. Eliana Calmon. Acórdão, 11 de novembro de 2003. *Diário da Justiça*, Brasília 15 de março de 2004. p. 236.

_____. _____. *Recurso Especial 429.570/GO, Segunda Turma*. Relator: Min. Eliana Calmon. Acórdão, 11 de novembro de 2003. *Diário da Justiça*, 22 de março de 2004. p. 277.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n.º 347*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=347.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 19 out. 2007.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 382/2004, Plenário. Relator: Min. Marcos Bemquerer, Brasília, 7 de abril de 2004. Ata 11/2004, Plenário. *Diário Oficial da União*, 20 de abril de 2004. Seção 1.

_____. _____. Acórdão n.º 934, Plenário. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, Brasília, 14 de julho de 2004. Ata 25/2004, Plenário. *Diário Oficial da União*, 23 de julho de 2004. Seção 1.

_____. _____. Acórdão n.º 935, Plenário. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, Brasília, 14 de julho de 2004. Ata 25/2004, Plenário. *Diário Oficial da União*, 23 de julho de 2004. Seção 1.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Instrução Normativa n.º 12, de 24 de abril de 1996*. Estabelece normas de organização e apresentação de tomadas e prestações de contas e rol de responsáveis, e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.tcu.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/TCU/NORMAS_JURISPRUDENCIA/ATOS_NORMATIVOS/INSTRUCOES_NORMATIVAS/INT1996_012.DOC> Acesso em: 19 out. 2007.

_____. _____. *Manual de auditoria de natureza operacional*. Brasília : TCU, Coordenadoria de Fiscalização e Controle, 2000.

_____. _____. *Portaria TCU nº 59, de 20 de janeiro de 2003*. Aprova a atualização do Plano Estratégico do Tribunal de Contas da União. Disponível em: <http://www2.tcu.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/TCU/NORMAS_JURISPRUDENCIA/ATOS_NORMATIVOS/PORTARIAS/PORTARIAS_2001_A_2005/PRT2003-059.DOC>. Acesso em: 19 out. 2007.

_____. _____. *Regimento Interno do Tribunal de Contas da União*. Disponível em: <http://www2.tcu.gov.br/portal/page?_pageid=33,2298652&_dad=portal&_schema=PORTAL> Acesso em: 19 out. 2007

_____. _____. *O Tribunal de Contas da União frente às tendências do controle da gestão pública: uma proposta de mudança institucional, área temática 1, paradigma de controle externo*. Supervisão Ministro Humberto Souto ; equipe Carlos Cesar Modena et al. Brasília : TCU, 1999.

_____. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. *Apelação Cível n.º 96.01.11458-0/DF*, Quarta Turma. Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro, Brasília, 8 de junho de 1999. Diário de Justiça , 1 de outubro de 1999.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 9, dez. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_9/DIALOGO-JURIDICO-09-DEZEMBRO-2001-CARLOS-AYRES-BRITTO.pdf>. Acesso em: 10 out. 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. O princípio constitucional da eficiência: um enfoque doutrinário multidisciplinar. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 32, n. 87, p. 39-50, jan./mar. 2001.

_____. Paulo Soares. Reflexões sobre o princípio constitucional da economicidade e o papel do TCU. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 29, n. 78, p. 41-45, out./dez. 1998.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *A experiência internacional das agências reguladoras e a avaliação da proposta de lei geral brasileira*. Brasília: CNI, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das agências reguladoras*. In: SEMINÁRIO O CONTROLE EXTERNO DA REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, 2002, Brasília. *O Controle externo na regulação de serviços públicos*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2002. p. 53-65.

FERRAZ, Luciano. Poder de coerção e poder de sanção dos Tribunais de Contas: competência normativa e devido processo legal, *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v.2, n.14, p.437-440, abr. 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma do Estado. O papel das agências reguladoras e fiscalizadoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p.133-143.

FREITAS, Juarez. Os atos administrativos de discrecionariedade vinculada aos princípios. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 11, n. 6, p. 324-337. jun. 1995.

FURTADO, Lucas Rocha. O papel das agências no Estado brasileiro: considerações sobre a discrecionariedade técnica. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v.34, n. 98, p. 11-18, out./dez. 2003.

GAETANI, Francisco. Políticas de gestão pública para o próximo governo. In: SEMINÁRIO O CONTROLE EXTERNO E A NOVA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA VISÃO COMPARATIVA, 2002, *O controle externo e a nova administração pública: uma visão comparativa*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2002. p. 79-102.

154

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Agências reguladoras: a metamorfose do Estado e da democracia. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Agência reguladora e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 21-57.

INSTITUTO DOS AUDITORES INDEPENDENTES DO BRASIL. *Comunicado n.º 3*, de 15 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://www.ibracon.com.br>>. Acesso em: 13 out. 2007.

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

_____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

KRAUSE, Eduardo Battaglia. Agências de regulação. A importância da autonomia. *Revista Marco Regulatório*, Porto Alegre, n. 6, p. 23-28, 2. sem. 2002.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Discrecionariedade administrativa e controle judicial da administração. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v.18, n.6, p. 460-464, jun. 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev. atual. e ampl. até a Emenda Constitucional n.º 24, de 9.12.1999. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Relatividade da competência discricionária. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 3, jun. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 out. 2007.

MORAES, Alexandre de. Agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre (Org.). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 13-38.

_____. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos: um estudo sobre os Tribunais de Contas no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 223, p. 1-24, jan./mar.2001.

NAGEL, José. *Normas gerais sobre fiscalização e julgamento a cargo do TCU*. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 28, n. 74, p. 31-49, out./dez. 1997.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. Normas gerais sobre fiscalização e julgamento a cargo do TCU: agentes públicos, discricionariedade administrativa, extensão da atuação do Ministério Público e do controle do Poder Judiciário. São Paulo: Atlas, 2000.

ROCHA, Lincoln Magalhães da. Caráter técnico-político das decisões dos Tribunais de Contas. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 29, n. 78, p. 35-40, out./dez. 1998.

SANTOS, Homero. O controle da administração pública. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 28, n. 74, p. 17-25, out./dez. 1997.

SEMINÁRIO O CONTROLE EXTERNO E A NOVA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, 2002, Brasília. *O controle externo e a nova administração pública: uma visão comparativa*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2002.

SILVA, Beatrice Maria Pedroso da. Discricionariedade e vinculação. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, n. 34, p. 3179-3191, dez. 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. rev. e atual. nos termos da reforma constitucional. São Paulo: Malheiros, 1996.

SOUTO, Humberto Guimarães. Congresso Nacional, Tribunal de Contas e controle externo. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 30, n. 79, p. 31-41, jan./mar. 1999.

_____. Discurso do Presidente Humberto Souto na abertura do Seminário. In: SEMINÁRIO O CONTROLE EXTERNO DA REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, 2002, Brasília. O

Controle externo na regulação de serviços públicos. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2002. p. 7-10.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre (Org.). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 145-170.

TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 31, n. 121, p. 265-271, jan./mar. 1994.

VILAÇA, Marcos Vinícios. Os Tribunais de Contas na melhoria da administração pública. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 28, n. 74, p. 59-72, out./dez. 1997.

_____. Os Tribunais de Contas e a qualidade do serviço público. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 34, n. 98, p. 19-24, out./dez. 2003.

ZYMLER, Benjamin. O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras. *Fórum Administrativo*, v. 2, n. 11, p. 3-7, jan. 2002.

_____. *O Tribunal de Contas da União e o controle das agências reguladoras*. 2004. Palestra.

NOTAS

¹ A concessão tem por objeto a execução de um serviço público, delegada mediante licitação. No julgamento dos certames licitatórios, pode-se adotar, entre outros, os critérios da maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga de concessão, ou de melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas (artigo 15 da Lei nº 8.987/1995). Nesse sentido, por ser objeto de disputa por parte de interessados que se mostrem dispostos a pagar com vistas à obtenção do direito de prestar o serviço público concedido, a concessão pode ser tida como um bem público intangível (incorpóreo, abstrato ou imaterial).

A propósito, em dezembro de 2001, consoante informações disponibilizadas em sua página na internet, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), entidade autárquica, vinculada ao Ministério da Fazenda, com espeque no artigo 8º, § 3º, inciso I, da Lei nº 6.385/1976, que lhe confere poderes para publicar projeto de ato normativo, no intuito de receber sugestões de interessados, submeteu à audiência pública minuta de deliberação sobre o pronunciamento a ser emitido pelo Instituto dos Auditores Independentes do Brasil (Ibracon), tratando das concessões governamentais, o qual, dentre outros aspectos, previa que “o montante do valor efetivamente pago a título de concessão (de exploração), em um determinado momento, que corresponda a mais de um exercício/período, deve ser considerado como aplicação de recursos em direito de concessão, no ativo imobilizado intangível, para a devida apropriação futura ao resultado pelo prazo da concessão ou pela vida útil econômica, dos dois o menor” (grifo acrescido). Em consulta ao site do Ibracon, porém, verificou-se que, por intermédio do Comunicado Técnico nº 3, de 15 de dezembro de 2003, o Instituto noticia ter tomado conhecimento de que o International Accounting Standards Board (IASB) estaria iniciando estudo da matéria, por se tratar de tema de interesse internacional. Em função disso, informa, “sendo o objetivo do Ibracon editar NPC harmonizadas com as normas internacionais de contabilidade (IFRS/IAS), concluiu-se necessário e prudente aguardar o posicionamento que venha ser adotado internacionalmente antes da emissão de um pronunciamento pelo Ibracon”.

² Revogada pela IN/TCU nº 47, de 27 de outubro de 2004, que alberga dispositivo de semelhante teor – artigo 12 (Diário Oficial da União de 8 de novembro de 2004 e de 12 de novembro de 2004).

³ Art. 16. As contas serão julgadas:

[...]

III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

- a) omissão no dever de prestar contas;
- b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;
- c) dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;
- d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

⁴ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...] VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário.

⁵ No cenário nacional, destacam-se as agências reguladoras, no âmbito da Administração Pública, em razão de sua forte influência na atração de investimentos; na expansão da oferta e na melhoria de serviços e produtos regulados, assim como nos preços praticados nesses mercados (CNI, 2004, p. 23).

⁶ O artigo 1.518 do Código Civil de 1916 corresponde ao artigo 942 do novo Código, cuja redação é a que se segue:

“Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932”.

⁷ Precedentes jurisprudenciais noticiados por Benjamin Zymler, em palestra proferida no ano de 2004.

⁸ Artigo publicado no jornal Valor Econômico, edição de 23 de junho 2004, de autoria de Júlio Marcelo de Oliveira, José Márcio da Silveira e Silva e Rodrigo de Oliveira Fernandes, reproduzido no informativo União, do TCU, da mesma data, p. 14-15, sob o título O Tribunal de Contas da União e as agências reguladoras.

A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO CONTROLE DA EXPLORAÇÃO DE RODOVIAS FEDERAIS DELEGADAS AOS ENTES FEDERADOS

DEISE SOUZA DE OLIVEIRA

INTRODUÇÃO

Buscando a redução de custos e o aumento de eficiência, o Estado tem procurado reduzir sua atuação em determinados setores para fortalecê-la em outros, substituindo a prestação dos serviços pela fiscalização dos mesmos. Para alcançar esse fim, vale-se da delegação dos serviços públicos, mediante concessão ou permissão.

A operação de rodovias, definida como serviço público pela Lei nº 9.074/1995, sempre foi realizada diretamente pelo Estado. Entretanto, dentro da tendência de desestatização, dada a ausência de recursos do Estado, também nesse segmento, a atuação do poder público tem se revelado em favor da delegação desses serviços à iniciativa privada.

A União, titular do direito de explorar rodovias federais, na ausência de condições para fazer frente à manutenção, à conservação e à boa utilização do recurso federal, vem se valendo da delegação desses serviços.

Inicialmente, as rodovias eram concedidas diretamente à iniciativa privada. Mais recentemente, a União, mediante a Lei nº 9.277/1996, foi autorizada a delegar a administração e exploração das vias federais a Estados, ao Distrito Federal e a Municípios, mediante convênio (art. 3º), para que estes administrem as vias diretamente ou mediante concessão à iniciativa privada (art. 1º).

Celebrados os tais convênios, o delegatário (Estado, Distrito Federal ou Município) fica encarregado de operar a via, diretamente ou através de concessão, mas sempre nos termos das leis federais que regem as concessões (art. 4º) e observados os limites da competência da União.

Surge daí uma polêmica acerca do conflito de competências entre os órgãos reguladores e os Tribunais de Contas no âmbito federal e estadual, para fiscalizar os recursos federais, que passam a ser administrados pelos entes federados. A discussão ganha peso, uma vez que o TCU vem fiscalizando as outorgas e a execução contratual de concessões de vias federais desde as primeiras licitações dos trechos incluídos no Plano Nacional de Desestatização (PND) (Lei nº 9.491/1997).

A partir do novo cenário, em que a União delega a administração das rodovias a entes federados, faz-se necessária uma discussão a respeito das competências do TCU para fiscalizar a exploração de rodovias federais no âmbito estadual, tendo em vista as competências das agências reguladoras (nacional e estaduais) e dos Tribunais de Contas Estaduais no mesmo setor.

Pretende-se, com o texto, discutir a forma e a abrangência da atuação do TCU no controle da regulação da exploração de rodovias federais delegadas pela União aos demais entes da federação, à luz do arcabouço legal vigente, atentando para a competência dos TCEs e das agências reguladoras, na mesma matéria.

O trabalho discorre sobre casos práticos envolvendo a atuação das agências reguladoras do setor de transporte, bem como dos Tribunais de Contas, nas esferas federal e estadual, enfocando, sobretudo, a frágil delimitação entre as competências dos órgãos fiscalizadores, no que diz respeito à sua atuação sobre convênios celebrados entre a União e os entes federados, com base na Lei nº 9.277/1996.

Esta discussão visa a identificar a forma como o TCU vem atuando no controle da regulação da exploração de rodovias federais delegadas aos Estados e delinear uma proposta de aperfeiçoamento dessa atuação.

Visando a atingir o objetivo a que se propõe, primeiramente, nos Capítulos 2 e 3, serão apresentados os conceitos de serviço público e de concessão de serviço público, de forma a contextualizar o instituto da concessão de rodovias federais delegadas.

Em seguida, no Capítulo 4, serão discutidos possíveis conflitos de competência entre os órgãos reguladores estaduais e nacional para regular as concessões de rodovias federais delegadas e entre os Tribunais de Contas Estaduais e do TCU para fiscalizá-las.

No Capítulo 5 serão analisadas as competências do Tribunal de Contas da União (TCU) e dos Tribunais de Contas Estaduais (TCEs) e a titularidade de cada um para fiscalizar as concessões de rodovias federais delegadas pela União a Estados, ao Distrito Federal e a Municípios.

Por último, será apresentada uma proposta de aperfeiçoamento da forma de atuação do TCU no controle das rodovias federais delegadas a entes federados.

SERVIÇO PÚBLICO

Neste Capítulo será apresentado o conceito de serviço público adotado neste trabalho. O estudo promovido para que se chegasse ao conceito de serviço público levou em conta a análise dos enfoques essencialista e formalista, além da discussão a respeito da ordem econômica imposta pela Constituição Federal. Por fim, será examinada a possibilidade de criação de serviço público por lei ordinária, tendo em conta que a Constituição não apresenta uma definição para serviço público, e que, por outro lado, alguns serviços a serem prestados pelo Estado constam expressamente na Carta Magna.

Conceito de serviço público

Existem várias definições de serviço público, em razão do momento histórico e político, da abrangência ou de outros fatores que podem variar no decorrer do tempo.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 98) afirma que serviço público é “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.”

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p. 306):

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído pelo

Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.

Ambos destacam como características do serviço público o conjunto de regras a que se submete a prestação do serviço, quais sejam, aquelas inseridas no regime de direito público ou predominantemente público, ainda que o serviço seja prestado por delegatários do Estado. Destacam, ainda, como condição para que um serviço seja considerado público, a satisfação às necessidades coletivas. Bandeira de Mello acrescenta que estes serviços devem estar definidos como próprios do Estado no sistema normativo.

Eros Roberto Grau (2003, p. 101) afirma ser equivocada a tentativa de conceituar-se serviço público como atividade sujeita a regime de direito público, uma vez que determinada atividade fica sujeita a regime de serviço público porque é serviço público e não o inverso. Segundo o autor:

é certo inexistir uma totalidade normativa que se possa referir como regime de serviço público, além do que, sobretudo quando cuidamos das empresas estatais - empresas públicas e sociedades de economia mista - que exploram atividade econômica em sentido estrito ou que prestem serviço público, impõe-se distinguirmos entre diversos níveis ou modelos de regimes jurídicos.

Na visão de Hely Lopes Meirelles (1993, p. 294, *apud* BIELSA, 1955, pp. 81 e ss):

O conceito de serviço público não é uniforme na doutrina, que ora nos oferece uma noção orgânica, só considerando como tal o que é prestado por órgãos públicos; ora nos apresenta uma conceituação formal, tendente a identificá-lo por características extrínsecas; ora nos expõe um conceito material, visando a defini-lo por seu objeto. Realmente o conceito de serviço público é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico, como acentuam os modernos publicistas.

Acerca disso, Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2003, p. 87) assevera que a qualificação de uma dada atividade como serviço público está relacionada com a concepção de Estado e seu papel. A classificação está voltada para o plano político, é uma escolha que pode estar definida na Constituição do País, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado momento histórico. Assim, conclui, não há um serviço público por natureza ou por essência. Só o serão as atividades que estiverem definidas na Constituição Federal (ou na própria lei ordinária), desde que editada em consonância com as diretrizes ali estabelecidas, decorrendo, portanto, de uma decisão política.

Para Carlos Ari Sundfeld (2000, p. 32), por um longo período o conceito de serviço público serviu para sintetizar o regime jurídico da exploração de atividades de titularidade estatal como energia, telecomunicações, saneamento, transporte etc. Entretanto, ao longo do tempo esse conceito veio se modificando e se tornando problemático, especialmente porque, tendo sido usado para englobar os mais diferentes serviços, seu conteúdo jamais foi suficiente para dar conta dos problemas e das características particulares de cada um deles. Atualmente, cada serviço estatal tem um universo jurídico com peculiaridades muito próprias, sendo inviável explicar tudo globalmente.

Sob outro enfoque, Grau (2003) afirma que serviço público é um tipo de atividade econômica. A atividade econômica, como gênero, compreende duas espécies: o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Para o autor (2003, p. 98), a distinção

entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito é função das relações entre as forças sociais:

Pretende o capital reservar para sua exploração, como atividade econômica em sentido estrito, todas as matérias que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de profícua especulação lucrativa. Já o trabalho aspira atribua-se ao Estado, para que este as desenvolva não de modo especulativo, o maior número possível de atividades econômicas (em sentido amplo). É a partir deste confronto - do estado em que tal confronto se encontrar, em determinado momento histórico - que se ampliarão ou reduzirão, correspectivamente, os âmbitos das atividades econômicas em sentido estrito e dos serviços públicos.

Para o autor, a simples atribuição de competência ao Estado para prestar determinado serviço não é suficiente para definir essa prestação como serviço público. Quando o estado atua no campo da atividade econômica em sentido estrito, como por razões de segurança nacional que justificam a previsão constitucional de atuação do Estado, não há serviço público. Em razão disso, a afirmação isolada de que o texto constitucional eleva determinadas parcelas de atividade econômica em sentido amplo à categoria de serviço público é equívoca.

O texto constitucional aborda as atividades econômicas em sentido estrito (chamada de intervenção quando exercida pelo Estado) nos arts. 170 e 173 e os serviços públicos no art. 175.

Conforme Bandeira de Mello (2003, pp. 633-634), ainda que dadas atividades econômicas exijam autorização do Estado (destinada ao exercício do poder de polícia administrativa), "Por não se tratar de atividades assumidas pelo Estado como próprias, pertencentes ao seu campo específico, é evidente que, por definição, não são serviços públicos."

162

As atividades econômicas em sentido estrito, diz o autor (p. 150), embora de titularidade do setor privado, podem ser prestadas pelo Estado - em razão de segurança nacional ou de interesse coletivo (art. 173 da CF), ou em casos determinados pela própria Constituição, mas não são casos de serviço público. A atuação do Estado no campo privado está prevista no art. 177 da CF (monopólio do petróleo e do gás natural) e no inciso XXIII do art. 21 (instalações nucleares).

Para Bandeira de Mello, a mera atribuição de determinada competência atinente à prestação de serviços ao Estado não é suficiente para definir esta prestação como serviço público. Nesses casos, deve-se verificar se a atribuição constitucional do exercício de determinada competência ao Estado atende a imposições dos interesses do trabalho, no seu confronto com os interesses do capital, ou se, pelo contrário, outras razões determinaram a atribuição desse exercício pelo Estado.

O que caracteriza determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social. Portanto, conclui Bandeira de Mello (p. 153), ao exercer atividade econômica em sentido estrito para atender ao interesse social (por razões de segurança nacional ou para atender a interesse coletivo), o Estado desenvolve serviço público.

A Constituição Federal (Brasil, 1988), no seu art. 175, dispõe que incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão.

Os serviços de competência da União estão estabelecidos no art. 21, quais sejam: incisos X (postal e correio aéreo); XI (telecomunicações); XII (radiodifusão, energia elétrica, navegação aérea, aeroespacial, infra-estrutura aeroportuária, transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras, ou que transponham limites de Estado ou Território, transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, exploração de portos marítimos, fluviais e lacustres); e XXIII (nucleares).

O art. 25, § 1º, estabelece que compete aos estados a prestação de serviços que não lhe sejam vedados pela Constituição (os de competência da União e dos Municípios - art. 30), e a exploração dos serviços locais de gás canalizado. Estão estabelecidas, ainda, na Lei Maior, as competências comuns à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 23), como cuidar da saúde e assistência públicas, por exemplo.

Grotti (2003, p. 89) afirma que, quando a Carta Magna estabelece que a prestação de um determinado serviço compete a um ente federado, está dizendo que aquele é um serviço público. Segundo a autora, por estarem listadas no artigo 21 como competência da União, somente podendo ser desempenhadas diretamente ou mediante autorização, permissão ou concessão, estas atividades devem ser reconhecidas como serviços públicos, já que, onde não existe serviço público próprio do Estado, não cabe falar em concessão e permissão como formas de prestação.

Para Grotti (2003) a expressa referência constitucional de alguma atividade como serviço público elimina qualquer objeção que se pudesse fazer à sua identificação como tal, além de inviabilizar a sua supressão sem a correspondente reforma constitucional.

Discorda Marçal Justen Filho (2003, p. 44) que sustenta, alterando seu entendimento anterior [de que a Constituição Federal, ao discriminar competências dos entes federados ou ao estabelecer atribuições ao Estado aludiu a certos serviços como públicos], que as atividades referidas no art. 21 da CF poderão ou não ser qualificados como serviços públicos, de acordo com as circunstâncias e segundo a estruturação necessária. Segundo o autor, existirá serviço público apenas quando as atividades envolverem a prestação de utilidades destinadas a satisfazer direta e imediatamente o princípio da dignidade da pessoa humana ou quando forem reputadas como instrumentos para satisfação de fins essenciais eleitos pela República.

O autor exemplifica o alegado com a alínea *a*, do inciso XII, do art. 21, na qual se impõe que compete à União explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Caso fosse aceito o entendimento de que todas as atividades listadas no art. 21 são serviços públicos, significaria que qualquer atividade de transmissão de som por meio de ondas de rádio seria um serviço público, o que não ocorre.

Justen Filho (2003, p. 45) salienta, ainda, que os incisos X, XI e XII do art. 21 referem-se à competência da União para outorgar concessão, permissão e autorização para a prestação daqueles serviços. Ocorre que a autorização é incompatível com o serviço público, não existe autorização de serviço público. "Havendo serviço público, não é o caso de outorga de autorização. Sendo outorgada autorização, não haverá serviço público". Assim, as atividades descritas nos incisos X a XII do art. 21 configurarão, em alguns casos, serviço público, mas há possibilidade de serem qualificadas como atividade econômica em sentido restrito.

Essa é uma visão essencialista do serviço público, segundo a qual existe serviço público por natureza. Esse posicionamento assemelha-se ao de Bandeira de Mello, quando

afirma que o Estado só presta serviço público ao exercer atividade econômica em sentido estrito quando essa prestação se destina a atender ao interesse social.

Outra derivação que alguns autores trazem do texto constitucional é a distinção entre serviços públicos privativos e serviços públicos não privativos. Segundo Grau (2003, p. 105), nos primeiros a prestação é privativa da União, do Estado ou do Município, ainda que a prestação possa ser realizada mediante concessão ou permissão, conforme estabelecido no art. 175 da Constituição Federal. Já os serviços públicos não privativos podem ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão ou permissão.

Na visão de Grotti, os serviços de seguridade social – saúde (art. 199, *caput*), previdência social (art. 202) e assistência social (art. 204) – e os de ensino não serão serviços públicos quando desempenhados pelos particulares em contexto de exploração de atividade econômica, tendo em conta que a Lei Maior não limitou a prestação deles ao Estado ou a quem lhe faça as vezes.

Grau (2003, pp. 105 e 106) discorda desse entendimento, afirmando ser errôneo pensar que a mesma atividade caracteriza ou deixa de caracterizar serviço público conforme esteja sendo empreendida pelo Estado ou pelo setor privado. Segundo o autor, há serviço público mesmo nas hipóteses de prestação dos serviços de educação e saúde pelo setor privado. Por isso mesmo é que os arts. 209 e 199 declaram expressamente ser livres à iniciativa privada a assistência à saúde e o ensino. Não se tratassem, saúde e ensino, de serviço público, razão não haveria para as afirmações dos preceitos constitucionais.

Bandeira de Mello (2003, pp. 627 - 629) separa, conforme características, os serviços públicos constantes da Constituição, em:

a) serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado - serviços que só podem ser prestados pelo próprio Estado, nunca por concessão, permissão ou autorização (serviço postal e correio aéreo nacional - art. 21, X). Isso se deve ao fato de que, nos incisos XI e XII, letras a a f, está estabelecido que a União poderá explorá-los diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão. Já no inciso X, não foi dada essa prerrogativa;

b) serviços que o Estado tem obrigação de prestar e obrigação de conceder - são os serviços de radiodifusão sonora (rádio) ou de sons e imagens (televisão), porque o art. 223 determina que seja observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal;

c) serviços que o Estado tem obrigação de prestar, mas sem exclusividade - educação, saúde, previdência social, assistência social, radiodifusão sonora e de sons e imagens;

d) serviços que o Estado não é obrigado a prestar, mas, não prestando, terá de promover-lhes a prestação, mediante concessão ou permissão - todos os demais serviços públicos, especialmente os constantes no art. 21, XI, da Constituição.

Conclui-se, portanto, que não há um consenso doutrinário a respeito do conceito de serviço público. Cada autor tem um ponto de vista sob o qual apresenta sua definição, que pode ser mais ou menos abrangente, mas todos concordam que o conceito varia de acordo com o momento histórico e com os interesses políticos e deve estar estabelecido no normativo vigente.

Diante de toda a discussão apresentada, embora no campo doutrinário persista a polêmica acerca do conceito de serviço público, no âmbito deste trabalho, tendo em vista o propósito de discutir a atuação do TCU como órgão fiscalizador da prestação destes serviços, adota-se o conceito formalista, segundo o qual serviço público é aquele que a lei estabelecer como tal.

Os serviços públicos no âmbito infraconstitucional

Assumindo-se que alguns serviços que devem ser prestados pelo Estado constam expressamente na Constituição, podem ser criados serviços públicos por lei ordinária?

Para **Justen Filho**, a caracterização de atividades como serviço público faz-se pelo critério da direta e imediata satisfação à dignidade da pessoa humana e aos fins políticos fundamentais. Assim, algumas atividades, por guardarem intensa pertinência a esses princípios, foram incluídas no texto constitucional, o que não significa dizer que todos os serviços públicos teriam sido referidos exaustivamente na Constituição.

Sustenta o autor que (2003, p. 48)

não basta a vontade legislativa para criar um serviço público. Há um núcleo semântico, material, no conceito (constitucional) de serviço público, que limita a vontade legislativa.

[...]

Excluídos dois campos – aquilo que é obrigatoriamente serviço público e aquilo que não pode ser serviço público – existe possibilidade de o legislador infraconstitucional determinar outras atividades como tal.

Mesma posição assume Bandeira de Mello (2002, p. 631) para quem é, de fato, o Estado que, por via legislativa, define uma atividade como serviço público, desde que respeite os limites constitucionais. Estes limites referem-se às normas relativas à ordem econômica, garantidoras da livre iniciativa. Entretanto, a Constituição não define claramente atividades econômicas, “há de se entender que o constituinte se remeteu ao sentido comum da expressão, isto é, ao prevalente ao lume dos padrões de cultura de uma época, das convicções predominantes na Sociedade”, por isso, não é total a liberdade do legislador ordinário, sob pena de ser retirado qualquer conteúdo de vontade da Carta Magna, tornando-a letra morta.

No mesmo esteio segue Di Pietro (2002, p. 98):

é o Estado, por meio da **lei**, que escolhe quais atividades que, em determinado momento, são consideradas serviços públicos; no direito brasileiro, a própria Constituição faz essa indicação nos artigos 21, incisos X, XI, XII, XV e XXIII, e 25, § 2, alterados, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais 8 e 5, de 1995; isto exclui a possibilidade de distinguir, mediante critérios objetivos, o serviço público da atividade privada, esta permanecerá como tal enquanto o Estado não a assumir como própria; (destaque do original).

Para esses e vários outros autores, é possível a criação de serviço público por via legislativa. Entretanto, uma vez que não há na Carta Magna uma definição precisa do que seja serviço público, há de ser que respeitada a ordem econômica imposta na Lei Maior.

Grau defende posição diversa, ao declarar que a função de conformação da própria noção de serviço público é cumprida pela Constituição como um todo. Na visão do autor (GRAU, 2003, p. 117, *apud* DUGUIT), a idéia de serviço público há de ser construída sobre as idéias de coesão e de interdependência social. Serviço público é atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social.

Assim, para Grau (2003, p. 105), a caracterização de serviço público depende indispensavelmente da interpretação sistemática da Constituição de forma que

a alusão a atividades econômicas que não podem ser serviço público (atividade econômica em sentido estrito) evidencia a impossibilidade de o legislador, discricionariamente, qualificar qualquer parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público.

Fernando Herren Aguillar (1999, pp. 131-133) apresenta uma terceira posição. Segundo ele, uma vez que da Constituição não se pode extrair um conceito de serviço público que permitisse ao legislador transformar atividades econômicas em sentido estrito em serviços públicos, quando atendessem a imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (art. 173), a criação de novos serviços públicos, além daqueles já estabelecidos na Constituição, só poderia ser feita por Emenda Constitucional.

166

Conforme resume Grotti (2003, p. 105), para os formalistas, os limites a serem impostos ao legislador infraconstitucional para a caracterização de um serviço como público decorrem do regime normativo, enquanto que para os essencialistas esse limite encontra-se na força atribuída a uma qualidade da própria atividade: sua natureza já indicaria que o serviço é público. A autora, numa visão formalista, lembra (2003, *apud* GASPARIN, p. 264), que o serviço criado por via legislativa deve estar dentro das competências da pessoa jurídica instituidora e não pode ser atividade econômica tida como própria dos particulares (art. 173 da CF).

No que se refere à indagação formulada inicialmente acerca da possibilidade de criação de serviço público por lei, não há o que se poderia chamar de consenso. Adota-se, neste trabalho, a posição de que, não tendo a Carta Magna apresentado uma definição de serviço público, o fato de alguns serviços estarem citados na Constituição não significa dizer que todos os serviços públicos teriam sido referidos exaustivamente no seu texto. Portanto, entende-se legítima a criação de serviços públicos por lei ordinária, desde que o serviço criado seja da competência da pessoa jurídica instituidora e que respeite a ordem econômica estabelecida na CF, isto é, não seja atividade econômica própria dos particulares, como as estabelecidas no art. 173 da Constituição Federal.

CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Neste capítulo, primeiramente, será apresentado o conceito de concessão de serviço público. De posse do conceito, será discutido o que diferencia a concessão de serviço público da concessão de obra pública e de bem público. Essa discussão é relevante para

caracterizar o instituto da concessão de rodovias federais, estudado na segunda parte deste capítulo. Por fim, será discutida a concessão de rodovias federais delegadas a entes federados, a forma como se dá a delegação e a legislação aplicável ao instituto.

O Conceito de Concessão de Serviço Público

A possibilidade de concessão de serviços públicos está prevista no *caput* do art. 175 da Carta Magna (BRASIL, 1988) que determina incumbir ao Poder Público, na forma da lei, a prestação de serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão.

Di Pietro (2001, p. 264) conceitua:

Concessão de serviço público é o contrato pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.

Frisa a autora que a execução do serviço é de responsabilidade do concessionário, que o faz em seu próprio nome e por sua conta e risco. Entretanto, isso não exime o poder público da sua obrigação de prestar os serviços, ou seja, a titularidade permanece sendo do poder público, como previsto na Constituição Federal.

Bandeira de Mello (2001, p. 622) oferece um conceito mais amplo de concessão de serviço público:

Concessão de serviço público é o instrumento através do qual o Estado atribui o **exercício** de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se **pela própria exploração do serviço**, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço. (destaques do original)

É entendimento pacífico que, na concessão de serviço público, a titularidade é do Estado, a execução do serviço deve ser exercida por conta e risco do concessionário e remunerada por tarifa paga pelo usuário.

Ao dispor sobre a evolução do conceito de concessão, Pedro Gonçalves (1999, p. 103, *apud* COLLAÇO) discorre a respeito da definição clássica de concessão:

Mais do que por em prática um modelo de gestão de um serviço público, a concessão de serviços públicos começou por ser essencialmente um expediente de natureza financeira, um modo de instalação de infra-estruturas públicas à custa de dinheiros privados.

Gonçalves argumenta que a concessão é um produto do Estado Liberal que abre a porta ao Estado Social, dando ao Poder Público a possibilidade de se comprometer com fins sociais, dispensando-o, contudo, de fazer os investimentos que a prossecução desses fins acarreta.

Mais adiante, o autor afirma, a respeito da definição que vigorou até o início do século XX, que a “técnica concessória: é um instrumento a que recorrem entidades públicas, responde a exigências de natureza essencialmente econômico-financeira e pressupõe uma cooperação ou colaboração entre os sectores público e privado”.

Apesar de lembrar que na atualidade o conceito de concessão tenha se distanciado do conceito clássico, Gonçalves (1999, p. 126) afirma que

Embora em certa fase, tenha deixado de ser atribuída apenas a pessoas de direito privado, os exemplos mais recentes de concessão de serviços públicos recuperam em grande medida uma das características da definição clássica, a de se tratar de um negócio que põe em prática um princípio de colaboração entre os setores público e privado. [...] O concessionário é, aqui, uma pessoa ‘substancialmente’ privada, de caráter empresarial, que procura, através da concessão, satisfazer um interesse pessoal (lucro), embora exerça uma atividade vinculada ao interesse público. É justamente essa divergência entre as motivações do concessionário e os interesses a que sua atuação deve servir que está, em grande medida, na origem da especificidade da relação de concessão, através da qual se deverá obter uma compatibilização ou um justo equilíbrio entre os interesses divergentes implicados no fenômeno concessório.

A esse respeito Di Pietro (2002, p. 55) assevera:

A descentralização por colaboração é feita por contrato (concessão de serviço público) ou por ato administrativo unilateral (permissão ou autorização de serviço público), pelo qual se atribui a uma pessoa de direito privado a execução de serviço público, conservando o poder concedente sua titularidade. Isto lhe permite dispor do serviço **de acordo com o interesse público, envolvendo a possibilidade de alterar unilateralmente as condições de sua execução e de retomá-la antes do prazo estabelecido;**

[...]

A Constituição indicou, com precisão, a forma pela qual admite a descentralização, precisamente porque os institutos escolhidos (concessão e permissão) não retiram do poder público a titularidade do serviço e permitem um controle maior sobre o ente descentralizado e a imediata **retomada do serviço público quando sua execução pelo particular se revelar contrária ao interesse público.** (destacou-se)

Os autores não apresentam grandes divergências ao conceituar concessão de serviço público. Todos acentuam que: a) a titularidade do serviço permanece com o Estado, a quem cabe defender o interesse público, com a possibilidade de alterar unilateralmente o contrato; b) a prestação do serviço pelo particular dá-se por sua conta e risco, a quem é assegurada uma remuneração justa e o equilíbrio econômico-financeiro.

Concessão de serviço público, de obra pública e de uso de bem público.

Um primeiro comentário que pode ser feito a respeito dos três tipos de concessão diz respeito à legislação aplicável a eles. O regime de concessão de serviço público, precedido ou não de obra pública (e de obra pública, como será visto posteriormente), está estabelecido na Lei nº 8.987/1995, enquanto que à concessão de uso de bem público aplicam-se os dispositivos da Lei nº 8.666/1993 e de outras leis específicas.

A Lei nº 8.987/1995 não se refere à concessão de obra pública como uma figura independente, vinculando a obra a uma prestação de serviço público. Para alguns autores a concessão de obra pública é um mero acessório da concessão de serviço público. Ao contrário, Pedro Gonçalves e Di Pietro defendem que a concessão de obra é uma figura autônoma. A autora define (2001, p. 275):

Concessão de **obra** pública é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de uma obra pública, para que a execute por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelos beneficiários da obra ou obtida em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a obra proporciona.

Gonçalves afirma que na concessão de obras o que está em causa é a construção e exploração da obra, o concessionário não presta um serviço aos utentes, limita-se lhes facultar, contra o pagamento de uma taxa, a utilização da obra que ele próprio construiu. Em conclusão, o autor esclarece (1999, p. 153):

A concessão de serviços públicos, em que o concessionário assume a obrigação de executar obras, e a concessão de obras públicas são figuras concessórias distintas – trata-se de uma distinção que não tem um interesse meramente teórico, visto que há regimes legais que se aplicam apenas a uma daquelas figuras [...]

Entretanto, o autor conclui (1999, p. 155):

Por isso mesmo, não nos parece rigoroso distinguir a concessão de serviços públicos de outras figuras (v.g., da concessão de obras públicas) de acordo com o critério de que as obras têm, nesse caso, um valor ‘marginal’ no contexto econômico do contrato (*apud* PISCITELLI, 1955, p. 245) ou meramente ‘instrumental’ em relação à gestão do serviço (*apud* FRACCHIA, 1995, p. 205). Mesmo que não seja esse o caso, e que as obras sejam a causa determinante do negócio (e portanto não apenas um aspecto marginal ou secundário do contrato), desde que ele tenha (também) por objeto a gestão do serviço público, deverá ser qualificado como ‘contrato de concessão de serviços públicos’ e o contratante da Administração como ‘concessionário de serviço público.’

Para Justen Filho (2003, p. 100), as duas hipóteses de concessão admitem uniformização de seu regime jurídico básico, uma vez que, em todos os casos, a finalidade jurídica e a situação das partes são similares. Atribuem-se certos encargos a um particular, o qual arcará com investimentos destinados a propiciar a satisfação de interesses coletivos. Embora as hipóteses de concessão tenham diferença teórica entre si, a Lei nº 8.987/1995

deu a ambos, concessão de serviço público e de obra pública, o tratamento de concessão de serviço público.

A Lei de Concessões (BRASIL, 1995a) rege os dois institutos, assim:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

[...]

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

[...]

170 Na opinião de Justen Filho, não houve vício no art. 2º, inciso III, da Lei nº 8.987/1995, que “disciplinou de modo amplo a matéria, evitando inclusive disputas sobre a extensão dos conceitos de serviço e obra.”. Para o autor, a Lei reconhece que atividades materiais de construção, conservação, reforma etc. caracterizam-se como obra, quando alude a concessão de serviço precedida de obra, mas na parte final do art. 2º, inciso III, fica claro que a exploração tanto pode ser de obra propriamente dita como também de serviços públicos com ela relacionados (“mediante a exploração do serviço ou da obra [...]”). Portanto, “a Lei nº 8.987 disciplinou concessão de serviço e concessão de obra, ainda que aludindo apenas a serviço público.”

Marcos Juruena Villela Souto é da mesma opinião (2001, p. 363 *apud* BLANCHET 1995, p. 16):

A Lei nº 8.987/95 não rege apenas as concessões de serviço público, mas também as concessões de obra pública. Diferem, as concessões de obra pública e as de serviço público, não apenas porque as primeiras são precedidas, obviamente, da existência de uma obra (ou de sua execução, como impropriamente consta no texto legal), mas igualmente porque na concessão de obra pública o concessionário poderá explorar economicamente a obra ainda que esta atividade não configure propriamente um serviço público como tal qualificado em lei.

Discorda Bandeira de Mello (2004, p. 659), para quem o art. 2º da referida lei apresenta conceitos impróprios:

sob tal designação normativa estão impropriamente compreendidas ora uma concessão de serviço público, ora uma concessão de obra pública, conforme se

trate de 'delegação'¹ para explorar **serviço** ou 'delegação' para explorar **obra**, objetos perfeitamente distintos e discerníveis [...] (destaques do original)

Apesar de toda a polêmica acerca dos conceitos apresentados na Lei de Concessões, há consenso de que tanto as outorgas de concessão de serviço público como as de concessão de obra pública, ainda que não estabelecida expressamente, são regidas por esta Lei.

Já a concessão de uso de bem público é regida pela Lei nº 8.666/1993 e/ou outras leis específicas, como, por exemplo, no caso das concessões de uso de aproveitamento hidrelétrico, cujas licitações para outorga obedecem, além da Lei Geral de Licitações, as Leis nºs 9.427/1996, 9.648/1998 (específicas sobre energia elétrica) e 9.074/1995.

Para Floriano Marques Neto (2001) a chave para a distinção entre concessão de serviço público e de uso de bem público está na utilidade pública específica predominante explorada no âmbito da concessão. Se o objeto da concessão é uma atividade humana, definida em lei como de relevância tal que o Poder Público assume o ônus de garantir sua disponibilidade contínua e universal à coletividade, temos a concessão de um serviço público. Se, por outro lado, é o bem de domínio do Poder Público disponibilizado que dá margem econômica à exploração concedida, trata-se de concessão de bem público.

Di Pietro (2001) e Odete Medauar (2001) acentuam a característica de uso privativo da concessão de uso de bem público, na qual a Administração Pública faculta ao particular a utilização privativa de bem público, para que a exerça conforme a sua destinação, como é o caso de boxes em mercados municipais, dependências de aeroportos, de portos, de estações rodoviárias, cantinas de escolas.

Bandeira de Mello dá destaque ao objetivo da concessão, ao distinguir concessão de serviço público da concessão de bem público "quando o objetivo do ato for o de ensejar uma exploração de atividade a ser prestada **universalmente ao público em geral**, mesmo que o concessionário necessite usar um bem público, mas o objeto da concessão é o serviço a ser prestado". (destacou-se)

Ensina o autor que (2004, pp. 659-660)

a concessão de uso pressupõe um bem público cuja utilização ou exploração não se presta a satisfazer as necessidades do público em geral, mas a **do próprio interessado ou de alguns singulares indivíduos**. O objeto da relação não é, pois, a prestação do serviço à universalidade do público, mas pelo contrário, ensejar um uso do próprio bem ou da exploração que este comporte (como sucede com os potenciais de energia hidroelétrica) para que o próprio concessionário se sacie com o produto extraído em seu proveito ou para que o comercialize limitadamente com alguns interessados. (destacou-se)

Na linha de Bandeira de Mello, entende-se que a concessão de uso de bem público difere dos demais institutos num ponto crucial que é o interesse público na exploração do bem. Na concessão de serviços e de obras públicas, o interesse é da coletividade, ou seja Poder Público concede um serviço (ainda que por meio de um bem) ou uma obra, com o intuito de satisfazer necessidades do público em geral, que devem ser atendidas pelo Estado. Já na concessão de uso de bem público, o Poder Público permite que o

concessionário faça uso de um bem público (ainda que tenha de obedecer à destinação determinada pelo concedente), para satisfazer ao primordial interesse do particular explorador do bem, mesmo que o este possa ser utilizado pela coletividade.

Concessão de rodovias

Alguns autores consideram a concessão de rodovias como concessão de obra pública, outros entendem ser uma concessão de serviço público. Marques Neto levantou uma terceira discussão acerca da concessão da exploração de rodovias, ao afirmar que se trata de concessão de bem público e não de serviço público, como vem sendo outorgada.

No entendimento de Marques Neto, não existe uma necessidade pública a ser atendida pela produção de uma dada comodidade ou utilidade de fruição coletiva, que caracterizaria o serviço público. As concessionárias de rodovias não prestam serviço público propriamente, mas realizam serviços necessários à plena utilização do bem pelos demais administrados. Essas atividades de conservação e manutenção do bem, apoio ao usuário etc., realizadas pelo particular, não são nucleares.

O autor sustenta em sua análise (2001, p. 250):

Em suma, exploração de rodovia não é serviço público coisíssima nenhuma. A Atividade de exploração nenhuma relevância coletiva tem. A exploração da rodovia, enquanto tal, interessa apenas ao particular e é a contrapartida que o concessionário tem por conservar, ampliar, manter e gerir a coisa pública rodovia. Se entendermos, como de fato entendo, que o substrato material necessário à caracterização do serviço público deve ser uma necessidade pública a ser atendida pela produção de uma dada comodidade ou utilidade de fruição coletiva, tem-se que a exploração (enquanto atividade) em si não possui relevância coletiva, interessando primordialmente ao particular. Não pode caracterizar, assim, serviço público.

Em que pese o posicionamento do autor, discorda-se, principalmente, da visão de que a atividade em si não tenha relevância coletiva. É certo que a exploração de rodovias inclui as atividades de conservação, manutenção, apoio ao usuário e a própria utilização da via trafegável, perfazendo um só negócio cuja finalidade precípua é o tráfego rodoviário, mas este é sim de relevante interesse público e não do particular, que visa seu próprio lucro.

Em justificativa à Emenda Constitucional nº 7, de 6 de agosto de 1995, que altera o art. 178 da Constituição Federal e dispõe sobre a adoção de Medidas Provisórias, o Deputado Bernardo de Souza assevera que o princípio da modicidade das tarifas tem profundo significado social, diante da pobreza. “As tarifas devem estabelecer taxas moderadas, tão próximas quanto possível do custo do serviço, que beneficiem a massa da população, **satisfazendo interesses gerais e não conveniências dos concessionários**”. (destacou-se)

Ainda que o mencionado art. 178 da Carta Magna não disponha sobre rodovias, mas sobre transporte aéreo, aquático e terrestre, a apreciação do Deputado é totalmente pertinente, quando se trata de tarifas públicas em geral, como, por exemplo, o pedágio.

Deve ser lembrado que a satisfação do interesse geral não se resume à satisfação do usuário de determinada rodovia (a quem certamente interessaria que não existisse pedágio). O interesse geral passa, sem dúvida, pela garantia do lucro da concessionária (garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato), de quem é exigido investimento na infra-estrutura pública. O Poder Público, visando satisfazer ao interesse geral, deve atentar para as necessidades de todos os atores envolvidos em cada setor.

É notório que as condições das rodovias brasileiras são de extrema importância para o desenvolvimento do País. As condições das rodovias exercem grande influência sobre o desempenho dos serviços de transporte terrestre de carga e de passageiros, por exemplo, influenciando assim toda a coletividade, ainda que determinados indivíduos não façam uso da rodovia.

O governo, há bastante tempo, tem feito tentativas com vistas a solucionar a questão do investimento na infra-estrutura rodoviária. Já em 1995, em auditoria operacional realizada no âmbito do sistema de transporte aéreo, aquático e terrestre brasileiro, ao verificar a deterioração do sistema viário por excesso de carga transportada, o TCU, mediante a Decisão nº 595/1996-Plenário (TC 014.694/95-6), ressaltou:

O Governo Federal, ante a redução dos investimentos no sistema rodoviário após a promulgação da Constituição Federal de 1988, vendo malograr várias tentativas de financiamento do setor, como o Selo-Pedágio, o Imposto sobre Importação de Petróleo e a cobrança de pedágio por ele diretamente efetivada, em 1992 passou a implementar o Programa de Descentralização Rodoviária e o Programa de Concessão de Rodovias Federais - PROCOFE, buscando a parceria dos governos estaduais e da iniciativa privada, e como medida complementar, encaminhou ao Congresso Nacional projeto de emenda à Constituição para recriação do Fundo Rodoviário Nacional.

Destaca-se, ainda, a importância do transporte rodoviário de carga que depende fundamentalmente das rodovias para o escoamento dos produtos brasileiros. Em reportagem publicada na Gazeta Mercantil, em 2 de junho de 2004, o Sr. Paulo Fernandes Fleury, Diretor do Centro de Estudos e Logística da Coppead da Universidade Federal do Rio de Janeiro (escola de pós-graduação em negócios da Universidade Federal do Rio de Janeiro), afirmou que o transporte rodoviário de carga no Brasil participa com cerca de 61% do total de carga transportada. O Diretor afirma que uma pesquisa realizada pela Coppead mostra que a alta dependência do modal rodoviário contribui para que a produtividade do transporte no Brasil seja equivalente a 22% da produtividade dos Estados Unidos.

Assim, não se pode dizer que o interesse no tráfego rodoviário seja do particular. O interesse da concessionária é, sem dúvida, manter a rodovia em condições atrativas para garantir seu fluxo de tráfego e, assim, seu lucro, mas em que termos? Obviamente nos

termos em que se minimizem seus custos e se maximize seu lucro, como é característico da iniciativa privada.

Ao revés, para satisfazer o interesse coletivo, ao estabelecer as condições de exploração das rodovias federais, o poder público deve zelar pela manutenção dos níveis de qualidade da infra-estrutura (que ao final do contrato será revertida ao poder público), de segurança e eficiência, observando o princípio da modicidade de tarifas. Todos estes preceitos estão dispostos na Lei nº 8.987/1995, que rege as concessões de serviços públicos.

Bandeira de Mello assevera sobre o exercício de atividade pública pelos particulares nas concessões, afirma (2004, p. 661): “O Estado mantém, por isso mesmo, sempre e permanentemente, total disponibilidade sobre o serviço concedido. Daí se segue que o concessionário o desempenhará **se, quando, como e enquanto** conveniente ao interesse público”. (destaques do original).

Marques Neto (2001, p. 251), em nota de rodapé, chama atenção para outro ponto que merece destaque sobre o instituto de concessão de uso de bem público:

Note-se aqui que a concessão de uso de bem público implica, sempre, privilégio a um particular, mas sem a exclusividade na utilização do bem. O caráter privativo do uso, elemento caracterizador da concessão de bem, não deve ser entendido portanto como sinônimo de exclusividade.

O autor lembra que se o Poder Público concede o uso de um ginásio esportivo ou de um parque, apenas a concessionária poderá explorar comercialmente o bem, mas qualquer um do povo poderá adentrar ao bem concedido, pagando preço ou não.

174

Vale lembrar que, em concessões desse tipo (ginásio ou parque), embora o bem público esteja sendo concedido sem exclusividade de uso pelo particular, não se pode antever interesse público que enseje a disponibilização e a universalização do bem em questão (ou qualquer serviço relacionado a ele para uso de toda a coletividade. Embora esses bens públicos possam ser utilizados por quem quiser, e puder (caso haja cobrança de tarifa), não há exigência constitucional ou infraconstitucional para que o poder público os disponibilize e universalize à população em geral.

Bem diferente é o caso das rodovias, uma vez que o uso do bem público propriamente dito e de todos os serviços relacionados à sua operação, é de crucial interesse da população em geral e deve ser colocado à disposição da coletividade pelo poder público. Portanto, verifica-se que, também do ponto de vista da exclusividade de uso, apresentado anteriormente, o instituto da concessão de uso de bem público não se coaduna com a concessão de rodovias.

Bandeira de Mello, ao distinguir concessão de serviço público de concessão de uso de bem público, acentua o beneficiário da concessão, ou seja, a quem se destina o proveito captado, a utilidade extraída. A distinção mostra-se clara quando o poder público confere ao concessionário o uso extraível do bem público, que o próprio interessado explorará para si, normalmente, em caráter exclusivo, como ocorre quando o poder público outorga a exploração de potencial hidráulico para fins de produzir energia elétrica exclusivamente para alimentar a própria indústria (2004, p. 660):

O bem oferecido ao concessionário o é como base geradora de um **bem de consumo seu**, ao passo que na concessão de serviço público – quando pressuposta a utilização de um bem público – este aparece como um bem de produção, ou seja, enquanto condição necessária para instrumentá-lo à prestação à **coletividade** daquele serviço concedido.

Outras vezes, todavia, a concessão de uso de bem público é outorgada para que o concessionário comercialize o resultado de sua exploração (e não para que esgote consigo mesmo a utilidade material dela resultante), fazendo-o, contudo, **sem o caráter de oferta ao público efetuada com a universalidade característica da concessão de serviço público**. (destaques do original)

Justen Filho (2003), por seu turno, assevera que a construção de rodovias e obras assemelhadas, em que há o dever de atividades complementares posteriores, atinentes à manutenção das obras e bens públicos, assim como de prestação de serviços aos usuários é denominada de concessão de obra pública.

O autor argumenta que até o advento da Lei de Concessões era pacífico que obra e serviço não se confundiam. Contratar a execução de uma ponte nunca foi considerado como contrato de serviço, nem mesmo de engenharia. A diferença era claramente estabelecida, inclusive no campo específico de conservação de rodovias. “A jurisprudência reputava que conservação de rodovia era obra não serviço. Tanto que, para fins tributários, era inconstitucional instituição de taxa de serviço, sendo viável apenas a contribuição de melhoria (vinculada constitucionalmente à realização de obra pública)”. (JUSTEN FILHO, 2003).

Para Justen Filho (2003, p. 100), embora a lei tenha agrupado várias hipóteses de concessão, em todos os casos, a finalidade jurídica e a situação das partes são similares.

Atribuem-se certos encargos a um particular, o qual arcará com investimentos destinados a propiciar a satisfação de interesses coletivos. A remuneração a esse particular não se fará mediante pagamento realizado diretamente por recursos saídos dos cofres públicos, mas por meio de tarifas arrecadadas dos usuários do serviço ou da obra. Mesmo quando se tratar da execução de obra pública, a forma de remuneração do particular residirá na exploração do bem. Atribui-se ao particular a faculdade de gestão do bem público por ser essa a forma para assegurar a ele a obtenção dos proveitos econômicos por meio dos quais amortizará os investimentos realizados e obterá seu lucro.

Souto assume a mesma posição quando afirma (2001) que na concessão de obra pública o concessionário pode explorar economicamente a obra, ainda que esta atividade não configure propriamente um serviço público como tal qualificado em lei.

Saindo um pouco da concepção doutrinária, Marques Neto afirma, ao defender que concessão de rodovias é concessão de uso de bem público, que (2001, p. 249/250):

Em nenhum texto legal vemos prevista a existência de tal serviço público, bem entendido aqui como ‘atividade material fruível diretamente pelos particulares’.

Na Constituição Federal não colhemos previsão da existência de um serviço público de exploração rodoviária. [...].

No prisma infraconstitucional também colhemos disposições a reforçar nosso entendimento. A Lei federal nº 9.472/95 [provavelmente refere-se à Lei nº 9.074/1995] prevê a possibilidade de exploração no regime de concessão de 'vias federais' e não de 'serviços públicos afetos a rodovias federais. Ou seja, a exploração autorizada pela lei é do bem ('vias federais') e não de qualquer atividade ('serviço') afeta a elas.

Para o autor, a Lei Complementar nº 100/1999, que inclui a exploração de rodovias no rol de serviços passível de tributação de ISS, não tem o condão de transformar concessão de bem em concessão de serviço público.

A citada Lei Complementar dispõe em seu art. 3º (BRASIL, 1999):

Art. 3o A Lista de serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, com a redação dada pela Lei Complementar nº 56, de 15 de dezembro de 1987, passa a vigorar acrescida do seguinte item:

"101 – exploração de rodovia mediante cobrança de preço dos usuários, envolvendo execução de serviços de conservação, manutenção, melhoramentos para adequação de capacidade e segurança de trânsito, operação, monitoração, assistência aos usuários e outros definidos em contratos, atos de concessão ou de permissão ou em normas oficiais."

176 | Outro dispositivo legal que se refere à exploração de rodovias como serviço público é a Lei nº 9.074/1995, que dispõe em seu art. 1º (BRASIL, 1995b):

Art. 1º Sujeitam-se ao regime de concessão ou, quando couber, de permissão, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes **serviços e obras públicas** de competência da União:

[...]

IV – vias federais, precedidas ou não da execução de obra pública; (destacou-se)

Ora, se o *caput* do art 1º dispõe, tão-somente, sobre **serviços e obras públicas** (ou seja, não há possibilidade de os incisos seguintes referirem-se a bens ou qualquer outro objeto que não serviços ou obras) e o inciso IV, do mesmo artigo, menciona **vias federais, precedidas ou não de obras públicas**, então, é forçoso concluir que vias federais são consideradas serviços públicos pela Lei nº 9.074/1995.

Ao discorrer sobre a possibilidade de criação de serviço público por via legislativa, adotou-se o seguinte posicionamento: não tendo a Carta Magna apresentado uma definição de serviço público, o fato de alguns serviços estarem citados na Constituição não significa dizer que todos os serviços públicos teriam sido referidos exhaustivamente no seu texto, o que legitima a criação de serviços públicos por lei ordinária, desde que o serviço criado seja da competência da pessoa jurídica instituidora e não seja atividade econômica própria dos particulares, como as estabelecidas no art. 173 da CF.

Entende-se, por conseguinte, que tanto a Lei nº 9.074/1995 quanto a Lei Complementar nº 100/1999, legitimamente, caracterizaram a operação de rodovias como serviço público. A Lei nº 9.074/1995 aplicou, ainda, à concessão de exploração de rodovias o regime de concessão de serviço público disposto na Lei nº 8.987/1995 (que regulamenta o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal). Portanto, a concessão de exploração e administração de vias públicas será tratada neste trabalho como concessão de serviço público.

As concessões de rodovias federais delegadas e a Lei nº 9.277/1996

A Lei nº 9.277/1996 autoriza a União a delegar aos Municípios, aos Estados da Federação e ao Distrito Federal a administração e exploração de rodovias e de portos federais. A delegação, intermediada pelo Ministério dos Transportes, é formalizada mediante convênio (art. 3º) e autoriza a administração e a exploração de trechos de rodovia, ou obras rodoviárias federais, diretamente pelos entes federados ou mediante concessão, pelo prazo de até vinte e cinco anos, prorrogáveis por igual período (art. 1º).

A cobrança de pedágio, ou outra forma de remuneração possível que não contrarie a legislação federal, deve estar prevista em cláusula específica do convênio de delegação, como estabelece o § 1º do art. 3º da referida Lei. No âmbito infralegal, os procedimentos exigidos para a aprovação das delegações de rodovias federais a unidades da federação estão definidos na Portaria nº 368/1996 do Ministério dos Transportes.

Uma discussão acerca da constitucionalidade da Lei nº 9.277/1996 foi levantada por Representação formulada pela Procuradoria junto ao TCU no TC nº 004.992/98-9. Nos autos, o Procurador-Geral junto ao TCU questionou a delegação da administração do Porto do Rio Grande ao Estado do Rio Grande do Sul, mediante convênio.

Foi alegado pelo representante do Ministério Público que o art. 21 do Texto Constitucional foi exaustivo ao enumerar as formas de exploração indireta dos portos, somente permitindo a autorização, a concessão ou a permissão, assim (BRASIL, 1988):

Art. 21. Compete à União:

[...]

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

[...]

e) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

Além disso, argumentou o Procurador, em decorrência do art. 23 da CF, considerando que a exploração de portos é uma atividade exclusiva da União, não seria cabível convênio para a sua realização, uma vez que a reunião de esforços só seria possível se o objeto fosse de interesse e de competência de ambos os convenientes. Por essa razão, concluiu o *Parquet*, a Lei nº 9.277/1996 não estaria em conformidade com a Carta Magna. Essa posição não prosperou e a Representação foi considerada improcedente na

Decisão nº 292/99-TCU-Plenário, em resumo, por conta do seguinte argumento, exarado no Voto Revisor do Ministro Ademar Paladini Guisi:

A Lei nº 9.277, de 10.05.96, autorizou a União, por intermédio do Ministério dos Transportes, a delegar, mediante convênio, aos Municípios, Estados da Federação e ao Distrito Federal, ou a consórcio entre eles, a administração e exploração de rodovias e portos federais (arts. 1º, 2º e 3º). Não há na referida Lei definição sobre o instituto da autorização. De acordo com o art. 4º da mencionada Lei, poderá o Município, o Estado ou o Distrito Federal explorar a via ou o porto diretamente ou através de concessão, nos termos das leis federais que regem as concessões e da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993. O Decreto nº 2.184, de 24 de março de 1997, que regulamentou o art. 2º da Lei nº 9.277/96, dispõe que as cláusulas essenciais do convênio de delegação serão aprovadas pelo Conselho Nacional de Desestatização, que supervisionará o cumprimento das obrigações assumidas. Como se vê, quando a Lei nº 9.277/96 foi editada a Constituição Federal não se referia expressamente como seria regulamentado o instituto administrativo da autorização, o que veio a ocorrer com a Emenda Constitucional nº 19/98, que, dando nova redação ao art. 241 da CF, definiu que o instituto seria disciplinado mediante lei. Com esse dispositivo, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios foram autorizados a transferir, de acordo com lei específica, a entes federados a gestão associada de serviços públicos, mediante consórcios e convênios. Verifica-se assim que o texto da Lei nº 9.277/96 está coerente com o texto constitucional, sendo recepcionado pela Lei Maior.

178 No caso da exploração de rodovias federais, não existe previsão constitucional como serviço público de competência exclusiva da União, embora o bem rodovia federal pertença à União. A competência para explorá-la, mediante concessão de serviço público, foi estabelecida na Lei nº 9.074/1995. Não existe óbice na Carta Magna que inviabilize a delegação de sua exploração a entes federados, mediante convênio.

Não se pode deixar de lembrar que a reforma administrativa deu ênfase à descentralização, tendo o Decreto-Lei 200/1967 (BRASIL, 1967) estabelecido, em seu art. 10:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

[...]

b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;

[...]

Ademais, a exemplo do que foi argumentado no âmbito da Decisão nº 292/99-TCU-Plenário, a respeito da delegação da concessão de Portos a entes federados, entende-se que a Emenda Constitucional nº 19/1998, dando nova redação ao artigo 241 da CF, permite a delegação pela União da exploração de rodovias federais, assim (BRASIL, 1988):

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.

Vale citar, aqui, a compreensão da professora Di Pietro sobre os convênios de cooperação entre entes federados. Para a autora (2002, p. 191), a possibilidade de cooperação entre entes da federação mediante convênio, mesmo antes da Emenda nº 19, já era implícita na Constituição, em decorrência do art. 23, para as competências concorrentes. Contudo, a cooperação consta expressamente na Constituição sem especificar o tipo de objeto do ajuste, dependendo de lei a regulamentação a respeito das transferências essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

A Lei nº 9.277/1996 cuidou de estabelecer os critérios para a prestação do serviço de exploração de vias federais pelos entes federados, submetendo essa exploração aos ditames da Lei nº 8.987/1995, regulamentado, assim, as transferências essenciais para a continuidade do serviço.

Dessa forma, entende-se que a delegação da prestação do serviço de exploração de vias federais a entes federados, mediante convênio, na forma estabelecida na Lei nº 9.277/1996, está de acordo com os preceitos constitucionais.

A REGULAÇÃO DAS CONCESSÕES DE RODOVIAS FEDERAIS DELEGADAS A ENTES FEDERADOS

Neste capítulo será analisada a forma como os órgãos reguladores têm exercido suas competências no âmbito das concessões de rodovias federais delegadas. Serão analisados os casos práticos e debatida a competência dos órgãos reguladores estaduais e nacional para regular em confronto com a legislação vigente. A primeira análise diz respeito à atuação das agências reguladoras e a segunda aos demais órgãos que exercem papel regulador nos processos de concessão de rodovias federais delegadas aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

O poder regulatório

De forma bastante ampla, regulação pode ser entendida como toda forma de intervenção do Estado na economia. Baseado neste conceito, verifica-se que a função reguladora do Estado sempre existiu. Antes da reforma administrativa, por exemplo, o Estado prestava serviços e produzia bens, participando diretamente (ou através de sociedades de economia mista) das atividades econômicas.

Esse modelo mostrou-se ineficiente, haja vista os altos gastos públicos e a crise financeira, fazendo-se necessária a revisão do modelo. A mudança veio a partir da reforma administrativa, quando o Estado deixa de produzir bens e prestar serviços, delegando essas funções à iniciativa privada, mediante concessões e permissões. Nesse contexto mostra-se necessário o fortalecimento da função regulatória estatal.

Leila Cuellar (2001, p. 54) distingue a regulação frente às atividades econômicas em sentido estrito daquela referente aos serviços públicos. Na primeira, em que há liberdade

de iniciativa e de concorrência, a regulação estatal circunscreve-se à manutenção de regras de competição entre os particulares. Na segunda, em que há submissão ao regime jurídico de direito público, cabe ao Estado disciplinar integralmente a prestação do serviço, ainda que seja prestado por particular, diz a autora. Nesse caso, a atuação dos particulares fica vinculada à realização do interesse público.

Para Justen Filho (2002), o Estado Regulador caracteriza-se pela instituição de mecanismos jurídicos e materiais de acompanhamento da atividade privada, em que os agentes econômicos devem buscar os objetivos delimitados pelo Estado e comprovar a correção de sua conduta. A atuação dos particulares deve ser transparente perante os controles estatais e a comunidade.

Para o autor, a regulação é (2002, p. 40):

Um conjunto ordenado de políticas públicas, que busca a realização de valores econômicos e não econômicos, reputados como essenciais para determinados grupos ou para a coletividade em seu conjunto. Essas políticas envolvem a adoção de medidas de cunho legislativo e de natureza administrativa, destinadas a incentivar práticas privadas desejáveis e a reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com a realização dos valores prezados. As políticas regulatórias envolvem inclusive a aplicação jurisdicional do Direito.

Diante dessa nova forma de intervenção do Estado na economia, no qual se fortalece a função reguladora estatal em detrimento do modelo de Estado prestador de serviços, são criadas as Agências Reguladoras, com funções específicas, corpo técnico especializado e independência política, no intuito de desempenhar as funções demandadas pelo novo modelo.

180

As Agências Reguladoras

Neste novo contexto estatal, em que a diminuição do papel de prestador de serviço do Estado demanda o fortalecimento da sua função regulatória, foram criadas as agências reguladoras. Com a nova concepção das competências regulatórias, viu-se a necessidade de criação de órgãos independentes e técnicos para desempenhá-las, sem a influência direta dos agentes políticos.

Para Leila Cuéllar (2001, p. 64, *apud* WALD e MORAES, p. 144):

Justificou a criação desses entes reguladores, entre outros motivos, a necessidade de dotar-se um órgão independente dos poderes para exercer o controle da execução dos contratos de concessão e a fiscalização dos serviços e das concessionárias, editando normas regulamentares, reprimindo condutas abusivas e até resolvendo conflitos entre os agentes, envolvidos na prestação de determinado serviço público.

As leis de criação das Agências Reguladoras e as demais normas aplicáveis a determinado setor vêm definindo os respectivos marcos regulatórios e determinando as competências dos entes reguladores.

De modo geral, assinala Cuéllar (2001, p. 65, *apud* SUNDFELD 1998, p. 134) que compete às Agências Reguladoras produzir normas jurídicas gerais e abstratas sobre

o desenvolvimento das atividades desempenhadas por particulares, atribuir ou suprimir aos particulares o direito de desempenhar essas atividades, dando-lhes autorizações, concessões, permissões, licenças ou outras formas de atos, pelos quais os particulares são habilitados a desempenhar atividades, serviços públicos ou não. Às Agências compete, ainda, fiscalizar a prestação do serviço, aplicar sanções e dirimir conflitos entre particulares.

Assim, as Agências Reguladoras possuem poder normativo, de outorga, de fiscalização, sancionatório e mediador no setor em que atuam.

A delegação do poder regulatório

A Constituição Federal não fez repartição de competências federativas no que tange ao poder regulatório, deixando para a legislação ordinária essa tarefa, ao estabelecer, em seu art. 174, que o Estado, como agente normativo e regulador, exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

De acordo com Cuéllar (2001), em função da repartição constitucional de competências entre os entes da federação, decorre que a competência para criar agências deriva da titularidade do serviço público ou da competência administrativa/legislativa.

Assim, depreende-se que o poder regulatório, igualmente, decorre da titularidade do serviço público.

No que se refere às vias federais, embora o bem público rodovia pertença à União, a Constituição não fixou como competência privativa da União a prestação do serviço de operação das rodovias. A competência da União para prestação do serviço de exploração e administração de vias federais somente foi estabelecida na Lei nº 9.074/1995.

Como já foi estudado em tópico anterior, a CF já permitia a delegação de serviços públicos como forma de cooperação entre entes da federação mediante convênio, mesmo antes da Emenda nº 19, em decorrência do art. 23, para as competências concorrentes. Contudo, a cooperação que consta expressamente na Constituição não especifica o tipo de objeto do ajuste, dependendo de lei a regulamentação a respeito das transferências essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Assim, ficou entendido que a Lei nº 9.277/1996 preencheu essa lacuna, legitimamente, no que se refere às vias federais, permitindo a delegação da prestação do serviço público de exploração e administração das rodovias federais a entes federados.

Diante disso, tendo em vista o amparo constitucional para a delegação de prestação de serviço de titularidade da União, e sendo o poder regulatório decorrente da titularidade do serviço, não se encontra óbice constitucional para que os entes federados recebam, por lei, delegação para exercer regulação sobre serviços que lhes foram delegados pela União.

Ao estudar este tema, deve-se lembrar, mais uma vez, que a reforma administrativa deu ênfase à descentralização, tendo o Decreto-Lei 200/1967 (BRASIL, 1967) estabelecido, em seu art. 10:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

[...]

b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;

[...]

Deve-se destacar, todavia, que se regulação decorre da titularidade do serviço e a prestação do mesmo pode ser delegada a entes federados, então por analogia, a atividade regulatória também pode ser delegada a entes federados, mas a titularidade da regulação permanece com o órgão regulador federal, assim como a titularidade da prestação do serviço permanece com a União.

A respeito disso, as Leis de criação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) permitem a delegação de atividades regulatórias, mas sempre sob a égide das agências nacionais.

A Lei de criação da Anvisa assim estabelece (BRASIL, 1999b):

Art. 7º Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo:

[...]

§ 1º A Agência poderá delegar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a execução de atribuições que lhe são próprias, excetuadas as previstas nos incisos I, V, VIII, IX, XV, XVI, XVII, XVIII e XIX deste artigo.

[...]

A Lei de criação da Aneel dispõe em seu art. 20 (BRASIL, 1996b):

Art. 20. Sem prejuízo do disposto na alínea b do inciso XII do art. 21 e no inciso XI do art. 23 da Constituição Federal, a execução das atividades complementares de regulação, controle e fiscalização dos serviços e instalações de energia elétrica poderá ser descentralizada pela União para os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio de cooperação.

§ 1º A descentralização abrangerá os serviços e instalações de energia elétrica prestados e situados no território da respectiva unidade federativa, exceto:

I - os de geração de interesse do sistema elétrico interligado;

II - os de transmissão integrante da rede básica.

§ 2º A delegação de que trata este Capítulo será conferida desde que o Distrito Federal ou o Estado interessado possua serviços técnicos e administrativos

competentes, devidamente organizados e aparelhados para execução das respectivas atividades, conforme condições estabelecidas em regulamento.

§ 3º A execução, pelos Estados e Distrito Federal, das atividades delegadas será permanentemente acompanhada e avaliada pela ANEEL, nos termos do respectivo convênio.

Observa-se, portanto, que na criação de algumas agências reguladoras federais, já foi prevista a descentralização da função regulatória, sendo delegada, mediante convênio, a entes federados devidamente aparelhados para exercer a função. A competência da ANTT e a possibilidade de delegação de suas funções serão analisadas adiante.

A regulação e as rodovias federais delegadas a entes federados

No estado do Rio Grande do Sul, à Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS) foi dada competência para regular as concessões de rodovias federais, mediante a alínea c do parágrafo único do art. 3º da Lei nº 10.931/1997, assim (RIO GRANDE DO SUL, 1997):

Art. 3º Compete à AGERGS, a regulação dos serviços públicos delegados prestados no Estado do Rio Grande do Sul e de sua competência ou a ele delegados por outros entes federados, em decorrência de norma legal ou regulamentar, disposição convenial ou contratual.

Parágrafo único – a atividade reguladora da AGERGS será exercida, em especial, nas seguintes áreas:

[...]

c) rodovias;

[...]

No que diz respeito à concessão do Pólo Rodoviário de Pelotas, foi estabelecido um litígio judicial entre o Estado e a concessionária, razão pela qual o convênio foi denunciado pelo Rio Grande do Sul, retornando à União a administração das rodovias federais. Somente depois disso o respectivo contrato passou a ser administrado pela ANTT.

No Estado do Paraná, onde existem seis lotes de concessão, com contratos celebrados desde 1997 e onde são operados pelas concessionárias 1754 quilômetros de rodovias federais e 581,3 quilômetros de rodovias estaduais (BRASIL, 2001b), foi criada, mediante a Lei Complementar nº 94, de 23/7/2002, a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Infra-Estrutura do Paraná. O normativo define a competência da Agência para regular as concessões de rodovias federais delegadas, em seus arts. 1º e 2º, nos seguintes termos (PARANÁ, 2001):

Art. 1º. Fica criada a AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE INFRA-ESTRUTURA DO PARANÁ, autarquia sob regime especial,

com personalidade jurídica de direito público, com sede e foro na Capital do Estado, prazo de duração indeterminado e atuação em todo território do Estado do Paraná, podendo estabelecer unidades regionais, vinculada ao Governador do Estado do Paraná e orçamentariamente à Secretaria dos Transportes.

[...]

Art. 2º. Para fins desta Lei, aplicam-se as seguintes definições:

I - **poder concedente**: a União, o Estado do Paraná ou os Municípios, em cuja competência se encontre o serviço público;

II - **entidade regulada**: pessoa jurídica de direito público ou privado ou consórcio de empresas a qual foi delegada a prestação de serviço público, mediante procedimento próprio;

III – **serviço público delegado**: aquele cuja prestação foi delegada pelo poder concedente, através de concessão, permissão, autorização, convênio, contrato de gestão ou qualquer outra modalidade de transferência de execução de serviço público, inclusive as decorrentes de normas legais ou regulamentares, atos administrativos ou disposições contratuais, abrangendo também sub-rogação, subcontratação e cessão contratual, as últimas desde que devidamente autorizadas pelo poder concedente;

IV – **instrumento de delegação**: ato que transfere a delegação da realização da prestação do serviço público abrangendo as previstas no inciso III deste artigo;

V- serviços de INFRA-ESTRUTURA, que compreendem:

a) rodovias concedidas;

[...]

Todos os contratos de concessão celebrados no Estado do Paraná já foram objeto de análise no âmbito do TCU. Tanto por meio de auditoria (TC nº 006.319/2000-6) na Rodonorte, antes da criação da agência, quanto por intermédio de denúncia (TC nº 020.763/2003-0) em função de vários litígios judiciais travados entre o Estado e as demais concessionárias.

No Estado de Santa Catarina, embora tenha sido criada a Agência Catarinense de Regulação e Controle (SC/ARCO), mediante a Lei Estadual nº 11.355, de 18 de janeiro de 2000, não houve atuação do ente regulador, haja vista que as rodovias federais delegadas ao Estado, por meio dos Convênios nºs 10 e 11/1998, nunca chegaram a ser concedidas porque o Tribunal de Contas do Estado (TCE/SC) anulou uma das licitações (BR-280) e considerou irregular a outra (BR-470/SC). Em ambos os casos a União retomou a administração das rodovias após a denúncia dos convênios (BRASIL, 2001), e ainda não fez novas concessões. Essa questão será retomada no item que trata das competências do TCU e dos TCEs para fiscalizar as concessões de rodovias federais delegadas.

Na esfera federal, o setor de infra-estrutura rodoviária é regulado pela Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT), criada pela Lei nº 10.233/2001, que em seu art. 22, inciso V, estabelece fazer parte da esfera de atuação da ANTT a exploração de infra-estrutura rodoviária federal.

A ANTT não tem administrado os contratos de concessões rodovias federais delegadas aos estados, conforme se pode observar pelo histórico formulado pela Agência em seu sítio na *internet* (BRASIL, 2004a):

Aspectos Gerais do Programa de Concessões

O Programa de Concessão de Rodovias Federais abrange 10.000 quilômetros de rodovias, desdobrado em concessões promovidas pelo Ministério dos Transportes, pelos governos estaduais, mediante delegações com base na Lei nº 9.277/96, e pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

Composição do Programa

As concessões administradas hoje, diretamente, pela ANTT são as seguintes:

- Concessões atuais - constituídas de trechos de rodovias já concedidos à iniciativa privada, numa extensão de 1.474,4 quilômetros. São seis concessões, das quais cinco foram contratadas pelo Ministério dos Transportes, entre 1994 e 1997, e uma pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul, em 1998, esta, posteriormente, teve o Convênio de Delegação das Rodovias denunciado e o contrato sub-rogado à União em 2000.

Conforme estudado no tópico anterior, entende-se que a função de regular determinado setor pode ser delegada aos entes federados, mediante convênio, em decorrência de o poder regulatório ser derivado da prestação do serviço, entretanto, a titularidade, nos casos de delegação, permanece na esfera federal, devendo ser acompanhada pela ANTT.

A esse respeito, assevera Cuéllar (2001, p. 84):

O convênio de delegação deverá decidir acerca da forma como será exercida a competência delegada. Mas se houver legislação local definindo as atribuições das agências, os governos estadual e municipal não têm outra alternativa senão aquela de outorgar às agências (que deverão fazer parte do convênio) as competências por si recebidas dos entes federais.

Deve-se lembrar, ainda, que antes da criação da ANTT, o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) (em extinção), órgão que exercia funções regulatórias do setor de infra-estrutura federal, era o interveniente da União nos convênios de delegação de rodovias federais a Estados. A ANTT é o órgão sucessor do DNER, portanto, deve assumir a função de interveniência nos contratos celebrados no âmbito estadual. A Agência não pode simplesmente deixar por total conta dos órgãos estaduais a administração dos contratos que envolvem a infra-estrutura federal, que ao final do contrato ou antes, caso haja denúncia do convênio, serão sub-rogados pela União.

Nesse sentido, a Lei Federal nº 10.233/2001, que cria a Agência Nacional de Transportes Terrestres, estabelece em seu art. 22, inciso V, a esfera de atuação da Agência, como se vê (BRASIL, 2001a):

Art. 22. Constituem a esfera de atuação da ANTT:

[...]

V – a exploração da infra-estrutura rodoviária federal;

[...]

Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:

[...]

III – propor ao Ministério dos Transportes os planos de outorgas, instruídos por estudos específicos de viabilidade técnica e econômica, para exploração da infra-estrutura e a prestação de serviços de transporte terrestre;

IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição;

V – editar atos de outorga e de extinção de direito de exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre, celebrando e gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos;

VI – reunir, sob sua administração, os instrumentos de outorga para exploração de infra-estrutura e prestação de serviços de transporte terrestre já celebrados antes da vigência desta Lei, resguardando os direitos das partes e o equilíbrio econômico-financeiro dos respectivos contratos;

VII – proceder à revisão e ao reajuste de tarifas dos serviços prestados, segundo as disposições contratuais, após prévia comunicação ao Ministério da Fazenda;

[...]

XVII - exercer, diretamente ou mediante convênio, as competências expressas no inciso VIII do art. 21 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, nas rodovias federais por ela administradas. (Incluído pela Lei nº 10.561, de 13.11.2002)

Parágrafo único. No exercício de suas atribuições a ANTT poderá:

I – firmar convênios de cooperação técnica e administrativa com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tendo em vista a descentralização e a fiscalização eficiente das outorgas;

[...]

Art. 26. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Rodoviário:

VI – publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão de rodovias federais a serem exploradas e administradas por terceiros;

VII – fiscalizar diretamente, com o apoio de suas unidades regionais, ou por meio de convênios de cooperação, o cumprimento das condições de outorga de autorização e das cláusulas contratuais de permissão para prestação de serviços ou de concessão para exploração da infra-estrutura.

[...]

§ 3º A ANTT articular-se-á com os governos dos Estados para o cumprimento do disposto no inciso VI do caput, no tocante às rodovias federais por eles já concedidas a terceiros, podendo avocar os respectivos contratos e preservar a cooperação administrativa avençada.

§ 4º O disposto no § 3º aplica-se aos contratos de concessão que integram rodovias federais e estaduais, firmados até a data de publicação desta Lei.

§ 5º Os convênios de cooperação administrativa, referidos no inciso VII do caput, poderão ser firmados com órgãos e entidades da União e dos governos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

[...]

Aqui vale lembrar o princípio da indisponibilidade do interesse público, de acordo com o qual a Administração tem não só o poder, mas, principalmente, o dever de cumprir as determinações da Lei.

A esse respeito discorre Bandeira de Mello (2004, p. 64):

A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público -, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*.

Assim, entende-se que a regulação das concessões de serviços de exploração de rodovias federais delegadas a entes federados deve ser realizada pelas Agências Reguladoras Estaduais, tendo em vista que o serviço é prestado no âmbito estadual. Entretanto, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, na qualidade de titular do poder regulatório deve acompanhar a execução das atividades delegadas e, como sucessora do DNER, deve assumir a posição de interveniente da União nos convênios de delegação e participar da administração dos contratos de concessão celebrados entre a União e os entes federados, em atendimento ao disposto no art. 22, inciso V, da Lei Federal nº 10.233/2001.

Os demais entes que exercem papel regulador

A regulação estatal já se apresentava ao mundo jurídico mesmo antes da criação das Agências Reguladoras. É certo que a criação das Agências veio definir um marco regulatório, ampliando as competências dos órgãos reguladores, dotando seu corpo

técnico de especialistas, etc., mas, mesmo antes disso, outros órgãos da Administração exerciam a função de regular, ainda que na ausência das diretrizes impostas pelo marco regulatório de cada setor.

No caso das rodovias federais, por exemplo, antes da criação da ANTT, o DNER fazia o papel regulador do setor, sendo fiscalizado pelo TCU, inclusive em sua atividade finalística, como administrador dos contratos de concessão de rodovias federais.

No Estado do Mato Grosso do Sul, o Convênio nº 004/1997, de delegação da Rodovia BR-262/MS, refere-se à construção para posterior exploração, de uma ponte sobre o Rio Paraguai.

A obra encontra-se concluída, a cobrança de pedágio foi iniciada em 1º de agosto de 2001 e está sendo efetuada sob a responsabilidade do Estado do Mato Grosso do Sul, onde não existe agência reguladora estadual (BRASIL, 2001 b). No caso específico, uma vez que o serviço está sendo prestado diretamente pelo Estado, não se verifica a necessidade da administração de agência reguladora. Entretanto, obviamente, é indispensável a fiscalização do controle externo, cuja competência será analisada em capítulo adiante.

Importa destacar, neste tópico, que a regulação das concessões da exploração de rodovias federais delegadas nem sempre é exercida por uma agência reguladora, seja porque o serviço pode ser prestado diretamente pelo ente federado a quem o serviço tenha sido delegado (art. 4º da Lei nº 9.277/1996), seja porque na ausência de um órgão especializado, outros entes da administração podem exercer a função regulatória.

188 Daí decorre que independentemente do órgão que regule ou administre a prestação de serviço de exploração de rodovias federal, este deverá se submeter ao controle dos Tribunais de Contas.

O CONTROLE EXERCIDO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS SOBRE AS CONCESSÕES

Neste Capítulo serão discutidas as competências do TCU e dos demais Tribunais de Contas para fiscalizar as rodovias federais delegadas. Será mostrado que a competência do TCU decorre não só do seu poder de fiscalização sobre os responsáveis pela gestão dos recursos públicos da União (Ministério dos Transportes, agências reguladoras nacional e estaduais e demais órgãos no âmbito estadual), como do poder de fiscalização sobre a própria destinação do recurso público (rodovia federal), ou seja, a execução contratual propriamente dita.

Além disso, será discutido um possível conflito de competências entre os órgãos federais e estaduais para fiscalizar as rodovias federais delegadas a Estados e demais entes federados.

A Atribuição Constitucional de Fiscalização e Controle do Tribunal de Contas da União

A Constituição Federal estabelece em seu art. 71 que o controle externo das entidades da administração federal está a cargo do Congresso Nacional e será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

As atribuições do TCU estão dispostas nos arts. 70 e 71 da Constituição Federal. O parágrafo único do art. 70 da Carta Magna, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4/6/1998, assim dispõe (BRASIL, 1988):

Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.

[Por seu turno, o art 71, inciso VI, estabelece:]

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de contas da União, ao qual compete:

[...]

VI – fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

Assim, fica caracterizada a competência do TCU para fiscalizar qualquer recurso da União, bem como aqueles que os administrem. Recursos são quaisquer dinheiros, bens ou valores pertencentes à União. Uma interpretação sistemática dos artigos 70 e 71 leva à conclusão de que a prestação de serviços realizada pela União, uma vez que implicam a utilização de dinheiros, de bens ou valores públicos, devem ser, igualmente, fiscalizados pelo TCU.

O poder de fiscalização sobre as agências reguladoras

As agências reguladoras, como órgãos da administração, devem prestar contas ao Tribunal de Contas da União (TCU), conforme previsto no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal. Quanto a isso não há dúvida. O tema que provoca discussões é o exame, por parte do TCU, dos resultados alcançados pelas agências no exercício de sua atividade-fim.

Entre os que refutam o controle dos Tribunais de Contas sobre a atuação finalística das Agências Reguladoras, encontram-se Marcos Juruena Vilela Souto e Marçal Justen Filho.

No entendimento de Souto (2001, p. 463, *apud* BARROSO 1998):

Não pode o Tribunal de contas procurar substituir-se ao administrador competente no espaço a ele reservado pela Constituição e pelas leis. O abuso é patente. Aliás, nem mesmo o Poder legislativo, órgão coadjuvado pelo Tribunal de Contas no desempenho do controle externo, poderia praticar atos dessa natureza

[...]

É fora de dúvida, assim, que o Tribunal de Contas não pode avançar sua atividade fiscalizatória sobre a atividade-fim da agência reguladora, em clara violação ao princípio fundamental da Separação dos Poderes. Logo, não pode o Tribunal de Contas questionar decisões político-administrativas da ASEP-RJ nem tampouco requisitar planilhas e relatórios expedidos pela Agência ou por concessionário, que especifiquem fiscalização e procedimentos adotados na execução contratual.

Discorda-se desse entendimento, uma vez que, conforme disposto no art. 70 da CF/88, toda entidade da administração direta e indireta, deve ser submetida a controle sobre legalidade, legitimidade e economicidade de seus atos.

O preceito constitucional indica que, não só no âmbito administrativo, mas também na atividade-fim, as agências reguladoras, como as demais autarquias, devem ser fiscalizadas para que se verifique a conformidade dos atos praticados com os princípios constitucionais. Deve-se lembrar que os poderes discricionários dos administradores, mesmo na atividade finalística da agência, limitam-se aos mandamentos legais vigentes.

Na defesa da fiscalização dos Tribunais de Contas sobre os resultados das Agências, cita-se Mauro Roberto Gomes de Mattos e Alexandre Santos de Aragão.

Para Gomes de Mattos (2001, p. 316):

o ato administrativo que defere o aumento da tarifa pública se inclui no enredo constitucional de contas públicas, visto que mesmo ela sendo paga pelo usuário do serviço, é cobrada mediante a prestação de um serviço público outorgado pelo Estado. Nessa condição, o Tribunal de Contas possui a competência para aferir se é abusivo ou não o reajuste tarifário deferido pelo Poder Concedente, e se ele seguiu a liturgia legal que norteia a matéria.

Na opinião de Aragão (2003, p. 341):

o Tribunal de Contas pode realmente controlar tais atos de regulação, uma vez que, imediata ou mediatamente, os atos de regulação e de fiscalização sobre os concessionários de serviços públicos se refletem sobre o Erário. Por exemplo, uma fiscalização equivocada pode levar à não aplicação de uma multa, a autorização indevida de um aumento de tarifa leva ao desequilíbrio econômico-financeiro favorável à empresa, o que, entre outras alternativas, deveria acarretar na sua recomposição pela majoração do valor da outorga devida ao Poder Público etc.

A respeito de fiscalização exercida pelo TCU sobre as agências reguladoras, o Ministro Benjamin Zymler (2002) assevera que, uma vez conferida ao TCU, por mandamento do inciso IV do art. 71 da Carta Magna, a competência de realizar auditoria operacional, cujo objetivo é verificar se os resultados obtidos estão de acordo com os objetivos do órgão ou entidade jurisdicionada, o TCU deve verificar se as entidades atuam de forma eficiente, examinando suas ações quanto aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia.

Segundo o Ministro, verificar se estão sendo atingidas as finalidades daquelas autarquias abrange avaliar o cumprimento de sua missão reguladora e fiscalizadora, impondo-se ao TCU fiscalizar a execução dos contratos de concessão. Entretanto, embora pareça redundância das esferas de controle, afirma:

reitero que o TCU exerce uma atividade fiscalizatória de segundo grau, buscando identificar se as agências estão bem e fielmente cumprindo seus objetivos institucionais, dentre os quais o de fiscalizar a prestação de serviços públicos [...] esta ação não visa controlar as empresas concessionárias em si, mas apenas examinar se as agências estão fiscalizando de forma adequada os contratos de concessão por elas firmados.

Assim, o Tribunal de Contas da União deve exercer sua função constitucional de controle sobre agências reguladoras em todas as suas áreas de atuação, realizando auditorias que buscam identificar se as agências estão bem e fielmente cumprindo seus objetivos institucionais, dentre os quais o de fiscalizar a prestação de serviços públicos, sem, contudo, se sobrepor ao papel regulador daquelas autarquias.

Embora haja toda uma polêmica a respeito da fiscalização do TCU sobre a atuação finalística das agências reguladoras, nos casos de concessão de rodovias federais, o DNER, órgão antecessor da ANTT nos processos de concessão, como qualquer órgão da administração federal, era fiscalizado pelo TCU na sua atuação como regulador do setor de rodovias federais, nos termos do parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.

A ação do TCU ocorreu, inclusive, mediante auditorias realizadas diretamente nas concessionárias, como no caso da Rodonorte, concessionária de rodovia federal delegada ao Estado do Paraná. Essa atuação direta sobre as concessionárias está prevista nos arts. 70 e 71, incisos II e IV e VI da Constituição Federal, assim:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

II - julgar as contas dos administradores e **demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos** da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas **daquelas que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;**

[...]

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e **auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial**, nas

unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e **demais entidades referidas no inciso II;**

[...]

VI - **fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União** mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

Uma interpretação sistemática desses artigos deve levar em consideração que: a) qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada que utilize bens públicos submete-se ao controle externo, exercido pelo Congresso Nacional, como o auxílio do TCU; b) a concessionária é responsável pela utilização do bem público da União (rodovia) e pela prestação do serviço de operação, exploração e administração da rodovia; c) recursos são sinônimos de bens, haveres, posses (FERREIRA, 1988). Portanto, os recursos aos quais se refere o inciso VI são quaisquer bens, dinheiros ou valores públicos pertencentes à União; d) ao TCU cabe realizar auditorias nas entidades responsáveis por bens dinheiros e valores públicos pertencentes à União; e e) ao TCU cabe fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União e essa fiscalização pode ser exercida na forma de auditorias.

Decorre daí que as concessionárias que prestam serviço público de competência da União (ainda que delegados a entes federados), na qualidade de responsáveis por recursos públicos pelos quais a União responda, submete-se à fiscalização do TCU.

192

As auditorias realizadas diretamente nas concessionárias deveu-se, especialmente, às lacunas encontradas nos processos de outorga de concessões de rodovias incluídas no Programa Nacional de Desestatização (PND)², conduzidos pelo DNER.

Obviamente, as lacunas deixadas pelo órgão regulador não autorizaram o TCU a substituir o órgão competente na atividade de regular. O TCU deve, sim, exigir das agências o cumprimento de sua função regulatória. No caso concreto, deu-se que no período da passagem das atribuições do DNER para a ANTT o processo regulatório foi prejudicado, até que a Agência se estruturasse para exercer a contento suas funções, exigindo maior rigor do controle a cargo do TCU. Nesse período, foram realizadas, a pedido do Congresso Nacional, auditorias diretamente nas concessionárias das rodovias federais.

A fiscalização da exploração de rodovias federais por parte do TCU deve ser preferencialmente exercida por intermédio do controle sobre os órgãos reguladores. Entretanto, nos casos em que for demandado pelo Congresso, ou por iniciativa própria (art. 71, inciso IV da CF), quando constatada a precariedade das ações de fiscalização executadas, ou quando houver indícios de irregularidades cuja relevância requeiram a sua atuação *in loco*, incluindo as oriundas de Denúncia e Representação, deverá atuar diretamente sobre as concessões, já que tem poderes constitucionais para tanto.

Nesse sentido, é apropriado que o TCU, exercendo seu poder de fiscalização e controle sobre a ANTT e tendo em vista a diretriz de exercer seu poder de fiscalização das concessões de serviço público por intermédio das agências reguladoras, adote providências, na forma prevista em seus normativos internos, no sentido de acionar a ANTT a cumprir sua função prevista no art. 22 da Lei nº 10.233/2001, exigindo a participação da Agência na administração das concessões de rodovias federais delegadas a entes federados.

A fiscalização de convênios

O tema central discutido neste trabalho é, em última instância, o poder de fiscalização do TCU sobre a exploração de rodovias federais delegadas a Estados, ao Distrito Federal e a Municípios. Uma vez que essas delegações são realizadas mediante convênios entre a União e os entes federados, cabe aqui uma discussão acerca do poder de fiscalização do TCU sobre convênio de que a União faça parte.

A Constituição Federal, em seu art. 71, inciso VI, bem como a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443/1992), em seu art. 41, inciso IV, estabelecem que compete ao TCU fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município.

Todas as fases dos convênios podem ser objeto de fiscalização pelo TCU (BRASIL, 2003): celebração, formalização, execução e prestação de contas. A análise envolve o atendimento às exigências legais; execução financeira; execução física (obras, serviços e aquisição de bens); os processos licitatórios; a existência das empresas contratadas, além da avaliação da efetividade do convênio.

A função fiscalizadora do TCU é deflagrada mediante solicitação do Congresso Nacional e de suas Casas e por iniciativa própria, selecionando previamente os convênios com base em bancos de dados informatizados. Pode também ocorrer em razão de denúncias de terceiros e representações apresentadas por autoridades, pelo controle interno federal ou pelos próprios servidores do Tribunal.

Dessa forma, verifica-se que qualquer convênio celebrado entre a União e os demais entes federados, que envolva a administração de bens ou quaisquer valores da União, ou a delegação de gestão de serviços públicos a ela competentes, como no caso da delegação de exploração de vias federais, nos termos da Lei nº 9.277/1996, submete-se à fiscalização do Tribunal de Contas da União.

A fiscalização exercida pelo TCU sobre as concessões de rodovias federais concedidas no âmbito federal

Tendo a Constituição Federal, em seu art. 70, parágrafo único, estabelecido que prestará contas ao TCU qualquer pessoa física ou jurídica, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda e considerando que ao TCU compete fiscalizar a aplicação desses recursos pertencentes à União (art. 71, inciso IV), fica, então, estabelecida a competência do TCU para fiscalizar a administração e exploração de rodovias federais.

Ocorre que a União pode transferir a atribuição (não a titularidade) de administrar e explorar suas vias à iniciativa privada, por meio do instituto da concessão, conforme previsto na Lei nº 9.074/1995 (esta norma estabelece, no seu art. 1º, que as outorgas de concessão para exploração de vias federais, precedidas ou não da execução de obra pública, sujeitam-se ao regime de concessão, cujas regras estão estabelecidas na Lei nº 8.987/1995).

Ainda que a exploração de uma rodovia federal esteja sendo realizada pela iniciativa privada, a sua concessão está sob a égide da fiscalização do TCU, nos termos dos arts. 70 e 71 da Constituição Federal, uma vez que o bem público rodovia

pertence à União e a titularidade da prestação do serviço de operação das vias federais permanece com a União, ainda que essa prestação seja delegada a entes federados mediante convênio.

A Lei nº 8.987/1995 trata das concessões de serviço público e das concessões de serviço público precedidas de obras públicas. Notadamente, as concessões para exploração de rodovias federais têm sido outorgadas na segunda modalidade, isso porque, via de regra, o início da cobrança de pedágio é geralmente precedido de investimentos nas rodovias, assim como são previstos melhoramentos e obras durante todo o prazo da concessão.

Em que pesem as divergências dos autores quanto ao entendimento de que as concessões de vias federais são concessões de serviço público, de obra pública ou de bem público, é de se observar que a Lei nº 9.074/1995 fechou questão quanto à sua forma de delegação, sujeitando-a aos preceitos da Lei nº 8.987/1995.

Para os efeitos deste trabalho, independentemente do título que seja dado à concessão, resta garantida a competência do TCU para fiscalizá-la, já que cabe ao TCU fiscalizar a aplicação dos recursos públicos, ou seja, bens, dinheiros e demais valores, pelos quais a União responda.

Cabe lembrar que fiscalizar a aplicação dos valores públicos pelos quais a União responda, no caso de concessões de rodovias federais, é, também, fiscalizar o acompanhamento da execução contratual das referidas concessões.

Observe-se, contudo, que controlar a boa utilização dos recursos públicos, mediante o acompanhamento da execução dos contratos de concessão não significa atuar em defesa dos usuários de serviços públicos. Fiscalizar a execução contratual das concessões significa verificar o exato cumprimento das cláusulas contratuais previamente estabelecidas pelas partes.

194

Certamente, um ponto de grande relevância na atualidade tem sido a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, o que não significa que a fiscalização vise “baixar” as tarifas dos serviços.

A fiscalização exercida pelo TCU objetiva o cumprimento da legislação pertinente e das cláusulas contratuais, o que, obviamente, no caso das concessões de rodovias federais, inclui a atenção ao princípio da modicidade tarifária, preconizado no § 1º do art. 6º da Lei nº 8.987/1995.

Nos casos específicos de contratos de concessões rodoviárias, o equilíbrio econômico-financeiro é representado pela Taxa Interna de Retorno (TIR)³ proveniente do fluxo de caixa do projeto. Esta taxa exprime o retorno do empreendimento e as condições de auto-financiamento dos encargos, a partir do resultado do fluxo de caixa, no qual a receita informada decorre do tráfego estimado na proposta apresentada pela licitante.

Na fiscalização da execução contratual, o TCU tem encontrado várias incorreções nos ajustes promovidos no fluxo de caixa das concessões quando do processo de revisão tarifária. Essas incorreções passam por erros em lançamentos de alíquotas de impostos, erro na correção de multiplicadores de tarifas, inclusão de investimentos não autorizados pelo Poder Concedente etc.

Exemplo disso pode ser encontrado no processo de auditoria realizado no DNER, na ANTT e na Concessionária Rio-Teresópolis (CRT), com o objetivo de verificar a adequação dos valores de tarifas de pedágio na rodovia Rio-Teresópolis, bem como acompanhar a execução do contrato de concessão e avaliar seu equilíbrio econômico-financeiro (TC nº 006.931/2002-0).

Na ocasião o Tribunal, mediante Acórdão nº 988/2004-Plenário decidiu:

[...]

9.2 - com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei nº 8.443/92, c/c art. 250, inciso II, do Regimento Interno, determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que, no prazo de 30 (trinta) dias:

9.2.1 - adote as medidas necessárias para que a Concessionária Rio - Teresópolis S.A. -CRT realize o ajuste na receita, decorrente de resíduos de arredondamento, da adoção de índices de reajuste provisórios e do atraso no início da cobrança das tarifas reajustadas, na revisão imediatamente seguinte ao reajuste que o motivou, observada a periodicidade anual estabelecida no 1º Termo Aditivo ao Contrato PG-156/95-00;

9.2.2 - adote as medidas necessárias para que a Concessionária Rio - Teresópolis S.A. - CRT corrija o fluxo de caixa relativo à adequação 3, de tal modo que compreenda a transformação de ano-concessão para ano civil, sem injustificada transposição de valores nas rubricas nele previstas;

9.2.3 - corrija as impropriedades verificadas no fluxo de caixa da CRT relativo à revisão 1, quais sejam:

9.2.3.1 - o cálculo da receita bruta de pedágio a partir das tarifas médias de PN (praças principais) e PA (praças de acesso), para todos os anos da concessão, não levou em consideração os períodos em que estiveram vigentes em cada semestre do ano;

9.2.3.2 - não foram consideradas como tarifas iniciais (ano 1) as indicadas na proposta (R\$ 2,46 para PN e R\$ 1,72 para PA);

9.2.3.3 - a receita financeira não foi calculada a partir da receita bruta verificada;

9.2.3.4 - no cálculo da depreciação, o total depreciado não se iguala ao total de investimentos;

9.2.3.5 - o cálculo do adicional do Imposto de Renda (IR) não observou o estabelecido no art. 11 da Lei nº 9.065/95;

9.2.3.6 - não houve ajuste na receita da concessionária para compensar a utilização do índice provisório no reajuste de 1996, considerando-se o IRT definitivo informado pelo DNER de 11,04%;

[...]

9.2.5 - adote providências com vistas a corrigir as seguintes impropriedades no fluxo de caixa da revisão 2:

9.2.5.2 - investimentos no total de R\$ 651.969,62 foram incluídos indevidamente no fluxo de caixa (valor maior que o aprovado);

9.2.5.3 - os períodos de incidência considerados para cálculo da CPMF não foram atualizados, haja vista o prazo de vigência do tributo - 23/1/1997 a 22/1/1999 - e a duração do ano concessão - de março a fevereiro;

9.2.5.4 - a matriz de tráfego utilizada para cálculo da receita após a redução dos multiplicadores de tarifas das categorias 3 e 5 não foi atualizada;

9.2.5.5 - não houve ajuste na receita da concessionária para considerar, não só o atraso no reajuste de 1997, mas também o decorrente do arredondamento da tarifa a ser cobrada e a utilização de índice provisório;

9.2.5.6 - a exclusão do ISSQN ocorreu a partir de data diversa da determinada pela Portaria MT nº 278/99;

[...]

9.2.6 - adote providências com vistas a corrigir as seguintes impropriedades no fluxo de caixa da revisão 3:

9.2.6.1 - a exclusão do ISSQN ocorreu a partir de data diversa da determinada pela Portaria MT nº 278/99;

[...]

9.2.8 - adote providências para corrigir a inclusão indevida no fluxo de caixa da adequação 4 de R\$ 1.522.178,81 em investimentos;

9.2.9 - adote providências com vistas a corrigir as seguintes impropriedades no fluxo de caixa da revisão 5:

9.2.9.1 - a fórmula de cálculo do primeiro intervalo do adicional do IR (entre R\$ 180.000,00 e R\$ 780.000,00) não está de acordo com o que estabelece o art. 11 da Lei nº 9.065/95;

[...]

9.2.11 - adote providências com vistas a corrigir as seguintes impropriedades no fluxo de caixa da revisão 7:

9.2.11.1 - não foram adicionadas à receita do ano 5 as diferenças relativas ao reajuste de 2000, decorrentes do arredondamento das tarifas, utilização do índice provisório e atraso de 93 dias na cobrança;

[...]

9.2.13 - reveja os efeitos da revisão 9, tendo em vista a inadequação dos fatos que a motivaram;

[...]

9.2.15 - providencie o repasse direto ao poder concedente do montante relativo ao atraso no reajuste da taxa de fiscalização - R\$ 28.266,00 em valores de setembro de 2000 - com a necessária atualização monetária, sem reflexos na tarifa cobrada do usuário;

9.2.16 - providencie a reversão ao fluxo de caixa da CRT, para fins de redução da TBP, da receita de pedágio recebida indevidamente, em virtude das tarifas cobradas a maior em cada ano da concessão, a ser calculada a partir do tráfego real observado até a data em que as correções no fluxo de caixa forem implementadas;

[...]

Como se pode constatar, as determinações impostas pelo TCU não envolvem a discricionariedade da Agência. São determinações de cunho corretivo, no âmbito do modelo previamente adotado pelo Poder Concedente, visando o atendimento aos ditames da legislação e do contrato de concessão.

Observa-se, inclusive, que, algumas das correções no fluxo de caixa da concessão, determinadas pelo TCU, vão de encontro ao interesse do usuário, como, por exemplo, aquelas que dizem respeito à compensação da concessionária pelo tempo em que houve atraso na cobrança do reajuste das tarifas (item 9.2.1 do Acórdão nº 988/2004). Entretanto, como foi discutido anteriormente, o TCU não deve defender os interesses dessa ou daquela parte na concessão, mas buscar garantir a correta aplicação da lei, do contrato de concessão e do modelo adotado para o setor, qual seja, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro com base na manutenção da TIR, proveniente do fluxo de caixa do projeto.

O TCU tem adotado a prática de ouvir as manifestações da concessionária e da agência reguladora, antes da elaboração do relatório final de auditoria. No caso citado anteriormente (TC nº 006.931/2002-0), a Concessionária fez várias considerações a respeito das medidas propostas pela unidade técnica responsável, sendo que algumas foram aceitas e incorporadas ao relatório final, outras não. Por seu turno, a ANTT informou, quando demandada, que todas as providências determinadas pelo TCU seriam adotadas.

Deve-se observar, contudo, que esse tipo de fiscalização, realizada diretamente sobre a concessionária de forma pormenorizada, deve ser realizada preferencialmente pela agência reguladora. O Tribunal deve procurar, ao encontrar indícios de irregularidades na execução contratual, indícios esses trazidos ao conhecimento dele por meio de denúncias, representações, notícias de jornais etc., cobrar da agência uma atuação mais efetiva.

Fato é que essa auditoria na concessionária Rio-Teresópolis, assim como outras realizadas pelo TCU diretamente nas concessionárias de rodovias, foi realizada num momento muito especial, quando o DNER estava sendo alvo de inúmeras críticas por sua

ineficiência. Nesse período, o DNER entrou em extinção e foi criada a ANTT, que levou algum tempo para se estruturar de forma a desempenhar com maior rigor suas funções. Nesse contexto, a atuação do TCU, de fiscalização direta sobre as concessões, com fulcro no art. 71, inciso VI, foi imprescindível para a boa gestão dos recursos públicos.

Agora, passados quase quatro anos da criação da Agência, o Tribunal deve focar sua atuação nos órgãos reguladores, examinando a legalidade, a eficiência e a economicidade dessas autarquias no exercício das funções que lhes são peculiares, demandando ações efetivas dos órgãos reguladores, sem perder de vista que, caso se mostre necessário, o TCU tem competência para atuar diretamente nas concessões.

Fiscalização da outorga

Nesse ponto mostra-se importante um esboço sobre a prática adotada pelo TCU, até o momento, na fiscalização dos processos de concessão, que envolve a outorga, sempre realizada mediante licitação, e a execução contratual.

O acompanhamento dos procedimentos para outorga de concessões está previsto no art. 1º, inciso XV, do Regimento Interno do TCU, da seguinte forma (BRASIL, 2002):

Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma da legislação vigente, em especial da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992:

[...]

XV – acompanhar, fiscalizar e avaliar os processos de desestatização realizados pela administração pública federal, compreendendo as privatizações de empresas, incluindo instituições financeiras, **e as concessões, permissões e autorizações de serviço público, nos termos do art. 175 da Constituição Federal e das normas legais pertinentes**, consoante o inciso II do art. 258; (destacou-se)

O referido art. 258 do RI/TCU acrescenta que o acompanhamento, a fiscalização e a avaliação dos procedimentos de descentralização serão realizados conforme definido em atos normativos específicos. A Instrução Normativa/TCU n.º 27/1998 (revogou a IN n.º 10/1995), atualmente em vigor, que cuida tanto dos processos de privatização como das concessões, permissões e autorizações de serviços públicos, foi o normativo aplicado em todas as fiscalizações de concessão de rodovias já realizadas pelo TCU⁴.

O acompanhamento dos processos de outorga é concomitante, está estabelecido nos arts. 7º a 10º da IN/TCU n.º 27/1998 e, compreende quatro estágios de acompanhamento. Em cada um dos estágios é exigido do dirigente do órgão ou da entidade concedente o encaminhamento de documentação pertinente a cada etapa do processo de outorga.

O primeiro estágio diz respeito a estudos preliminares de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, despesas ou investimentos já realizados vinculados à outorga e estudos de impactos ambientais. O segundo estágio compreende desde documentos referentes à pré-qualificação das empresas concorrentes na licitação até a minuta do contrato a ser celebrado. O terceiro estágio abrange a fase de habilitação e de julgamento das propostas. No quarto e último estágio de acompanhamento da outorga são examinados o ato de outorga e o contrato de concessão⁵.

A partir da assinatura do contrato, inicia-se a fase de execução contratual.

FISCALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO CONTRATUAL

Os procedimentos adotados pelo TCU nesta fase obedeceram o comando estabelecido nos arts. 11 a 13 da IN nº 27/1998. O objetivo, nessa etapa, é avaliar a atuação do órgão ou entidade federal concedente, assim como da agência reguladora, no âmbito das diretrizes por eles estabelecidas, bem como o fiel cumprimento do acordado nas cláusulas contratuais de concessão.

Essa avaliação é realizada mediante exame de Relatório Consolidado de Acompanhamento, elaborado pelo órgão, pela entidade federal concedente, ou pela respectiva agência, encaminhado semestralmente ao TCU e por meio de auditorias, inspeções e levantamentos nos órgãos e entidades encarregadas da execução e acompanhamento dos processos de concessão⁶.

A fiscalização exercida pelo TCU sobre as concessões de rodovias federais delegadas a entes federados

Antes do advento da IN/TCU nº 46/2004, o TCU não tinha um normativo específico que contemplasse a fiscalização às concessões de rodovias federais delegadas a entes da federação. A matéria foi debatida, num primeiro momento, no âmbito da Decisão nº 491/1998 – TCU – Plenário, proferida nos autos do TC nº 002.321/1997-1. Nessa ocasião, em que se deliberou sobre denúncia de irregularidades na concessão para exploração de rodovias federais delegadas ao Estado do Rio Grande do Sul, o seguinte posicionamento foi apresentado pelo Sr. Ministro-Relator Humberto Souto:

Foi registrado nos autos que a União, em decorrência da Lei nº 9.277/96, que a autoriza a delegar aos estados, Municípios e Distrito Federal a administração e exploração de rodovias e portos federais, e com base na Portaria nº 368, de 11.09.98, firmou, por intermédio do Ministério dos Transportes, inúmeros convênios com o Estado do Rio Grande do Sul, delegando-lhe a administração e exploração, de forma direta ou mediante concessão, de cerca 5.000 km de rodovias.

Nos referidos convênios, figura como interveniente do Delegante o DNER, com atribuição de, dentre outras, acompanhar, fiscalizar e coordenar a sua execução, bem como de apresentar, periodicamente, ao Ministério dos Transportes, relatório das atividades de fiscalização, instruído com elementos demonstrativos dos fatos, de forma a manter atualizado o acompanhamento do desenvolvimento da atividade pelo delegatário, objetivando resguardar o interesse público e assegurar o cumprimento das metas propostas.

Desta forma, não perdendo de vista as atribuições prescritas pela Carta Constitucional, entendo que **esta Corte deveria atuar por intermédio do DNER**, uma vez que a própria Portaria nº 368/96, que dispõe sobre a Lei nº 9.277/96, prevê a competência daquela autarquia **na coordenação e fiscalização da execução dos referidos convênios**.

Assim, poderia o Tribunal **auditar** referida entidade de forma sistemática, de modo a certificar-se se os controles por ela desenvolvidos naquela área são suficientes

para garantir um nível aceitável de confiança na fiscalização implementada. **Somente de forma subsidiária esta Corte adotaria ações efetivas de auditoria no órgão concedente, ou seja, quando constatada a precariedade das ações de fiscalização executadas, ou quando houver indícios de irregularidades cuja relevância requeiram a sua atuação in loco, incluindo as oriundas de Denúncia**, nos moldes do que vem hoje sendo desenvolvido em relação aos demais convênios firmados pela Administração Pública.

Este seria, na minha percepção, o procedimento mais consentâneo com a competência deste Tribunal e com as peculiaridades de que se reveste a questão aqui tratada, tendo em vista, ainda, a magnitude dos trabalhos já em desenvolvimento neste Tribunal no tocante à fiscalização das concessões de exploração de rodovias empreendidas diretamente pelo próprio DNER. (destacou-se)

Depreende-se, assim, que a outorga, pela União, da exploração de rodovia federal aos demais entes federados e a conseqüente jurisdição ao órgão de controle estadual ou municipal não inibe a atuação do TCU.

A redação dada ao parágrafo único do art. 70 da CF, pelo art. 12 da Emenda Constitucional nº 19/98, cuidou de ampliar o rol dos que devem prestar contas ao TCU. Assim, no que se refere à abrangência da fiscalização das rodovias federais delegadas, pode-se constatar que a jurisdição do TCU, fixada no parágrafo único do art. 70 e no inciso VI do art. 71 da Carta Magna, fornece embasamento para a atuação do Tribunal junto ao delegante, ao delegatário e à concessionária (quando a rodovia for concedida à iniciativa privada).

200

Desse modo, tanto os órgãos representantes dos delegatários, como as agências responsáveis pela regulação do setor e mesmo as concessionárias que vierem a operar as rodovias federais delegadas estão sujeitas à fiscalização do TCU.

A esse respeito, merece destaque a auditoria realizada pelo TCU, por solicitação da Comissão de Fiscalização e Controle da Câmara dos Deputados, sobre os valores adotados na cobrança de pedágios nas rodovias federais (BRs) no Estado do Paraná (TC nº 006.319/2000-6).

Naquela oportunidade, foi prolatada a Decisão nº 1502/2002 - Plenário, que reconheceu a jurisdição do TCU sobre os atos praticados pelo DER/PR na gestão das rodovias federais delegadas, nos termos da Emenda Constitucional nº 19/1998, e fez determinações à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) para que, na qualidade de sucessora do DNER na coordenação e fiscalização dos convênios de delegação de rodovias federais a Municípios, estados da federação ou ao Distrito Federal, adotasse as medidas impostas na citada Decisão.

A fiscalização exercida pelos TCEs sobre as concessões de rodovias federais delegadas a entes federados

Merece destaque a atuação do Tribunal de Contas de Santa Catarina (TCE/SC) em, pelo menos, duas oportunidades:

- Concessão do sistema rodoviário do trecho de rodovia federal BR-280/SC;

A outorga foi executada pelo Departamento de Estradas de Rodagem de Santa Catarina (DER/SC), com base no convênio de delegação celebrado entre a União e o Estado, o TCE/SC apontou irregularidades nos termos do edital de licitação e determinou ao DER/SC as necessárias alterações. Ante à não-adoção das providências solicitadas, o TCE/SC, mediante Acórdão nº 229/1999, decidiu sustar a execução do processo licitatório.

Apesar de o TCE/SC ter sustado o processo licitatório, a empresa vencedora buscou a instância judicial na tentativa de ver assinado o contrato de concessão, vindo sua tentativa frustrada.

Após a ocorrência desses fatos, o convênio foi denunciado e a União retomou a administração dos trechos rodoviários. Em razão disso, foi encaminhada ao TCU, pelo Ministério dos Transportes, documentação que deu origem ao TC nº 010.468/2003-7, informando ao TCU os fatos ocorridos no âmbito estadual.

Concessão do sistema rodoviário da BR-470;

A outorga foi executada pelo DER/SC. O TCE/SC, por meio dos Acórdãos nºs 277/1999 e 132/2000, determinou a anulação do processo licitatório e do respectivo contrato de concessão por entender que apresentavam vícios insanáveis. Assim, o convênio foi denunciado e a União que sub-rogou o Contrato de Concessão até que houvesse pronunciamento do TCU a respeito da matéria (TC 001.064/2003-7). Até 12 de outubro de 2004 não houve Acórdão do TCU no processo.

Apesar de o TCE/SC ter atuado nesses casos, observa-se que em alguns Estados não houve participação do controle externo nos processos de concessão de rodovias federais delegadas. Essa situação apresenta-se, por exemplo, na outorga do Complexo Rodoviário Metropolitano - BR-116 e BR-386 e do Pólo Rodoviário de Pelotas - BR - 116, BR - 293 e BR - 392, ambos localizados no Estado do Rio Grande do Sul.

Em ambos os casos o Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul (TCE/RS) comunicou ao TCU, em resposta a diligência realizada pela Corte Federal, que as referidas outorgas não constavam dos relatórios das auditorias que examinaram os exercícios de 1996 a 1999 do Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem (DAER/RS).

Tanto a concessão do Complexo Rodoviário Metropolitano quanto a do Pólo Rodoviário de Pelotas foram objeto de demanda por parte dos órgãos federais junto ao TCU, após a denúncia dos respectivos convênios e a retomado do controle pela União (TCs nºs 001.046/2003-9 e 001.059/2003-7, respectivamente).

No caso do TC nº 001.059/2003-7, por exemplo, foi prolatado o Acórdão nº 825/2004:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, em:

9.1. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT que:

9.1.1. adote as providências necessárias com vistas a verificar a correção da execução contratual e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, bem como a pertinência dos valores de tarifas de pedágio nas rodovias federais BR - 116, BR - 293 e BR - 392 (Pólo Rodoviário de Pelotas) concedidas à Empresa

Concessionária de Rodovias do Sul - ECOSUL, tendo em vista as modificações ocorridas em virtude da sub-rogação do Contrato PJ/CD/215/98 e a posterior celebração do Contrato nº 013/00-MT, verificando e analisando, entre outros, os seguintes pontos relativos à adequação do fluxo de caixa da concessão às premissas e estimativas adotadas para sua elaboração, em consonância com o estabelecido no devido processo licitatório:

- 9.1.1.1. Programa de Exploração da Rodovia - PER;
 - 9.1.1.2. estimativa de custos operacionais;
 - 9.1.1.3. cronograma de investimentos;
 - 9.1.1.4. projeção do volume de tráfego;
 - 9.1.1.5. incorporação de aproximadamente 72 km de rodovias ao objeto inicial;
 - 9.1.1.6. dilação do prazo da concessão de 15 (quinze) para 25 (vinte e cinco) + 2,33 (dois virgula trinta e três) anos; e
 - 9.1.1.7. manutenção da Taxa Interna de Retorno - TIR inicial da concessão após todas as alterações sofridas desde a celebração do contrato nº PJ/CD/215/98 entre o Estado do Rio Grande do Sul e a Concessionária Ecosul; e
- [...]

202

Esse Acórdão sinaliza no sentido de que o TCU tem procurado exercer suas competências de fiscalização e controle, inclusive sobre a execução contratual das concessões de rodovias federais delegadas, por intermédio do órgão regulador do setor.

TCU x TCEs – Conflito de competências?

Com base no art 75 da Constituição Federal, aos TCEs aplicam-se, no que couber, as normas aplicáveis ao TCU. As normas, de âmbito estadual, estão estabelecidas nas Constituições Estaduais e nas leis orgânicas de cada Tribunal de Contas Estadual. Assim, no art. 58 da Constituição do Estado de Santa Catarina, está estabelecido (SANTA CATARINA, 1989):

DA FISCALIZAÇÃO CONTÁBIL, FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA

Art. 58. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e dos órgãos e entidades da administração pública, quanto a legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pela Assembleia Legislativa, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único - Prestará contas qualquer pessoa física ou entidade pública ou privada que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais o Estado responda, ou que, em nome deste, assumira obrigações de natureza pecuniária.

No mesmo sentido, no art. 1º da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado (SANTA CATARINA, 2000) está disposto:

Art. 1º Ao Tribunal de contas do Estado de Santa Catarina, órgão de controle externo, compete, nos termos da constituição do Estado e na forma estabelecida nesta Lei:

III – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público do Estado e do Município, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário;

Diante disso, como caracterizar as competências do TCU e dos TCEs no controle das concessões de rodovias federais delegadas a entes federados?

A esse respeito, vale lembrar que quando a União delega a administração de rodovias federais a um ente da federação, mediante convênio, ela não renuncia à sua titularidade, ou seja, os órgãos federais não podem perder de vista suas competências.

Tanto é assim, que no art. 6º da Lei nº 9.277/1996 está disposto que “No exercício da delegação a que se refere esta Lei, **o Município, o Estado da Federação ou o Distrito Federal observarão os limites da competência da União.**”

Além disso, nos convênios de delegação já celebrados existem cláusulas (os termos do ajuste são uniformes para todos os convênios) que mostram claramente o poder da União sobre o Programa de Exploração da Rodovia (PER)⁷, que deverá ser aprovado pela União, tanto em sua concepção quanto em qualquer modificação posterior, assim:

CLÁUSULA TERCEIRA

Da Forma de Administração das Rodovias e Exploração dos Trechos de Rodovias Federais:

o delegatário exercerá a administração e a exploração das rodovias e dos trechos rodoviários delegados mediante concessão, de acordo com o programa aprovado pelo DELEGANTE, que passa a fazer parte integrante deste Convênio, independentemente de transcrição.

§ 3º O edital e o contrato de concessão para exploração de trecho de rodovia deverá conter cláusula prevendo verba de fiscalização a ser cobrada pelo Estado sobre o concessionário, cujo produto arrecadado será rateado com o DNER em proporções a serem discutidas.

CLÁUSULA QUARTA

DAS OBRIGAÇÕES:

1. Incumbe ao ESTADO [...], na qualidade de DELEGATÁRIO:

VIII – submeter ao Ministério dos Transportes qualquer alteração do programa inicial;

Como se pode observar, por meio de tais convênios a União delega a um determinado ente federado a atribuição de administrar uma rodovia federal, mas mantém sua supremacia sobre o ajuste, decidindo, em última instância, sobre vários pontos relevantes a respeito da exploração propriamente dita.

O acordo pode ser desfeito a qualquer momento por qualquer das partes quando deixar de ser conveniente para, pelo menos, uma delas. Nesse caso, a administração da rodovia volta ao domínio da União, assim:

CLÁUSULA DÉCIMA-SEGUNDA

DA DENÚNCIA

As partes poderão denunciar o presente convênio, mediante notificação, com trinta dias de antecedência.

§ 1º Constituem motivos para a denúncia deste convênio a superveniência de ato, fato ou lei que o torne inviável, a conveniência administrativa devidamente justificada, ou o inadimplemento de quaisquer de suas cláusulas e condições, responsabilizando-se a parte que der causa à denúncia pelas respectivas indenizações.

Para entender melhor essa denúncia a qualquer tempo, deve-se lembrar o conceito de convênio. Segundo Meirelles (2001) convênios são “acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes.”

204

O autor, ao distinguir contrato de convênio, destaca que no contrato as partes têm interesses opostos, uma que pretende o objeto do ajuste (obra, serviço etc.) e outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço ou outra vantagem). Já no convênio não há partes, mas partícipes com interesses comuns.

Em razão disso, discorre Di Pietro (2002, p. 190:191, *apud* ARAÚJO 1992, p. 146) sobre outra característica dos convênios:

a ausência de vinculação contratual, a inadmissibilidade de cláusula de permanência obrigatória (os convenientes podem denunciá-lo antes do término do prazo de vigência, promovendo o respectivo encontro de contas) e de sanções pela inadimplência (exceto eventuais responsabilidades funcionais que, entretanto, são medidas que ocorrem fora da avença).

Assim, nos convênios firmados entre a União e entes federados para a delegação da administração de rodovias federais, há sempre cláusula que permite a qualquer dos partícipes denunciar o ajuste por razões de conveniência e oportunidade, com a única condição de que a notificação seja feita com trinta dias de antecedência

Entende-se, diante dos fatos, que embora delegue aos entes federados a administração e exploração das rodovias federais, a União deve permanecer dirigindo as decisões prolatadas a respeito das vias federais, preservando sua competência.

Na tentativa de elucidar o conflito, traz-se o litígio entre o TCE/RJ e TCU, a respeito da fiscalização de *royalties*. O TCE/RJ impetrou o Mandado de Segurança nº 24.312-1, junto ao Supremo Tribunal Federal, contra ato do Tribunal de Contas da União que proclamou ser de competência exclusiva do TCU (Decisão nº 101/2002) a fiscalização da aplicação dos recursos recebidos a título de *royalties* decorrentes da extração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural, pelos Estados e Municípios, com a conseqüente exclusão da competência do órgão impetrante.

Em seu voto o Sr. Ministro Gilmar Mendes, seguido pelos demais ministros na decisão plenária, assevera tratar-se de direito da unidade federada (BRASIL, 2003):

Trata-se de recita originária que lhe é confiada diretamente pela Constituição. Cabe à lei disciplinar todo esse procedimento, e vemos isso no art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 7.990, de 28/12/1989, quando diz que:

‘Art. 8º

Parágrafo único. A compensação financeira, não recolhida no prazo fixado no caput deste artigo, será cobrada com os seguintes acréscimos: [...]

I – juros de mora [...]

II – multa de dez por cento [...]

Não há nenhuma dúvida, inclusive para o legislador, de que não se trata de um repasse voluntário. Portanto, não se enquadra nas hipóteses previstas no art. 71, inciso VI, da Constituição.

Assim, após alteração de seu Voto, a Ministra-Relatora acolheu o mandado de segurança. Verifica-se que foi reconhecida a competência do TCE/RJ para fiscalizar os recursos, tendo em vista que a receita era repassada ao Estado por determinação constitucional e não por vontade da União (caso previsto no inciso VI do art. 71 da Constituição Federal).

O caso da delegação de rodovias federais aos entes da federação é diferente do julgado pelo STF, uma vez que a delegação feita pela União é voluntária, com a autorização da Lei nº 9.277/1996.

Por outro lado, é pacífico o entendimento do STF quanto à jurisdição da justiça comum estadual para processar e julgar a ação penal contra prefeito acusado de malversação de fundos distribuídos pela União aos Municípios (RE nº 205773-8/SC, CJ nº 5009/PE, RHC nº 58201/RJ), todos baseados no fato de que não há interesse da União, já que a verba repassada por ela incorpora-se ao orçamento municipal e o prejuízo resultante da malversação pesa sobre o Município e não sobre a União.

Mais uma vez, no âmbito das concessões das rodovias federais delegadas, o mesmo não acontece. Em primeiro lugar, o convênio entre a União e os entes federados não transfere aos últimos o patrimônio da União, a Lei nº 9.277/1996 deixa claro que o prazo de delegação da administração das vias federais é de vinte e cinco anos, prorrogáveis por

mais vinte e cinco. Em segundo lugar, a mau uso da rodovia pode trazer prejuízo à União, que ao final do contrato, receberá o bem sob sua administração e, em caso de denúncia do convênio, terá de sub-rogar o contrato com a concessionária.

Ora, como poderia a União sub-rogar um contrato no qual ela não teve nenhuma participação? Seria como assinar um cheque em branco. Essa é mais uma razão para que a União mantenha o controle sobre as condições contratuais, conforme previsto nos convênios de delegação e para que o TCU fiscalize a sua atuação como delegante.

Assim, haja vista que a via federal, objeto de concessão, ainda que delegada ao estado, é um recurso pelo qual a União responde, verifica-se a competência do TCU para fiscalizar a sua exploração.

Ocorre que o prejuízo pelo mau uso dos recursos públicos pode também se dar no âmbito Estadual. O ente federado que celebra convênio com a União, recebendo uma rodovia federal para ser administrada, assume responsabilidades que o tornam solidário à União no que diz respeito às obrigações junto à concessionária, como por exemplo sobre uma eventual indenização a ser paga.

Não bastasse isso, observa-se que a quase totalidade das concessões de trechos de rodovias federais delegadas envolve também trechos de rodovias estaduais, cujas regras são ditadas por um só contrato, como, por exemplo, o contrato n.º PJ/CD/087/98, celebrado entre o Estado do Rio Grande do Sul e a Metrovias S/A Concessionária de Rodovias, que envolve as seguintes rodovias: RS-030, RS-040, RS-239, RS-474, RS-784, BR-116, BR-153, BR-290 e BR-392 (BRASIL, 2004b).

206

Assim, uma vez que as concessões envolvem rodovias federais e estaduais, ou seja, recursos pelos quais tanto a União quanto o Estado respondem, pode-se dizer que tanto o TCU quanto os TCEs têm jurisdição sobre elas.

Defende-se a posição de que ambos, TCU e TCE, são competentes para fiscalizar os processos de concessão de rodovias federais delegadas a entes federados, já que a celebração de um convênio entre a União e os entes federados implica o compartilhamento de responsabilidades sobre a aplicação do recurso da União (ou da União e do Estado nos casos em que existem trechos federais e estaduais na mesma concessão) que é a rodovia. Isto é, após celebrado o convênio, as rodovias concedidas passam a ser recursos pelos quais tanto a União quanto o Estado respondem.

Dessa forma, pode-se concluir que tanto os administradores estaduais quanto os federais podem causar prejuízo à concessão e, por conseguinte, à União e ao ente federado. Os administradores estaduais e os recursos estaduais submetem-se ao controle dos TCEs (embora ao administrar bem federal submetam-se também ao controle do TCU, conforme já discutido), e já os representantes da União submetem-se ao controle do TCU.

Assim, entende-se que compete tanto ao TCU quanto aos TCEs fiscalizar as concessões de rodovias federais delegadas a entes federados. A questão é: isso pode gerar conflito de competências?

Num primeiro momento, a incidência da fiscalização dos dois órgãos de controle poderia ser questionada, especialmente caso houvesse decisões divergentes a respeito do mesmo objeto. Entretanto, deve-se lembrar que os Tribunais de Contas, nos processos de fiscalização de

atos e contratos, não avaliam os atos dos gestores para declarar sua regularidade. Os órgãos de controle externo pronunciam-se a respeito de irregularidades encontradas, determinando ações no sentido de corrigi-las (e aplicação sanções quando for o caso).

Assim, não se encontra óbice para que tanto o TCU quanto os TCEs façam a fiscalização das concessões de rodovias federais delegadas (outorga e execução contratual). Friza-se que tanto as irregularidades encontradas pelo TCU quanto as verificadas pelos TCEs, deverão ser corrigidas, isto é, as determinações de um e de outro não são excludentes, devendo ser cumpridas pelos responsáveis.

A respeito desse tema, vale lembrar o processo de outorga da concessão do sistema rodoviário do trecho de rodovia federal – BR-280/SC, no qual atuou o TCE/SC, sustentando o processo licitatório. Nesse caso, o Ministério dos Transportes encaminhou ao TCU documentos que deram origem ao TC nº 010.468/2003-7, demandando pronunciamento do TCU acerca da concessão, que retornou ao âmbito da União, mediante denúncia do convênio, após ter a licitação sustada pelo TCE/SC.

No Relatório do TC nº 010.468/2003-7, que deu origem ao Acórdão 2054/2003 - Segunda Câmara, o TCU assim se pronunciou:

14. Após a anulação do processo licitatório, sem que houvesse assinatura do contrato, o convênio foi denunciado pelo governo estadual e a rodovia voltou a ser de responsabilidade da União. Portanto, verifica-se uma situação fática, na qual não há irregularidade a ser saneada por esta Corte. O processo encaminhado a esta Corte foi concluído no âmbito estadual e aguarda providências dos responsáveis no âmbito federal. Não cabe ao TCU indicar as providências a serem adotadas no futuro.

Baseado no Acórdão nº 2054/2003, conclui-se que o TCU, reconheceu a competência daquela Corte na fiscalização da licitação para outorga de concessão de rodovia federal, realizada pelos administradores estaduais. Entretanto, isso não significa que o TCU tenha abdicado de suas competências, ou que não pudesse atuar no mesmo processo. Ocorre que, tendo sido determinada a anulação do processo licitatório pelo TCE/SC, nada mais restaria para ser corrigido. O que não poderia acontecer era o TCU rever os atos praticados pelo TCE, uma vez que a Corte Federal não é revisora da Corte Estadual. TCU e TCE atuam de forma autônoma.

Ocorre, todavia, que cada Corte de Contas define a forma como lhe convém atuar sobre os processos de concessão e demais atos de gestão da administração. Isso se dá por meio de seus normativos internos e não implica, necessariamente, fiscalizar a totalidade das concessões, em todas as suas fases. No caso citado, o TCE/SC fiscalizou a licitação da outorga e o TCU não o fez. Entretanto, reafirma-se, isso não significa deixar de cumprir suas funções constitucionais de fiscalização nem admitir que só ao TCE cabe a fiscalização de concessão de rodovias federais delegadas.

PROPOSTA DE APERFEIÇOAMENTO DOS MECANISMOS ADOTADOS PELO TCU NO CONTROLE DAS CONCESSÕES DE RODOVIAS FEDERAIS

Nesse capítulo discute-se uma forma de aprimorar a forma de atuação do TCU no que diz respeito à fiscalização da exploração de rodovias federais delegadas a entes

federados, de forma a minimizar a duplicidade de esforços, tendo em vista a atuação dos Tribunais de Contas Estaduais, e o respeito à competência dos órgãos reguladores do setor.

A fiscalização das concessões de rodovias delegadas não deve ocorrer indistintamente, uma vez que não há o interesse de sobrepor esforços aos empenhados pelos órgãos de controle estaduais ou municipais. Propõe-se, nesse sentido, que a atuação do TCU ocorra nos seguintes casos:

- solicitação do Congresso Nacional, de suas casas ou comissões, conforme os arts. 1º, inciso II, e 38 da Lei nº 8.443/1992 e os arts. 231 a 233 do RI/TCU;
- iniciativa própria do Tribunal de Contas da União, nos termos do inciso II do art. 1º da Lei nº 8.443/1992 e do art. 230 do RI/TCU, quando constatada a precariedade das ações de fiscalização executadas, ou quando houver indícios de irregularidades cuja relevância requeiram a sua atuação *in loco*;
- denúncia encaminhada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, na forma dos arts. 53 a 55 da Lei nº 8.443/1992 e dos arts. 234 a 236 do RI/TCU;
- representação legitimamente formulada, nos termos do art. 237 do RI/TCU.

Assim, são delimitadas as situações em que a relevância e a materialidade demandarão a atuação do TCU. Nos demais casos, a fiscalização da exploração das rodovias federais delegadas deverá ocorrer, por meio de informações resumidas anualmente fornecidas pelo órgão delegante, com o objetivo de manter o banco de dados atualizado sobre os recursos públicos delegados a cada ano, assim como dos que tiverem retornado à esfera federal, mediante a denúncia dos convênios.

208

No que se refere aos instrumentos de fiscalização a serem adotados nesses casos, tem-se que os levantamentos, as inspeções e as auditorias são as modalidades que mais se adaptam aos objetivos da fiscalização pretendida, como definidas nos arts. 238, 239 e 240 do RI/TCU.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo discutir a forma como o TCU tem exercido o controle da exploração das rodovias federais delegadas a entes federados e sua competência para tanto, tendo em conta a jurisdição dos demais órgãos federais e estaduais de fiscalização, controle e regulação, em especial, as Agências Reguladoras e os Tribunais de Contas Estaduais.

A União tem se valido da concessão de serviço público para administrar as rodovias federais, dentro do contexto de desestatização pelo qual passa o Estado, que deixa de prestar o serviço e passa a fiscalizar sua prestação.

Para entender a concessão de serviço público, foram estudados o conceito de serviço público e a possibilidade de sua criação por via legislativa.

Aceitando-se como legítima a possibilidade de criação de serviço público por lei ordinária, foi adotado para este trabalho o conceito formalista, segundo o qual serviço público é aquele que a lei estabelece como tal.

A partir daí, foi estudado o instituto de concessão de serviço público, e, em seguida, feito um paralelo entre essa forma de concessão e as concessões de obra pública e de bem público, visando introduzir a análise sobre concessão de exploração de rodovias federais.

Tendo em conta a possibilidade de criação de serviços públicos por lei ordinária, entendeu-se que a Lei nº 9.074/1995, legitimamente, deu tratamento de serviço público à exploração e administração de vias federais e submeteu suas outorgas de concessão aos ditames da Lei nº 8.987/1995 (Dispõe sobre a concessão de serviços públicos previstos no art. 175 da CF).

A Lei nº 9.277/1996 autorizou a União a delegar, mediante convênio, a administração e exploração de rodovias federais aos Municípios, Estados da Federação e ao Distrito Federal. Diante disso, mostrou-se necessário estudar a quem caberia a regulação e o controle das rodovias federais administradas pelos entes federados.

Antes da criação da Agência Nacional de Transportes Terrestres, a regulação dos serviços de exploração de rodovias federais era exercida por intermédio do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) (em extinção). Todos os convênios de delegação para exploração de vias federais pelos Estados foram celebrados antes da criação da Agência Nacional de Transportes Terrestres, e tinham o DNER como interveniente do delegante (União).

Com a extinção do DNER, a ANTT assumiu as funções daquele Departamento na regulação do setor. Entretanto, a Agência não vem tomando parte na administração dos contratos de concessão de rodovias federais celebrados entre Estados e concessionárias.

A Lei nº 10.233/2001 estabelece como esfera de atuação da ANTT a exploração de rodovias federais. Assim, evoca-se o princípio da indisponibilidade do interesse público para concluir que, mesmo quando a União delega a entes federados a prestação de serviços de exploração de rodovias federais, a ANTT deve participar do processo de regulação das concessões, na qualidade de interveniente da União nos convênios celebrados com os Estados e nos contratos de outorga de concessão correspondentes.

A partir daí, foi examinada a competência dos Tribunais de Contas para fiscalizar as concessões de rodovias federais delegadas a entes federados. No que tange ao TCU, verificou-se que sua jurisdição sobre a administração das rodovias federais decorre não só do seu poder de fiscalização sobre as Agências Reguladoras e demais órgãos da Administração Federal que administram o bem rodovia federal (arts. 70, parágrafo único, e 71, inciso IV, da CF), mas também do seu poder de fiscalização direta sobre a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio a entes federados (art. 71, inciso VI, da CF).

O mesmo se aplica aos TCEs, na esfera estadual, conforme estabelecido no art. 75 da Carta Magna. Surge, então, o impasse sobre a jurisdição do TCU e dos TCEs para fiscalizar a exploração das rodovias federais quando estas forem realizadas no âmbito estadual.

Tendo em conta que a titularidade da prestação do serviço permanece com a União, que o bem federal, ao final do período de delegação, vinte e cinco anos, ou mesmo antes, caso o convênio seja denunciado, volta a ser de responsabilidade da União, que terá de sub-rogar o contrato celebrado pelo Estado com a concessionária e, considerando, ainda, que a União poderá sofrer prejuízos decorrentes do mau uso do bem federal, concluiu-se que cabe ao TCU exercer sua competência constitucional de controle sobre a exploração de rodovias federais, sejam elas administradas diretamente pela União, por entes federados ou por concessionária de serviço público.

Ocorre que o Estado ao assumir a exploração de uma rodovia federal assume também responsabilidades que poderão, em caso de má administração, causar prejuízo à concessão e, portanto, ao ente federado. Mais que isso, na quase totalidade das concessões realizadas no âmbito estadual, os contratos celebrados envolvem trechos de rodovias estaduais e federais administradas sob a égide de um mesmo instrumento contratual. Portanto, verifica-se a competência do ente federado para fiscalizar tais concessões.

Diante disso conclui-se que uma vez que as concessões envolvem recursos pelos quais tanto a União quanto o Estado respondem, tanto o TCU quanto os TCEs têm jurisdição sobre elas, de forma autônoma.

Levando-se em conta que, nos processos de fiscalização, os Tribunais de Contas não avaliam atos dos gestores para declarar sua regularidade, mas se pronunciam a respeito de irregularidades encontradas, determinando ações no sentido de corrigi-las, não se encontra óbice para que tanto o TCU quanto os TCEs façam a fiscalização das concessões de rodovias federais delegadas (outorga e execução contratual).

210

Tanto as irregularidades encontradas pelo TCU quanto aquelas verificadas pelos TCEs deverão ser corrigidas, isto é, as determinações de um e de outro não são excludentes, devendo ser cumpridas pelos responsáveis.

Por último, foi formulada uma sugestão para aperfeiçoamento da forma de atuação do TCU, no sentido de evitar a sobreposição de esforços aos empenhados pelos órgãos de controle dos entes a quem as rodovias federais tenham sido delegadas, propondo que as fiscalizações sejam implementadas de acordo com a relevância e materialidade, por meio de levantamentos, inspeções e auditorias, avaliando-se caso a caso sua conveniência.

Observa-se por todo o conteúdo analisado neste trabalho, que os órgãos federais e estaduais, no que se refere à exploração de rodovias federais delegadas a entes federados, carecem de maior aproximação com vistas à harmonização dos processos de regulação e controle. Embora a legislação permita a atuação conjunta desses órgãos, inclusive convênios, nenhuma providência foi tomada até então com vistas a evitar a sobreposição de esforços.

Desse modo, como proposição para futuros estudos na área de concessão de rodovias federais delegadas, propõe-se o exame das possibilidades de estabelecer uma forma de cooperação entre os entes federais e estaduais de forma que suas atividades sejam realizadas de modo a se complementar, evitando a sobreposição de esforços da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. *Concessões rodoviárias*. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/faq/concessoes_rodoviarias.asp>. Acesso em: 10 out. 2007.

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 1996.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS (ABCR). *Concessionária Metrovias. Trechos concedidos*. [20--?]. Disponível em: <http://www.abcr.org.br/conc/conc_metrovias.php>. Acesso em: 10 out. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Parecer nº 05/98 – LRB, do Gabinete do Exmo. Sr. Procurador-Geral do Estado [do Rio de Janeiro], exarado em 10/12/1998, no Processo Administrativo nº E-14/35.468/98 apud SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 463.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2007.

_____. *Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a reforma administrativa e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del0200.htm>>. Acesso em: 10 out. 2007.

_____. *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L8987cons.htm>>. Acesso em: 10 out. 2007.

_____. *Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995*. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9074cons.htm>>. Acesso em: 10 out. 2007.

BRASIL. *Lei nº 9.277, de 10 de maio de 1996*. Autoriza a União a delegar aos Municípios, Estados da Federação e ao Distrito Federal a administração e exploração de rodovias e portos federais. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9277.htm>>. Acesso em: 10 out. 2007.

_____. *Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996*. 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/Leis/L9427cons.htm>>. Acesso em: 10 out. 2007.

BRASIL. *Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999*. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L9782.htm>>. Acesso em: 10 out. 2007.

_____. *Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001*. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/LEIS_2001/L10233.htm>. Acesso em: 10 out. 2007.

_____. *Lei complementar nº 100, de 22 de dezembro de 1999*. Altera o Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, e a Lei Complementar nº 56, de 15 de dezembro de 1987, para acrescentar serviço sujeito ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp100.htm>. Acesso em: 10 out. 2007.

_____. Ministério dos Transportes. *Relatório anual de acompanhamento das concessões de rodovias federais*. Brasília, 2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MS nº 24.312-1, de 19 de fevereiro de 2003*. Brasília, 2003. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=Mandado%20seguranca\(24312.NUME.%20OU%2024312.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=Mandado%20seguranca(24312.NUME.%20OU%2024312.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 10 out. 2007.

212

_____. Tribunal de Contas da União. *Resolução nº 155, de 4 de dezembro de 2002*. Aprova o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/publicacoes/SGS-SA/Resolu%C3%A7%C3%B5es/RES2002_155.doc>. Acesso em: 10 out. 2007.

_____. Tribunal de Contas da União. *Convênios e outros repasses*. Brasília: TCU, Gabinete da Presidência, 2003. Disponível em: <http://www2.tcu.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/TCU/PUBLICACOES/LISTAPUBLICACOES/CONVENIOS_E_OUTROS_REPASSES.PDF>. Acesso em 10 out. 2007.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

_____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed., 2. tiragem. São Paulo: Atlas, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*. Coimbra: Almedina, 1999.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1998*. São Paulo: Malheiros, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MARQUES NETO, Floriano. *Algumas notas sobre a concessão de rodovias*. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, v. 17, n. 4, p. 245-257, abr. 2001.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o contrato administrativo*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 224, p. 301-322, jul./set. 2001.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993.

PARANÁ. *Lei Complementar nº 94, de 23 de julho de 2002*. Cria a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Infra-Estrutura do Paraná. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/lei_compl_94.pdf>. Acesso em: 10 out. 2007.

RIO GRANDE DO SUL. *Lei nº 10.931, de 9 de janeiro de 1997*. Cria a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul - AGERGS e dá outras providências. Atual. com as alterações dadas pela Lei n.º 11.292 de 23 de dezembro de 1998.). Disponível em: <<http://www.agergs.rs.gov.br/bibliot/legis/legagergs/lei10931alt.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2007.

SANTA CATARINA. *Constituição do Estado de Santa Catarina (1989)*. Disponível em: <http://www.alesc.sc.gov.br/al/constituicao/CES_2006_45_emds_311006.pdf>. Acesso em: 10 out. 2007.

SANTA CATARINA. *Lei Complementar nº 202, de 15 de dezembro de 2000*. Institui a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, e adota outras providências. Disponível em: <<http://www.sef.sc.gov.br/legislacao/complementares.htm#>>. Acesso em: 10 out. 2007.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *Desestatização: privatização, concessões, terceirização e regulação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Rodovias federais: delegação a estados, concessão e encampação*. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 04, n. 16, p. 65-76, abr./jun.2004.

ZYMLER, Benjamin. *O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras*. Fórum Administrativo, v. 2, n. 11, p. 3-7, jan. 2002.

NOTAS

- ¹ O autor defende que teria sido preferível que a lei tivesse mencionado o termo genérico “outorga” da prestação de serviço, uma vez que “delegação” ajusta-se melhor para designar a investidura no desempenho de atividade jurídica e não material, como é o caso da concessão.
- ² A Lei nº 8.031/1990 criou o Programa Nacional de Desestatização (PND). A Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, alterou procedimentos relativos ao PND e revogou a lei anterior. O Decreto nº 2.444, de 30 de dezembro de 1997, inclui no PND as rodovias federais que menciona.
- ³ A Taxa Interna de Retorno (TIR) de um fluxo de caixa é um objeto matemático que fornece a taxa real de juros em uma operação financeira, conhecidos os valores nos seus devidos tempos de realização.
- ⁴ Em 27 de agosto de 2004, foi publicada a Instrução Normativa nº 46/2004, que dispõe sobre a fiscalização, pelo Tribunal de Contas da União, dos processos de concessão para exploração de rodovias federais, inclusive as rodovias ou trechos rodoviários delegados pela União a Estado, ao Distrito Federal, a Município, ou a consórcio entre eles. Entretanto, como não houve qualquer concessão desde então, todos os processos já fiscalizados pelo TCU seguiram o rito da IN nº 27/1998.
- ⁵ Em linhas gerais, a IN nº 46/2004 manteve o escopo da IN nº 27/1998. Entretanto, o novo normativo, específico para o acompanhamento de concessões de rodovias, cuidou de, entre outros: a) ampliar as exigências quanto aos estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento (várias irregularidades encontradas pelo TCU na execução contratual eram reflexo de estudos insuficientes ou mal dirigidos); b) exigir comprovação do cumprimento de alguns dispositivos da Lei nº 10.233/2001 (Lei que cria a ANTT); e c) exigir justificativa para a escolha do parâmetro ou do indicador a ser utilizado para aferição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, em atenção ao princípio da motivação dos atos da administração (primeiro estágio).
- ⁶ De acordo com o art. 6º da Instrução normativa nº 46/2004, não persiste a exigência de encaminhamento por parte da entidade federal concedente de relatório consolidado semestral. Permanecem previstas as ações de inspeção, levantamento e auditoria, desta feita na entidade concedente, na agência reguladora e na concessionária, conforme o caso.
- ⁷ O Programa de Exploração da Rodovia (PER) é a sigla do Programa que contempla o “Projeto Básico” de investimentos e atividades que a concessionária vencedora da licitação irá assumir com o compromisso de sua efetivação em sua total execução, através de serviços de obras, manutenção, conservação e monitoração do trecho rodoviário sob sua responsabilidade a partir da data de início dos Trabalhos Iniciais.

ADALBERTO SANTOS DE VASCONCELOS

1 INTRODUÇÃO

O princípio do equilíbrio econômico-financeiro tem sua origem na França, assim como a teoria do contrato de serviço público.

As primeiras concessões comportavam-se como um contrato de direito privado sujeitas, portanto, aos princípios *pacta sunt servanda* (os contratos devem ser cumpridos) e *lex inter partes* (o contrato é lei entre as partes). Daí o entendimento de que o concessionário executava o serviço em seu próprio nome e por sua conta e risco, cuja acepção original impunha ao concessionário a gestão do serviço como um negócio qualquer (DI PIETRO, 2002, p.55), devendo ser mantidas as condições inicialmente pactuadas.

O pensamento francês evolui quanto à imutabilidade do contrato de concessão, haja vista ser ele firmado no interesse público e necessitar, por essa razão, de flexibilidade a fim de garantir a continuidade na prestação do serviço. Nesse sentido,

passou-se a entender que deveria haver equivalência entre encargos e obrigações e, sempre que houvesse rompimento do equilíbrio estabelecido no início do contrato, o concessionário deveria ter direito à recomposição (DI PIETRO, 2002, p.55).

A partir de então, foi-se desenvolvendo, na jurisprudência francesa, diversas teorias – fato do príncipe, teoria do fato da administração e teoria da imprevisão – que defendiam a preservação do equilíbrio econômico-financeiro e a continuidade do contrato.

No Brasil, a doutrina pátria sofreu forte influência das teorias do direito francês e, em grande parte, incorporou-as, sendo, posteriormente, positivada em nosso ordenamento jurídico.

O equilíbrio econômico-financeiro, para os contratos administrativos, pode ser extraído da própria Carta Magna, artigo 37, inciso XXI:

ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei [...].(grifamos) (BRASIL, 1988)

A legislação infraconstitucional também trata do tema nos artigos 58 e 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, denominada Lei de Licitações e Contratos Públicos, e nos artigos 9º, 10, 18 e 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, conhecida como Lei Geral de Concessões, entre outros dispositivos.

Interessa ao presente estudo o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de delegação de serviços públicos, em especial, dos contratos de concessões de serviço público atinentes à exploração de rodovias federais.

Do acordo contratual celebrado entre entes privados e a União, o equilíbrio econômico-financeiro é o ponto mais complexo dessa relação, por envolver condições econômico-financeiras ajustadas, à época da outorga da concessão, e que persistirão durante toda a vigência do contrato, geralmente superior a vinte anos.

Nesse processo, uma dificuldade significativa consiste em estipular e prever os fatos e as situações que podem desequilibrar o contrato de concessão, durante a fase de execução, bem como a forma de reequilibrá-lo econômico-financeiramente, considerando os interesses conflitantes dos usuários dos serviços – tarifas módicas que possibilitem o acesso ao serviço prestado – e das empresas concessionárias – manutenção da rentabilidade acordada.

Essa situação agrava-se devido à ocorrência, durante a execução contratual, de fatos que não foram previstos inicialmente. Isso demanda, por vezes, estudos aprofundados para identificar se tais eventos fazem parte do risco assumido pelos concessionários ou, até mesmo, se trazem indevidamente algum benefício à empresa ou aos usuários. Em qualquer das hipóteses mencionadas, surge a seguinte questão: como deve proceder o regulador quanto à possibilidade de quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor de uma das partes?

Nesse ponto, está a outra grande dificuldade enfrentada pelos atores da regulação: o conhecimento econômico-financeiro necessário para que se possa proceder à aferição ou à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público. Apesar de não ser extensa, há significativa doutrina sobre a parte jurídica atinente à teoria do equilíbrio econômico-financeiro em contratos de delegação de serviço público. No entanto, acerca da parte econômico-financeira, principalmente quanto aos aspectos práticos do instituto, verifica-se escassez de estudos e referências bibliográficas sobre o tema. Nesse vazio doutrinário, o objetivo deste trabalho é contribuir com o processo de aferição e de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em delegações de serviço público, a fim de se ter maior transparência do processo e maior conhecimento gerado acerca desse tema.

218

O setor de rodovias foi um dos primeiros setores no Brasil a experimentar a concessão de serviço público à iniciativa privada, já na década passada. Assim, mesmo antes de editada a Lei Geral de Concessões, foi criada, em 1993, a primeira versão do Programa de Concessões de Rodovias Federais, abrangendo cerca de 15.500 quilômetros de rodovias federais e 7.500 quilômetros de rodovias estaduais. Somente as rodovias que apresentassem níveis de tráfego suficientemente altos e/ou de investimentos necessários suficientemente baixos poderiam assegurar a viabilidade econômico-financeira da concessão.

As concessões rodoviárias, por envolverem as mais movimentadas rodovias do País – por onde passa grande quantidade de produtos para serem exportados, afetando diretamente o denominado custo Brasil – têm sido objeto de grande repercussão na mídia a cada aumento tarifário, merecendo atenção por parte da sociedade, de parlamentares, da imprensa, de prefeituras locais e dos órgãos de controle, tais como as agências reguladoras, os tribunais de contas e o Ministério Público.

Com a transferência à iniciativa privada dos serviços de recuperação, monitoração, melhoramento, manutenção, conservação, operação e exploração de rodovia, os usuários, mediante o pagamento de tarifas de pedágio, passaram a assumir o ônus que habitualmente era suportado pelo Estado. Além das despesas operacionais e dos recursos aplicados em investimentos necessários à prestação do serviço concedido, os valores

arrecadados de pedágio devem suportar o lucro do ente privado, a fim de tornar o negócio atrativo.

Muito se questiona se o ônus decorrente da concessão é adequadamente compensado pelos benefícios dela advindos. Nesse sentido, também é bastante questionado se os contratos de concessões de rodovias estão econômico-financeiramente equilibrados, ou ainda, se a forma de reequilibrá-los garante ao longo da execução contratual a equivalência entre os encargos assumidos pelos concessionários à época de apresentação da proposta e a remuneração “justa”, buscada, pelo lado dos usuários, na tarifa módica, e pelo lado dos concessionários, na rentabilidade requerida para se investir no negócio delegado – concessão de rodovia.

Busca-se, neste trabalho, avaliar se o mecanismo de aferição e de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro atualmente utilizado nos contratos de concessão de rodovias federais no Brasil é adequado para os fins a que se destina, bem como perquirir possíveis contribuições para o aperfeiçoamento do modelo existente. Nesse intuito, pretende-se discorrer sobre os principais fatores de desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias e sobre as formas usualmente empregadas para reequilibrá-los.

Para tanto, inicialmente, será necessário revisar o arcabouço legal e a doutrina aplicável às concessões de rodovias federais, as decisões do Tribunal de Contas da União (TCU) concernente ao controle da regulação econômico-financeira deste setor, as principais experiências internacionais em rodovias pedagiadas e a experiência, em regulação econômico-financeira, advinda do setor de distribuição de energia elétrica, sobretudo, quanto aos institutos de revisão periódica e ao reajuste tarifário.

O conhecimento auferido na etapa anterior é confrontado com as cláusulas dos editais e dos contratos de concessão de rodovias federais, já celebrados com a iniciativa privada, relativas ao equilíbrio econômico-financeiro e principalmente com as informações técnicas econômico-financeiras extraídas dos fluxos de caixa existentes. Nesse sentido, o que se pretende é fornecer uma visão técnica, jurídica e, sobretudo, prática de como se dá a aferição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias federais.

O presente estudo inicia-se apresentando, no segundo Capítulo, a doutrina e a legislação referente ao serviço público e à concessão de serviço público, os princípios da prestação de serviço público, os principais aspectos legais do serviço adequado e da política tarifária e, ainda, o enquadramento da exploração de rodovias no conceito de serviço público.

O terceiro Capítulo é dedicado à desestatização de rodovias. Além do histórico da cobrança de pedágio em vias públicas, discorre-se sobre as principais formas de financiamento da prestação de serviço público e algumas experiências internacionais em rodovias pedagiadas, bem como sobre a experiência do Brasil neste setor, em âmbito federal.

Os principais aspectos atinentes aos indicadores de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público e as particularidades das situações de desequilíbrio – Teoria das Áleas, reajuste, revisão periódica, revisão extraordinária, dilatação do prazo contratual, aporte de recursos públicos – são tratadas no Capítulo quarto, que ainda destaca a experiência de regulação econômico-financeira advinda do setor de distribuição de energia elétrica.

O quinto Capítulo apresenta uma revisão dos principais conceitos econômico-financeiros utilizados neste trabalho – valor atual, taxa de desconto, custo de oportunidade, taxa interna de retorno, fluxo de caixa descontado a valor presente –, com exemplos práticos.

O foco do sexto Capítulo está nos principais aspectos atinentes ao equilíbrio econômico-financeiro presentes nos contratos de concessão de rodovias federais. Nesse ponto, fica retratada a composição do fluxo de caixa de concessão desse setor – fluxo contábil e fluxo financeiro – e os principais elementos que influenciam o equilíbrio econômico-financeiro dos aludidos contratos. Apresentam-se, ainda, outros parâmetros, além da Taxa Interna de Retorno (TIR), que podem ser utilizados para aferir o equilíbrio econômico-financeiro do setor, tais como a Taxa Interna de Retorno Modificada (TIRM), o Valor Presente Líquido (VPL), a taxa de desconto ou custo de oportunidade e o *payback*.

O sétimo Capítulo dá destaque aos principais fatores de desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias federais e aos mecanismos utilizados para o restabelecimento do mesmo: revisão extraordinária, reajuste e adequação.

Uma crítica ao modelo atual de aferição do equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de rodovias federais é apresentada no oitavo Capítulo, em que são analisadas as conseqüências da adoção do modelo estático ou tradicional para esse setor nas principais rubricas que compõem o fluxo de caixa – receita operacional, custos e despesas operacionais, imposto de renda, programa de investimentos, programa de financiamentos e taxa de remuneração do concessionário. É formulada, ainda, proposta alternativa para aperfeiçoamento do modelo existente.

Por derradeiro, tem-se as conclusões e as recomendações para novos estudos.

2 O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS CONCESSÕES DE RODOVIAS FEDERAIS

Este Capítulo tem por objetivo discorrer sobre os principais aspectos do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias federais. Para tanto, inicialmente relacionar-se-á a legislação atinente à concessão aplicável ao setor. Posteriormente, será abordado como o equilíbrio econômico-financeiro aparece nos editais e nos contratos de concessão de rodovias federais já concedidas. Em seguida, tratar-se-á de algumas características dos contratos de concessão, tais como os riscos assumidos pelos concessionários e a política tarifária. A partir daí, serão abordados as questões econômico-financeiras *stricto sensu*: fluxo de caixa da concessão, forma atual de aferição do equilíbrio econômico-financeiro e outras possíveis formas para se restabelecer, ou aferir, o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

2.1 A legislação aplicável às concessões de rodovias federais

O arcabouço legal que rege as atuais concessões de rodovias federais encontra na Lei nº 8.987/1995, denominada Lei de Concessões, o seu principal sustento. Esta Lei, que regulamenta o artigo 175 da Carta Maior, estabelece, entre outros pontos, que a prestação do serviço público, por parte do concessionário, deverá ser adequada ao pleno atendimento dos usuários (artigo 6º). Os contratos de concessão de rodovias federais já celebrados fazem alusão à Lei de Concessões e à Lei nº 8.666/1993, e suas alterações, e também a outros decretos e medidas provisórias. Ressalte-se que alguns contratos

citam também a Lei nº 9.074/1995. No entanto, esta última é aplicável mesmo naqueles contratos em que ela não esteja referenciada, haja vista que é por meio dela (artigo 1º, inciso IV) que as vias federais, precedidas ou não da execução de obra pública sujeitam-se ao regime de concessão nos termos da Lei nº 8.987/1995.

Cita-se, ainda, a Lei nº 9.277/1996, quando se tratar de delegação, por meio de convênio, de trechos de rodovias federais a estados, ao Distrito Federal ou a municípios, para que esses entes federativos os administrem ou os concedam, para exploração, à iniciativa privada.

2.2 O equilíbrio econômico-financeiro nos editais e contratos de concessão de rodovias federais

São os seguintes trechos de rodovias federais já concedidos em âmbito federal: BR-116/RJ/SP (Rodovia Presidente Dutra), interligando a cidade do Rio de Janeiro a São Paulo; BR-101/RJ (Ponte Presidente Costa e Silva), interligando a cidade do Rio de Janeiro a Niterói; BR-040/MG/RJ, interligando Juiz de Fora/MG à cidade do Rio de Janeiro; BR-116/RJ, interligando a cidade do Rio de Janeiro a Petrópolis e Além do Paraíba (trecho Além Paraíba – Teresópolis/Entroncamento com a BR-040/RJ); e BR-290/RS, interligando Osório a Porto Alegre/Entroncamento BR-116/RS (Guaíba).

As cláusulas atinentes ao equilíbrio econômico-financeiro que constam tanto dos editais quanto dos contratos de concessão desses trechos são similares. Dessa forma, utilizar-se-á as disposições editalícia e contratual da concessão administrada pela Concessionária CRT¹ a fim de tratar do tema em epígrafe.

No Edital de Proposta de Tarifa nº 0293/93-00 (Fase III), relativo ao trecho de rodovia administrado pela CRT, o equilíbrio econômico-financeiro é tratado inicialmente nos itens 87 a 89:

87. O equilíbrio econômico e financeiro do contrato de concessão constitui condição fundamental do regime jurídico da concessão de que trata este Edital.

88. É pressuposto básico da equação econômica e financeira que presidirá as relações entre as partes, o permanente equilíbrio entre os encargos da concessionária e as receitas da concessão, expresso no valor inicial da TARIFA BÁSICA DE PEDÁGIO.

89. Qualquer alteração nos encargos da concessionária poderá importar na revisão do valor da TARIFA BÁSICA DE PEDÁGIO, para mais ou para menos, conforme estabelecido neste Edital. (BRASIL, 1993b)

Conforme se observa nessas cláusulas, o parâmetro que serve para a aferição do equilíbrio econômico-financeiro inicial da concessão é a Tarifa Básica de Pedágio, ou seja, é a tarifa constante do fluxo de caixa inicial da concessão, apresentado pela licitante vencedora do certame, sem os impactos dos reajustes tarifários anuais. O contrato de concessão (PG-156/95-00) celebrado entre o poder concedente, à época representado pelo Departamento Nacional de Estradas e Rodagem (DNER), e a Concessionária CRT é mais claro quanto a este ponto, conforme se vê a seguir:

item 38 : O valor da TBP é R\$ 2,46 por sentido, para PN-1, PN-2 e PN-3, e R\$ 1,72 por sentido, para PA-1 e PA-2, na data-base de agosto de 1995.

item 22: É pressuposto básico da equação econômica e financeira que preside as relações entre as partes, o equilíbrio, em caráter permanente, entre encargos da Concessionária, previstos no PER, e as receitas da concessão, **expresso no valor inicial da TBP**, ressalvado o disposto no item 20.

item 64: A TBP será revista para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos da Concessionária e a retribuição dos usuários da rodovia, **expressa no valor da TBP**, com a finalidade de manter o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato de concessão, [...] (grifamos) (BRASIL, 1993b)

Existem, ainda, outras cláusulas editalícias versando sobre o equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Entre elas, destaque-se o item 139 do edital da CRT – que reproduz o artigo 10 da Lei nº 8.987/1995 –, o qual estabelece que sempre que forem atendidas as condições do contrato de concessão, considera-se mantido o seu equilíbrio econômico-financeiro.

Ressalte-se, ainda, o item 106, no qual está disposto que a Tarifa Básica de Pedágio será **fixada no valor da proposta vencedora da concorrência** e será preservada pelas regras de reajuste e revisão, previstas tanto no edital quanto no respectivo contrato de concessão, com a finalidade de que seja assegurada, em caráter permanente, a manutenção do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O citado dispositivo encontra-se consoante às disposições da Lei nº 8.987/1995, que alterou a forma de remuneração dos prestadores de serviço público, ou seja, do antigo regime de repasse total dos custos do serviço para o regime de eficiência, no qual a concessionária, enquanto licitante, oferta um valor para o serviço a ser prestado aos usuários, assumindo, assim, os riscos do negócio e os demais determinados em contrato. Ressalte-se, ainda, que a manutenção da sua rentabilidade será assegurada pela regras de reajuste e revisão dispostas no edital e contrato.

222

Portanto, a fim de prosseguir na abordagem, torna-se imprescindível tratar da política tarifária dos contratos de concessão de rodovias federais, ou seja, do reajuste e da revisão, dispositivos que visam à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

2.2.1 Do Reajuste da Tarifa Básica de Pedágio

Nos atuais contratos de concessão de rodovias federais, o reajuste da Tarifa Básica de Pedágio é anual, podendo o valor da tarifa ser reajustado para mais ou para menos, de acordo com a variação dos índices de reajuste.

O valor da tarifa de pedágio é reajustado de acordo com a aplicação da seguinte fórmula, baseada na variação ponderada dos índices de reajustes relativos aos principais componentes de custo considerados na formação de seu valor²:

$$TB \text{ (reajustada)} = TBP * [a * \Delta(\text{índice de terraplanagem}) + b * \Delta(\text{índice de pavimentação}) + c * \Delta(\text{índice de obras de artes especiais}) + d * \Delta(\text{índice de serviço de consultoria}) + 1]$$

Observe que a fórmula de reajuste de concessões de rodovias federais não prevê o repasse de ganhos de produtividade aos usuários, como ocorre no setor elétrico (Fator X).

Assim, tal ganho é integralmente absorvido pelos concessionários, contrariando o espírito da Lei de Concessões quanto à modicidade tarifária.

Os pesos de influência de cada índice variam de concessão para concessão e, ainda, dentro do prazo de execução contratual, acompanhando as modificações substanciais na participação ponderada dos diversos componentes de custos previstos na fórmula de reajuste. Assim, no início da concessão, por exemplo, o serviço de consultoria (d) geralmente possui um peso maior do que em outra etapa da execução contratual.

2.2.2 Da Revisão da Tarifa Básica de Pedágio

Os editais de rodovias federais determinam que a Tarifa Básica de Pedágio será **revisita** para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos da concessionária e a retribuição dos usuários da rodovia, expressa no valor da Tarifa Básica de Pedágio, com a finalidade de manter o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato de concessão (BRASIL, 1993b, item 132).

Os casos, previstos no edital e no contrato, que ensejarão a revisão da tarifa são os seguintes (BRASIL, 1993b, item 132 e BRASIL, 1996, item 64):

- sempre que houver criação, alteração ou extinção de outros tributos, ressalvados os impostos sobre a renda, ou sobrevierem disposições legais, fatos esses desde que ocorridos após a data de apresentação das propostas de tarifas de pedágio, de comprovada repercussão nos custos da concessionária, para mais ou para menos, conforme o caso;
- sempre que houver acréscimo ou supressão de encargos no Programa de Exploração da Rodovia (PER) para mais ou para menos, conforme o caso;
- sempre que ocorrências supervenientes, decorrentes de força maior, caso fortuito, fato da Administração ou de interferências imprevistas resultem, comprovadamente, em acréscimo dos custos da concessionária;
- sempre que a concessionária promover a desapropriação de bens imóveis, a instituição de servidão administrativa ou a imposição de limitação administrativa ao direito de propriedade, desde que o valor da verba indenizatória prevista no edital não seja atingido ou seja ultrapassado;
- sempre que houver alteração unilateral do contrato de concessão, que comprovadamente aumente os encargos da concessionária, para mais ou para menos, conforme o caso;
- quando a concessionária auferir receita alternativa, complementar, acessória ou de projetos associados à concessão;
- sempre que forem constatadas modificações estruturais nos preços relativos dos fatores de produção ou de modificações substanciais nos preços dos insumos relativos aos principais componentes de custos considerados na formação do valor da Tarifa Básica de Pedágio, não atendidas ou cobertas pelos reajustes tarifários, para mais ou para menos, conforme o caso, observados os preceitos legais pertinentes.

Conforme se observa, esses eventos que dão origem à revisão da tarifa de pedágio estão no âmbito da doutrina pátria, conforme tratado no Capítulo anterior, ou na Lei de Concessões.

Os documentos editalícios e contratuais somente prevêem a possibilidade de a concessionária iniciar o processo de revisão tarifária, deixando o poder concedente em posição passiva. No entanto, por tratar-se da prestação de um serviço público, não pode o poder concedente deixar de provocar a revisão das tarifas caso ocorra um desequilíbrio econômico-financeiro no contrato de concessão prejudicando os usuários.

2.3 Os riscos assumidos pelos concessionários de rodovias federais

Conforme exposto em cláusulas contratuais – no caso do contrato firmado com a CRT no item 19 –, as concessionárias assumem integral responsabilidade por todos os riscos inerentes à concessão, exceto nos casos em que o contrário resulte do contrato de concessão.

Nesses riscos estão os inerentes ao negócio, ou seja, aqueles que dependerão da forma de gestão da concessão, pois, conforme já foi ressaltado no capítulo anterior, ao concessionário é atribuído o risco do negócio – riscos normais de mercado, como qualquer empreendedor comercial ou industrial está submetido.

[Assim,] se suas previsões de demanda foram mal-feitas, ou se operou o serviço com negligência ou imperícia, não pode o concessionário eximir-se de suas responsabilidades, reivindicando a restauração da equação financeira inicial (AZEVEDO, 1998, p.40).

224

O principal risco assumido expressamente e integralmente pelos concessionários, em contrato, é o denominado “risco geral de trânsito”. Nesse é incluído o risco de redução do volume de trânsito, inclusive em decorrência da transferência de trânsito para outras rodovias existentes (BRASIL, 1996, item 20).

No contrato de concessão celebrado entre a União e a Concessionária NovaDutra (PG-137/95-00), a questão do risco de trânsito ou de tráfego é mais detalhada, tornando mais claro o entendimento dos riscos relativos ao tráfego assumidos pela concessionária.

À época da licitação, a Concessionária NovaDutra assumiu um risco de tráfego de 2.388.006.483 veículos equivalentes, pouco abaixo do máximo indicado no edital (2.388.700.000 veículos equivalentes) passível de ser ofertado pelas licitantes em suas propostas financeiras, conforme se observa, a seguir, do item 38 do respectivo edital, o qual estabelece de forma inequívoca o risco da concessionária quanto ao tráfego de veículos:

38. Quando da elaboração da sua Proposta de Tarifa, a Licitante deve considerar que o volume máximo de tráfego a ser estimado para todo o prazo da concessão (vinte e cinco anos) **não pode ultrapassar** o limite de 2.388.700.000 (dois bilhões, trezentos e oitenta e oito milhões e setecentos mil) veículos equivalentes aos veículos da Categoria 1 (definidos no item 113) e que as estimativas anuais ou a estimativa global de tráfego para o prazo da concessão previstas na ‘Premissas Básicas da Proposta de Tarifa’ e no ‘Plano Econômico-financeiro’ a que se referem o item 27 **constituem meros indicadores** que objetivam propiciar à Comissão o exame das Propostas de Tarifa para os fins previstos nas letras ‘a’

a 'c' do item 28, e que **caso estas estimativas não ocorram – seja para mais ou para menos – daí não decorrerá qualquer revisão da Tarifa Básica de Pedágio, visto que à concessionária caberá, integralmente, o risco geral de trânsito, conforme estabelecido no item 85”** (grifamos). (BRASIL, 1993c, item 38).

Tendo em vista que, no atual modelo de regulação de rodovias federais, não é assegurado às concessionárias o tráfego por elas projetado, há flutuações entre o tráfego pedagiado e o estimado à época da outorga.

Diante desse fato, as concessionárias, quando registram tráfego pedagiado inferior ao assumido como risco, procuram mecanismos para recompor a sua matriz de tráfego, tal como a alteração na configuração original da rodovia: criação e desmembramento de praças de pedágio ou criação de cabines de bloqueio. Apesar de o TCU firmar entendimento quanto à possibilidade de alteração na configuração original da rodovia concedida, ocorreram diversas situações e tais mudanças implicaram desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, fazendo-se necessárias correções nos procedimentos adotados, principalmente no que se refere aos ajustes implementados nos fluxos de caixa para refletir esses novos eventos³.

2.4 O fluxo de caixa de concessão de rodovia federal

Qualquer investidor que deseja participar de determinado projeto ou negócio necessita avaliar a viabilidade econômico-financeira deste. Nesse sentido, o fluxo de caixa do projeto ou do negócio é instrumento indispensável para formação de juízo sobre a decisão de investir ou não. No fluxo de caixa são considerados os dois lados do negócio: a parte positiva (entradas de caixa – lucro líquidos projetados, depreciação e empréstimos) e a parte negativa (saídas de caixa – investimentos e amortização dos empréstimos). A projeção dessas rubricas descontadas, período a período, por uma determinada taxa ou pela Taxa Interna de Retorno (TIR) do projeto ou do investimento fornece o denominado fluxo de caixa do período considerado. Do somatório desses fluxos de caixa do período, tem-se o valor presente líquido do fluxo de caixa (VPL), caso se use uma taxa diferente da TIR, pois esta fornece VPL igual a zero.

Os editais de licitação que deram origem às atuais concessões de rodovias federais indicaram a forma em que a proposta de tarifa deveria ser estruturada. Houve variações dessa modelagem de concessão para concessão, entretanto, de forma geral, foi adotado um padrão para o plano econômico-financeiro dividido em três partes: resultado contábil, resultado financeiro e fluxo de caixa do período considerado.

O **resultado contábil** é a projeção da Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) ao longo do período de concessão, ou seja, inclui receitas operacionais, receitas financeiras, outras receitas, tributos (Imposto sobre Serviço (ISS), Programa de Integração Social (PIS), Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e Fomento à Pesquisa), custos operacionais (de manutenção e monitoração e de operação e conservação), seguros, juros de empréstimos (de obras civis e de equipamentos), depreciação (investimentos em obras civis e em equipamentos), imposto de renda e contribuição social sobre o lucro.

Por sua vez, o **resultado financeiro** é composto pelas estimativas das fontes de recursos – geração operacional de caixa (lucro líquido do exercício e depreciação) e empréstimos – e dos usos de recursos – investimentos e amortização de empréstimos.

A diferença entre as fontes e os usos de recursos fornece o **fluxo de caixa do período considerado**.

A partir do fluxo de caixa, conforme descrito, obtém-se a Taxa Interna de Retorno (TIR) do projeto, podendo ser a decorrente do fluxo de caixa não-alavancado ou a do fluxo de caixa alavancado⁴.

O fluxo de caixa a seguir sintetiza a modelagem geralmente adotada para concessões de rodovias federais (proposta pela concessionária baseada no plano econômico-financeiro previsto no edital da proposta de tarifa – fase III da NovaDutra):

Resultado Contábil

1 Receita Bruta = [(1.1) + (1.2) + (1.3) + (1.4)]

1.1 Receitas Operacionais

Pedágio – Somatório das praças

1.2 Outras Receitas Operacionais

Publicidade

Exploração das áreas de serviço

Multas por excesso de peso

1.3 Receitas Financeiras

1.4 Outras

2 Receita Líquida = [(1) - (2.1)]

2.1 Tributos

ISS (5%)

PIS (0,65%)

CONFINS (2%)

Fomento à Pesquisa (0,25%)

3 Lucro Líq. antes do IR e CS = [(2) - (3.1) - (3.2) - (3.3) - (3.4) - (3.5)]

3.1 Custos Operacionais

Manutenção e Monitoração

Operação e Conservação

3.2 Seguros

3.3 Juros Empréstimos – Obras Civis

3.4 Juros Empréstimos – Equipamentos

3.5 Depreciação – Investimentos em Obras Civis e em Equipamentos

4 Imposto sobre o Lucro = [(4.1) + (4.2) + (4.3)]

4.1 Imposto de Renda

4.2 Adicional de Imposto de Renda

4.3 Contribuição Social

5 Lucro Líquido do Exercício = [(3) - (4)]

Resultado Financeiro

1 Fontes = [(1.1) + (1.2)]

1.1 Geração Operacional de Caixa

Lucro Líquido do Exercício

Depreciação

Operação – equipamentos

Obras civis

1.2 Empréstimos

2 Usos = [(2.1) + (2.2)]

2.1 Investimentos

Operação – equipamentos

Obras civis

2.2 Amortização de Empréstimos

3 Fluxo de Caixa do Período = [(1) - (2)]

Taxa de Interna de Retorno do Investimentos – TIR

Não alavancada

Alavancada

Alguns dos editais exigiam somente a apresentação da TIR alavancada, em outros a concessionária apresentou as duas taxas de retorno do investimento. No próximo item apresentar-se-á sobre a alavancagem financeira no fluxo de caixa de rodovias federais e no item posterior discorrer-se-á sobre a TIR.

2.5 A alavancagem financeira nos fluxos de caixa de concessão de rodovia federal

Inicialmente cabe comentar o que seja o fluxo de caixa numa empresa não-alavancada:

Uma empresa não-alavancada não tem dívidas e, portanto, não se obriga a pagamentos de juros e principal. Em compensação, também financia todo desembolso de capital e as necessidades de capital de giro com patrimônio líquido. (DAMODARAN, 1997, p.124)

Já para uma empresa alavancada, o mesmo autor assim leciona:

Uma empresa alavancada necessita, além de realizar todos os dispêndios feitos por uma empresa não-alavancada, gerar fluxos de caixa para cobrir despesas de juros e pagamentos de principal. Uma empresa alavancada, entretanto, também financia parte de seus desembolsos de capital e necessidades de capital de giro com dívida, reduzindo, assim, o investimento em patrimônio líquido necessário. (DAMODARAN, 1997, p.124)

Ressalte-se que, na operação normal de um projeto, financiar todo o investimento por ele requerido com capital próprio, ou seja, com um fluxo de caixa *All Equity Cost of Capital*, é praticamente inviável. Assim, a maioria dos investimentos exige para a sua viabilização uma relação otimizada entre o nível de capital próprio e o da dívida, alcançando, assim, a conveniente alavancagem financeira do empreendimento.

Dessa forma, ao se considerar a parcela de capital de terceiros na composição do capital total de um empreendimento, tem-se o fluxo de caixa na ótica do acionista. Ao se considerar somente a participação de capital próprio, tem-se o fluxo de caixa do projeto. Dessa forma, existem dois fluxos de caixa independentes, portanto, devem ser considerados separadamente: o fluxo de caixa do projeto e o fluxo de caixa do financiamento.

A alavancagem financeira nos fluxos de caixa de concessão de rodovia federal consiste no **procedimento incorreto** de considerar as rubricas relativas ao financiamento, ou seja, ao capital de terceiros – rubrica **Juros Empréstimos** no Resultado Contábil (obras civis e equipamentos) e rubricas **Empréstimos** e **Amortização de Empréstimos** no Resultado Financeiro – no fluxo de caixa do projeto. O fluxo de caixa sem considerar as citadas rubricas (Juros Empréstimos, Empréstimos e Amortização de Empréstimos) é tido como não-alavancado.

O procedimento de inclusão das rubricas de financiamento é dito incorreto porque não encontra respaldo técnico. Existem dois fluxos de caixa **independentes**: fluxo de caixa do projeto e fluxo de caixa do financiamento. O primeiro é descontado à TIR do projeto, ou seja, pela rentabilidade da concessão, e o segundo é descontado pela taxa de juros contratada para o financiamento. Quando se coloca o fluxo de caixa do financiamento dentro do fluxo de caixa da concessão obtém-se um outro fluxo de caixa que não tem respaldo técnico e nem econômico, por conseqüência, a TIR deste fluxo não tem sentido.

Em fluxos de caixa confeccionados dentro dos parâmetros técnicos aceitos pela academia, a influência do endividamento na rentabilidade do investidor decorre exclusivamente da diminuição da despesa do imposto de renda. No entanto, nos fluxos de caixa alavancados de concessão de rodovias, em que se utiliza uma modelagem não aderente à boa técnica, existe outro fator que eleva a rentabilidade do concessionário: diferença entre a taxa de juros do financiamento e a TIR da concessão.

O fluxo de caixa alavancado de rodovia fornece uma TIR maior do que o fluxo de caixa não-alavancado, pois a taxa exigida para financiamento dos investimentos previstos no Programa de Exploração da Rodovia (PER), para capital de terceiros, é menor do que a taxa para capital próprio. Dessa forma, quando se utiliza o fluxo de caixa alavancado em concessões de rodovias, além do aumento da rentabilidade devido às despesas de imposto de renda, a concessionária também consegue aumentar a rentabilidade do projeto mediante a utilização de capital de terceiros. A questão que surge é a seguinte: o parâmetro utilizado para reequilibrar os contratos de concessões de rodovias deve ser a TIR decorrente do fluxo de caixa alavancado ou do fluxo não-alavancado?

228 | Buscar-se-á responder esta questão considerando o fluxo de caixa – mesmo que tecnicamente incorreto – estabelecido nos editais de concessão de rodovias federais em vigor.

O primeiro ponto a ser destacado diz respeito ao fato de que os editais de concessão de serviço público atinentes às rodovias federais exigiram a apresentação do fluxo de caixa com as rubricas de financiamentos, amortizações e taxa de juros, portanto, o fluxo de caixa alavancado, com a indicação da TIR alavancada. No entanto, os respectivos editais e as pertinentes minutas de contrato em nenhum momento determinaram qual deveria ser a TIR utilizada – decorrente do fluxo de caixa alavancado ou do não-alavancado – em revisões para a reposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato desequilibrado.

Esse aspecto é importante porque a escolha por um dos fluxos de caixa – alavancado ou não-alavancado – altera o modo como o poder concedente **deve** acompanhar a execução contratual no que alude à forma de financiamento dos investimentos.

Dos fluxos de caixa de concessão de rodovias federais apresentados à época das licitações constam os valores estimados dos empréstimos a serem tomados pela concessionária a fim de realizar o programa de investimento proposto, bem como os respectivos valores da amortização desses empréstimos. Consta, ainda, do fluxo contábil (que dá origem ao lucro líquido após o imposto de renda) as rubricas relativas aos juros. Todas essas rubricas constam do plano econômico-financeiro apresentado pela concessionária, assim como consta também o programa de investimentos que as citadas rubricas irão suportar.

Qualquer alteração no programa de investimento – alocação ou supressão, antecipação ou postergação de obras ou serviços – é ajustado anualmente no fluxo de caixa da concessão, a fim de refletir o cronograma físico-financeiro, de execução obrigatória,

assumido pela concessionária à época da licitação. Assim, caso a concessionária realize investimento em montante superior ao acordado no certame licitatório, faz-se necessário o pertinente ajuste no fluxo de caixa para refletir esse maior ônus por ela assumido, de forma que, posteriormente, seja possível reequilibrar os encargos com as retribuições pactuadas na concessão, a fim de manter o inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Portanto, assim como ocorre para os investimentos, a utilização do fluxo de caixa alavancado, **nos moldes preconizados nos editais de concessão de rodovias**, exigiria que as rubricas de financiamento, que dão suporte ao programa de investimentos, sejam também ajustadas periodicamente, **em caso de condições mais favoráveis aos usuários**, ou seja, a utilização do fluxo de caixa alavancado (com a TIR alavancada) requer acompanhamento *pari passu*, por parte da Agência Reguladora, quanto ao cumprimento das condições de financiamento: valores de empréstimos, valores das amortizações, taxas de juros contratadas e composição do capital.

Em caso de utilização do fluxo de caixa alavancado, o poder concedente deveria, por exemplo, verificar se a taxa de juros dos empréstimos, contraídos em um determinado ano da concessão, foi a mesma que a concessionária, à época licitante, indicou em sua proposta que deu origem a tarifa a ser cobrada dos usuários. Caso a concessionária viesse a conseguir, durante a execução contratual, uma condição mais favorável, esse **ganho exclusivamente financeiro** deveria ser devolvido aos usuários da rodovia, mediante sua colocação no fluxo de caixa a fim de reequilibrar o contrato de concessão, conseqüentemente, reduzindo o valor do pedágio.

No entanto, o contrário não pode ser aceito, ou seja, caso a concessionária venha, durante a execução contratual, obter condições de financiamento mais desfavoráveis às assumidas na licitação não caberia uma contrapartida no fluxo de caixa, haja vista que não cabe ao poder concedente fazer ingerências quanto à escolha da forma de financiamento dos investimentos da concessão administrada pela empresa privada.

Assim, ela assumiria o risco total por suas operações financeiras. Numa hipótese esdrúxula, caso fosse admitido o repasse da ineficiência financeira da concessionária aos usuários, mediante um aumento da tarifa de pedágio, haveria tanto uma condição ilegal (afrenta à Lei nº 8.987/1995, artigo 6º, §1º – tarifa módica – e artigo 17, *caput* – necessidade de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes), quanto uma burla ao processo licitatório, ou seja: sabedora que durante a execução do contrato de concessão, caso não viesse a conseguir manter as condições de financiamento proposta, ela (a concessionária) seria compensada no fluxo de caixa, é lógico que a então licitante minimizaria as taxas de juros e apresentaria as condições de financiamento de forma bastante favoráveis, a fim de oferecer a menor tarifa, aumentando, dessa forma, a chance de lograr êxito no certame. Durante a execução da concessão, procuraria junto ao poder concedente ajustar suas más projeções, mediante aumento do valor da tarifa. Isso é inconcebível. Assim, surge outra questão: por que a apresentação das condições de financiamento na licitação de concessões de rodovias?

O fluxo de caixa apresentado pelas licitantes à época do certame licitatório é o alavancado, podendo ou não ser exigido a apresentação das TIRs decorrentes do fluxo alavancado ou do não-alavancado. Entretanto, é imprescindível ao poder concedente (nessa etapa, representado pela comissão de licitação) saber se as propostas econômico-financeiras apresentadas pelas licitantes são viáveis e exeqüíveis, ou seja, saber como a futura concessionária pretende financiar os investimentos necessários à prestação do serviço concedido, bem como verificar se a composição do capital da concessionária

(percentagem de capital próprio e percentagem de capital de terceiros) é adequada para o ramo de atividade a qual a empresa pretende operar.

Após entender pela viabilidade do projeto apresentado pela concessionária, não pode o poder concedente obrigar a concessionária a cumprir todo o projeto de financiamento por ela apresentado na licitação, aí incluindo tanto a composição de financiamento (capital próprio e de terceiro) quanto a assunção dos juros projetados, as condições de financiamento e a respectiva amortização destes. Admitir a interferência do poder concedente seria admitir que ele poderia interferir na gestão privada da concessionária. Isso não encontra respaldo legal nem técnico, e por essa razão que a variável que alavanca o fluxo de caixa (taxa de juros contratada) é considerada exógena, ou seja, ela não é do projeto e sim da forma como se deseja financiar o projeto. Ressalte-se que nem a concessionária e nem o poder concedente possuem controle sobre a taxa de juros, que é dada pelo mercado.

Portanto, cabe à concessionária de rodovia federal, **dentro do atual modelo utilizado para o setor**, escolher a melhor forma de financiar os investimentos por ela assumido no Programa de Exploração da Rodovia (PER), ou seja, assumir os riscos de financiamento, próprios da iniciativa privada. Dessa forma, *a priori*, não importa, para fins do fluxo de caixa da concessão e do equilíbrio econômico-financeiro contratual, qual a composição de capital da concessionária durante a execução do contrato (próprio ou de terceiros), qual o montante dos empréstimos, quanto tempo os empréstimos serão amortizados, bem como qual a taxa de juros cobrada pelo ente financeiro. O que importa é a prestação de um serviço adequado e o cumprimento do programa de investimento apresentado na licitação.

230 Por último, deve-se ressaltar que o fluxo de caixa alavancado e não-alavancado é o mesmo quanto a receitas, custos operacionais, investimentos etc.. A diferença está simplesmente na retirada das rubricas de financiamento, amortização e juros do fluxo alavancado, sendo que esta última provoca alteração no valor da despesa com o imposto de renda.

Portanto, apesar de não estar expresso nos editais de licitação dos trechos de rodovias federais já concedidos, não resta dúvida que deve ser utilizado, para as citadas concessões, o fluxo de caixa não-alavancado (com a TIR não-alavancada) para o reequilibrar econômico-financeiramente os contratos desequilibrados.

Em algumas concessões de rodovias federais, o DNER, então representando o poder concedente, aplicou a TIR decorrente do fluxo de caixa não-alavancado (TIR não-alavancada) desde o início da operação da concessão para reequilibrar o contrato. Entretanto, em outras concessões, essa medida somente veio a ser adotada durante a execução contratual, quando a autarquia, mediante ofícios encaminhados às concessionárias que não utilizavam a TIR não-alavancada em seus contratos, recomendou a apresentação do fluxo de caixa atualizado e sem alavancagem financeira.

Observe-se que o DNER **recomendou** a utilização do fluxo de caixa atualizado e sem alavancagem financeira, quando deveria ter **determinado** sua utilização. O Tribunal de Contas da União (TCU), ao analisar a atuação do DNER e da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) no acompanhamento do contrato de concessão administrado pela Concessionária CRT, **recomendou, em deliberação recursal**, que a ANTT promovesse pertinente correção⁵. Tal alteração no pronunciamento do Tribunal deveu-se ao fato de que a Corte de Contas entendeu que, mesmo estando o procedimento de utilização de fluxo de caixa alavancado tecnicamente incorreto, a ANTT deveria decidir sobre a questão

da alavancagem por estar essa decisão no âmbito de sua discricionariedade. Ressalte-se que a Agência não recorreu da primeira decisão do TCU, quando houve determinação, demonstrando, assim, em princípio, sua concordância quanto a esse aspecto.

Portanto, reafirme-se que o parâmetro a ser utilizado para reequilibrar os **atuais** contratos de concessões de rodovias federais deve ser a TIR decorrente do fluxo de caixa não-alavancado, ou seja, a TIR não-alavancada.

2.6 A Taxa Interna de Retorno – TIR nos contratos de concessão de rodovia federal

A Taxa Interna de Retorno (TIR) de um empreendimento, projeto ou negócio, representa a rentabilidade média anual – ou de outro período definido – dos investimentos realizados. Matematicamente, a TIR é a taxa de desconto que anula o Valor Presente Líquido (VPL) do fluxo de caixa do projeto, ou seja, a TIR é a taxa de juros que iguala o fluxo de caixa de “entradas de caixa” com as “saídas de caixa” em um dado instante, usualmente o instante zero. Por isso, a TIR do projeto representa a rentabilidade intrínseca ao mesmo. A representação matemática TIR é dada pela seguinte fórmula:

$$VPL = \sum_{t=0}^n \frac{FC_t}{(1 + TIR)^t} = 0$$

ou

$$FC_0 + \frac{FC_1}{(1 + TIR)} + \frac{FC_2}{(1 + TIR)^2} + \dots + \frac{FC_n}{(1 + TIR)^n} = 0$$

Onde: **VPL** = Valor Presente Líquido; **FC** = fluxo de caixa do período; **t** = ano do fluxo de caixa do período a ser trazido a valor presente; **n** = indicação do período final do fluxo de caixa.

A equação anterior possui uma incógnita, basta resolvê-la para se encontrar a TIR do projeto. Se os fluxos de caixa (FC) fossem constantes, poder-se-ia resolver facilmente essa equação, entretanto, eles geralmente não os são. Dessa forma, pode-se obter a solução da equação por “tentativa e erro” ou utilizando uma calculadora financeira ou, ainda, uma planilha eletrônica, do tipo Excel do Windows Microsoft.

A TIR possui a grande vantagem de ser um indicador calculado apenas com os valores do fluxo de caixa líquido do projeto ou do negócio, não dependendo de nenhuma variável externa, ou seja, não necessita considerar variáveis exógenas ao projeto. O seu cálculo é objetivo, relativamente simples e pode ser realizado por meio de planilhas eletrônicas.

Por essas características, é justificável a utilização da TIR como parâmetro para aferição do equilíbrio econômico-financeiro ou para reequilibrar contratos de concessão de serviço público desequilibrados. Dessa forma, nos contratos em que tal parâmetro é utilizado, como em concessões de rodovias federais, quando o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão é rompido – por exemplo, devido ao acréscimo de investimentos não previstos inicialmente no programa de investimentos do concessionário – há uma alteração da TIR em seu fluxo de caixa. Recalcular o fluxo, variando algum

parâmetro eleito, a fim de retornar-se à TIR inicialmente fixada à época da licitação significa reequilibrar econômico-financeiramente a concessão.

Existem dois problemas atinentes à TIR que devem ser levados em consideração ao escolher esse parâmetro como referência para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro num contrato de concessão de serviço público: a TIR se baseia em uma premissa bastante otimista; e, dependendo do projeto, pode haver mais de uma TIR.

O método da TIR pressupõe implicitamente que a empresa tem a oportunidade de reinvestir os fluxos de caixa líquidos anuais à taxa da TIR (taxa do projeto), ao contrário do que ocorre quando se utiliza o método do VPL, o qual considera que os fluxos de caixa do período considerado (anuais) serão reinvestidos ao custo do capital, ou seja, ao custo de oportunidade (BRIGHAM, 1999). A primeira suposição é bastante otimista, haja vista que dificilmente se encontrará um projeto que ofereça a todo ano um retorno superior ao seu custo de capital, remunerando o investidor ao custo do projeto.

A utilização do método da TIR, conforme já mencionado, apresenta o problema de fornecer, em alguns projetos, várias TIRs como solução da equação que a determina, ou seja, quando são analisados projetos com fluxos de caixa não-convencionais. Brigham (1999, p.390) assim distingue fluxos de caixa convencionais dos ditos não-convencionais:

Um projeto tem fluxos de caixa **convencionais** se uma ou mais saídas de caixa (custos) são seguidas por uma série de entradas de caixa. Se, no entanto, um projeto exige uma grande saída de caixa em algum momento durante ou ao fim de sua vida útil, então o projeto tem fluxos de caixa não-convencionais. Projetos com fluxos de caixa não-convencionais podem apresentar dificuldades singulares quando são avaliados pelo método TIR, sendo que o problema mais comum é a existência de **TIRs múltiplas**.

A ocorrência das TIRs múltiplas advém da própria equação da TIR, que é um polinômio de grau n , ou seja, possui n diferentes raízes ou soluções.

Todas, exceto uma das raízes, são números imaginários, quando os investimentos têm fluxos de caixa convencionais (uma ou mais saídas de caixa seguidas por entradas de caixa), de modo que, no caso convencional, aparece somente um valor da TIR. [As TIRs múltiplas podem ocorrer] quando o projeto apresenta fluxos de caixa não-convencionais (ocorrem fluxos de caixa líquidos negativos em algum ano, depois de iniciado o projeto) (BRIGHAM, 1999, p.390).

A dificuldade consiste em identificar qual é a TIR verdadeira do projeto quando este apresenta TIRs múltiplas.

Nos atuais contratos de concessão de rodovias federais concedidas, esse problema ainda não ocorreu porque os Programas de Investimentos das Rodovias (PERs) exigiam a alocação dos investimentos mais significativos, em termos de custo, no início da concessão, ou seja, nos primeiros anos de operação da rodovia. Assim, durante o restante do período de execução contratual, há previsão de investimentos basicamente para manutenção da capacidade de operação da rodovia, sendo que as saídas de caixa – a qual rubrica os investimentos pertencem – não superam as entradas de caixa, compostas principalmente pelo lucro líquido do exercício.

Deve-se destacar, no entanto, que essa concentração de investimentos no início da concessão implica valores de tarifas de pedágios mais elevados. Uma melhor distribuição

dos investimentos ao longo do período de concessão pode acarretar a ocorrência de TIRs múltiplas. Tal fato pode ser solucionado com a utilização da TIR modificada, conforme se verá no próximo item.

2.7 Outros parâmetros para aferir o equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de rodovias

Existem outros parâmetros, em tese, possíveis de utilização para se aferir ou recompor o equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessões de rodovias. Entre eles, estão a Taxa Interna de Retorno do Investimento Modificada (TIRM), o Valor Presente Líquido (VPL), a Taxa de Desconto, o *Payback* e a Exposição Máxima de Caixa. A seguir, serão apresentadas as principais características de cada um deles.

2.7.1 A TIR modificada - TIRM

A Taxa Interna de Retorno do Investimento Modificada (TIRM) veio aperfeiçoar o cálculo da TIR convencional de forma a evitar principalmente a possibilidade de ocorrência de TIRs múltiplas. O esforço para modificar a TIR justifica-se pela preferência que os gerentes e diretores ainda possuem quanto ao uso da TIR, em relação a outros indicadores de tomada de decisão.

Em resumo, a TIRM é a taxa que iguala o valor presente dos custos (ou saídas negativas do fluxo de caixa) ao valor presente do valor terminal das entradas de caixa. Quando se utiliza a TIRM, há o pressuposto que as entradas de caixa são reinvestidas ao custo de capital.

A idéia da TIRM é que todos os custos do empreendimento (saídas do fluxo de caixa) são incorridos em $t = 0$ (momento inicial), ou seja, trazidos a valor presente para o início do projeto, e que todas as entradas de caixa do empreendimento são levadas, ao custo de capital, para o momento futuro $t = 1$, ou seja, obtém um valor final para as entradas de caixa em um único momento. Dessa forma, o fluxo de caixa apresentará somente dois períodos: "Ano 0", quando todas as saídas de caixa são incorridas, e "Ano 1", quando todas as entradas de caixa são auferidas. A fórmula da TIRM é a seguinte:

VP dos custos = VP do valor futuro das entradas de caixa

$$\sum_{t=0}^n \frac{SC_t}{(1+K)^t} = \frac{\sum_{t=0}^n EC_t (1+K)^{n-1}}{(1+TIRM)^n}$$

ou

$$VP \text{ custos} = \frac{VF}{(1+TIRM)^n}$$

Onde: VP = valor presente; SC = saídas de caixa; EC = entradas de caixa; n = período n; K = taxa de desconto.

As vantagens da TIRM sobre a TIR convencional são de evitar que ocorra TIRs múltiplas e de supor que “os fluxos de caixa de todos os projetos são reinvestidos ao custo de capital, enquanto a TIR regular supõe que os fluxos de caixa de cada projeto dão reinvestidos à própria TIR do projeto” (BRIGHAM, 1999, p.394). Este segundo aspecto é importante, porque é mais correto supor que os reinvestimentos ocorrerão ao custo de capital do que à TIR do projeto.

O método da TIRM assim é resumido por Brigham (1999, p.400):

O **método da TIR modificada (TIRM)** corrige alguns dos problemas da TIR regular. A TIRM envolve o cálculo do valor final (VF) das entradas de caixa capitalizadas ao custo de capital da empresa, para então determinar a taxa de desconto que faz o valor presente do VF se igualar ao valor presente das saídas de caixa.

2.7.2 O Valor Presente Líquido (VPL)

Inicialmente cabe diferenciar Valor Presente Líquido (VPL) de Valor Presente (VP). Tem-se o VPL quando se exige um investimento inicial no ativo. Por sua vez, quando somente se deseja descontar fluxos de caixa futuro, sem que haja investimento inicial no ativo, tem-se o VP.

234

O Valor Presente Líquido é o valor atual do fluxo líquido de caixa do projeto ou do investimento, descontado a uma certa taxa, desde que o fluxo no instante zero seja negativo. Essa taxa está associada a conceitos tais como custo de oportunidade, custo da perda de liquidez, custo do dinheiro ao longo do tempo, risco do negócio, entre outros. De certa forma, é consistente aceitar que a taxa de desconto representa o risco que o investidor percebe quando decide pela aplicação de seus recursos financeiros em um empreendimento, ou seja, o custo de oportunidade de preferir aplicar seu capital no investimento “A” para aplicá-lo no investimento “B”, também viável. Quanto maior é o risco associado ao ativo adquirido, maior será a taxa exigida pelo investidor.

O método do VPL baseia-se nas técnicas de fluxos de caixa descontados (FCD). Para calcular o VPL, inicialmente deve-se encontrar o valor presente de cada fluxo de caixa, incluindo tanto entradas como saídas, descontadas ao custo de capital do projeto. Posteriormente, somam-se esses fluxos de caixa descontados; esta soma é definida como o VPL do projeto (BRIGHAM, 1999, p.381). A fórmula do VPL é a seguinte:

$$VPL = \sum_{t=0}^n \frac{FC_t}{(1+K)^t}$$

Onde: K = Taxa de Desconto e o FC_0 é negativo (investimento)

O VPL pode ser relativo ao fluxo de caixa do capital próprio, sem alavancagem financeira, ou do capital do acionista, considerando o capital como um *mix* entre o capital próprio e o de terceiros. Matematicamente, o VPL significa que, a um determinado custo de oportunidade – taxa de desconto –, o investidor terá recuperado todo o capital investido,

corrigido por este custo de oportunidade, e terá, ainda, como resultado adicional, o valor do próprio VPL.

O método do VPL é largamente utilizado para se tomar decisões de investimentos em ativos⁶, podendo também ser aplicado para se calcular o valor de outorga de uma concessão de serviço público, caso haja investimento inicial. “Um VPL zero significa que os fluxos de caixa do projeto são exatamente suficientes para recuperar o capital investido e proporcionar a taxa de retorno exigida daquele capital” (BRIGHAM, 1999, p.384), ou seja, é a TIR do projeto. No entanto, se um projeto tem um VPL positivo, significa que

ele está gerando mais caixa do que é necessário para o pagamento de sua dívida e para prover o retorno exigido aos acionistas, e esse excesso de caixa reverte unicamente em favor dos acionistas da empresa (BRIGHAM, 1999, p.384).

Portanto, esse excedente do fluxo de caixa descontado, o VPL, é, nos casos de privatização de ativos, o valor mínimo a ser pago pelo ativo e, em se tratando de concessão de serviço público, o valor mínimo de outorga.

Ao se retirar esse excesso de caixa do investidor, seja pelo valor do ativo (privatização) ou pelo valor de outorga (concessão), procura-se remunerar adequadamente o investidor, mediante o custo de oportunidade apropriado para o negócio.

Nos contratos de concessão de rodovias federais concedidas, o fluxo de caixa foi elaborado de forma que o VPL, entenda excesso de caixa ou de remuneração, fosse incorporado ao fluxo de caixa do projeto, aumentando, assim, a TIR do projeto⁷. Dessa forma, é comum observar que enquanto as propostas financeiras das concessionárias vencedoras dos certames licitatórios apresentavam um VPL para o fluxo de caixa de 12 % a.a.(taxa arbitrada), o mesmo fluxo de caixa apresentava uma TIR não-alavancada que varia, de concessão para concessão, entre, aproximadamente, 15% a.a. a 24% a.a.. As TIRs alavancadas são ainda maiores.

Como já comentado, o VP é usualmente aplicado para valorar ativos e o VPL para decisão de investimentos, podendo também ser utilizado para calcular valores de outorgas de serviços públicos, desde que haja investimento inicial. No entanto, a utilização do método de VPL como parâmetro de referência para o equilíbrio econômico-financeiro da concessão apresenta duas dificuldades: a percepção dos investidores quanto ao Valor Presente Líquido (VPL) ao longo da execução de um contrato de longo prazo não é patente, haja vista que o custo de oportunidade varia ao longo do tempo; a utilização do método de VPL pressupõe uma concessão com valor de outorga, que é o próprio VPL, caso não se cubra o valor de outorga do futuro concessionário, estaria se transferindo a este o excesso de receita gerada pela concessão, o que é inadmissível e insustentável face à busca da modicidade tarifária.

Por outro lado, o VPL depende da taxa de juros escolhida para descontar o fluxo de caixa do projeto, sendo que esta possui uma série de qualidades que lhe habilita substituir a TIR como indicador do equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

A Taxa de Desconto

A taxa de desconto, ao contrário da TIR, possui uma metodologia de cálculo que busca refletir o custo de oportunidade e os riscos do negócio. Ela representa o custo de capital, ou seja, a rentabilidade do investimento alternativo de igual risco.

Para o cálculo da taxa de desconto, a metodologia internacionalmente mais adotada e consagrada é o Custo Médio Ponderado de Capital (*Weighted Average Cost of Capital* – **WACC**). A utilização dessa metodologia requer a inclusão dos efeitos do imposto de renda.

O método do **WACC** busca proporcionar aos investidores um retorno igual ao que seria obtido sobre quaisquer outros investimentos com características de risco semelhantes ou comparáveis. Esse método baseia-se em cálculos estatísticos, tendo como principal insumo os registros dos preços de títulos e os valores mobiliários negociados nas bolsas de valores. O método considera como premissa básica que não há imperfeições no mercado de capitais e que as decisões de investir, portanto, são baseadas na taxa de juros determinada pelo mercado. Estas são de conhecimento dos atores do mercado a qualquer momento.

No Brasil, no entanto, o mercado mobiliário ainda não transmite confiabilidade suficiente para se poder utilizar apenas os dados nacionais. Dessa forma, sempre que o projeto requerer a utilização da taxa de desconto, utilizam-se dados oriundos de outros países, principalmente dos Estados Unidos. Quando se procede dessa maneira, é necessário ajustar o resultado obtido com o retorno que os investidores esperam do negócio no Brasil.

A taxa de desconto reflete, assim, o custo de capital associado ao tipo de atividade econômica em que o empreendimento encontra-se inserido, bem como o risco envolvido em se investir no Brasil (Risco País).

236 | A taxa de desconto utilizada para trazer qualquer investimento a valor presente é igual ao custo de capital associado a este investimento, conforme já dito. Por sua vez, o custo de capital representa o retorno esperado por investidores como compensação pelo risco associado a um certo investimento. Esse risco é normalmente composto por duas partes relevantes: Risco do Negócio e Risco Financeiro. O primeiro está associado à incerteza e à volatilidade dos fluxos de caixa envolvidos em um investimento. O segundo representa o risco adicional associado com o financiamento do investimento através de endividamento oneroso. A metodologia de Custo Ponderado de Capital (**WACC**) leva em consideração ambos os riscos, conforme fórmula a seguir:

$$\text{WACC} = \text{Re} * \text{E}/(\text{D} + \text{E}) + \text{Rd} * (1-\text{T}) * (\text{D}/(\text{D} + \text{E}))$$

Onde: **Rd** é o custo médio da dívida; **T** é a taxa de imposto de renda; **D** é o valor de mercado da dívida; **E** é o valor de mercado do patrimônio líquido; **Re** é o custo do patrimônio líquido, ou a remuneração esperada pelos acionistas.

Como as bolsas norte-americanas são mais eficientes, líquidas e maduras do que as demais bolsas do mundo, os principais parâmetros adotados para o cálculo do **WACC** provêm do mercado de ações dos Estados Unidos, ajustando-os, posteriormente, para refletir o risco de um investimento no Brasil, através do Risco País.

A seguir, descrevem-se os procedimentos adotados para determinação dos valores de **Re** (custo do patrimônio líquido) e **Rd** (custo médio da dívida), assim como o índice de capitalização $\text{D}/(\text{D} + \text{E})$.

Custo do Patrimônio Líquido - Re

O Custo do Patrimônio Líquido ou *Cost of Equity* (Re) é determinado pelo método de Modelo de Formação de Preço para Bens de Capital ou CAPM (*Capital Asset Pricing Model*), a partir de quatro componentes principais, representados na fórmula a seguir:

$$Re = Rf + \text{Beta} * (Rm - Rf) + Rp$$

Onde: **Rf** = taxa livre de risco; **Rm** = risco do mercado acionário; **Rp** = Risco País; **Beta** = constante.

Taxa Livre de Risco - Rf

A Taxa Livre de Risco ou *Risk-Free Rate* (Rf) reflete o custo de oportunidade de se investir num mercado considerado sem risco, ou seja, em dólar americano baseado na expectativa de inflação e juros reais. Normalmente a taxa de juros de títulos do tesouro americano é usada como representativo deste valor. O prazo escolhido para esses dados deve ser suficientemente longo para anular ou minimizar as sazonalidades.

Risco Adicional de Capital – (Rm – Rf)

O Risco Adicional de Capital ou *Equity Risk Premium* (Rm - Rf), em teoria, deve refletir a diferença entre o retorno esperado de se investir no mercado de ações (risco diversificável) e o futuro rendimento de títulos do tesouro de longo prazo (investimento sem risco), ou seja, essa “é a taxa de retorno adicional desejada que se deverá obter ao assumir o risco não diversificável associado ao mercado acionário” (PINDICK, 2002, p. 549).

No entanto, dada a incerteza das projeções quanto a futuros rendimentos do mercado de ações, normalmente são usados diferenciais históricos, considerando um período extenso o suficiente para capturar os vários choques e ciclos econômicos por que o mundo passou, anulando-se, assim, as sazonalidades.

Beta - β

O Beta (β) é “uma constante que mede a suscetibilidade do retorno de um ativo às variações do mercado e, portanto, o risco não diversificável do ativo” (PINDICK, 2002, p. 549). Ele representa o coeficiente de correlação entre a variação de um investimento em uma ação, ou em um setor específico, e o retorno médio do mercado de ações. Assim, o **Beta reflete o risco específico da empresa ou do setor.**

O Beta de um ativo é um índice que mede o quanto investir nesse ativo é mais arriscado que investir em outro ativo situado na média do gênero. Matematicamente, é a covariância do retorno esperado do ativo⁸ em relação ao retorno médio do mercado dividido pela variância do retorno médio do mercado. Portanto, o Beta é um número adimensional. Se maior do que 1 (um) significa que o ativo em consideração, ou empresa, é mais arriscado do que a média dos ativos do mesmo gênero. Se menor do que 1 (um), o ativo é tido como de menor risco que a média.

O Beta de um empreendimento pode ser dado pela seguinte fórmula:

$$\beta = \frac{r_i - r_f}{r_m - r_f}$$

ou

$$\beta = \frac{\text{cov}(\overline{r_i}, \overline{r_m})}{\sigma^2 r_m}$$

Onde: r_i = retorno esperado de um determinado ativo; r_f = taxa sem risco; r_m = retorno esperado do mercado acionário.

A equação anterior “demonstra que quanto maior for o Beta do ativo, maior será o retorno esperado desse ativo” (PINDICK, 2002, p. 549).

Na prática, uma forma de se chegar ao Beta de uma empresa consiste em, preliminarmente, fazer a identificação e a seleção das companhias comparáveis do segmento em que a empresa está inserida. Em seguida, determinam-se as correlações de variação das ações dessas empresas com a variação do mercado de ações em um período definido. Obtém-se, assim, o Beta do Patrimônio Líquido (*Equity Beta*) de cada uma das companhias consideradas. Posteriormente, deve-se extrair o fator de alavancagem de cada empresa. A partir de então, calcula-se o fator de risco determinado pelo mercado sobre os riscos operacionais inerentes ao negócio, a fim de se obter o Beta do Ativo (*Asset Beta*). Por último, é calculada a mediana dos Betas do Ativo das companhias em questão.

Risco País - Rp

O Risco País ou *Political Risk Premium* (Rp) representa o risco não-sistemático de um investimento direto em um país. Tais riscos incluem restrições ao repatriamento de capital, nacionalização de empresas, risco regulatório e outros riscos políticos que podem reduzir o valor presente de um investimento. Para se estimar a base do Risco País, utilizam-se, geralmente, parâmetros como o diferencial entre os juros dos títulos de longo prazo, em US\$, do país em questão e o rendimento dos títulos do tesouro americano de prazos similares.

Custo da Dívida - Rd

O Custo da Dívida (Rd) representa o custo atual da dívida de longo prazo de uma empresa. Deve-se utilizar, para valorar a dívida, a moeda do país de origem de coletas de dados, no caso, em dólares norte-americanos.

Índice de Capitalização – D/(D+E)

O Índice de Capitalização ou *Debit to Capitalization Ratio*, matematicamente definido como a dívida total sobre o capital total, reflete a estrutura de capital ideal para a empresa. Esse índice é utilizado para determinar o peso da dívida e do patrimônio no cálculo do **WACC**. Para se chegar à estrutura ideal, é analisada a estrutura de capital de empresas similares.

Observe-se, portanto, que a taxa de desconto procura retratar o custo de oportunidade do empreendimento, considerando, de forma resumida, o retorno esperado quando se investe em um mercado seguro, o risco atinente ao setor a que o empreendimento pertence e o risco do país. Assim, sua aplicação em concessões de serviços públicos – em que a supremacia do interesse público é princípio fundamental –, ao invés da TIR, é bem mais apropriada e justificável. Ressalte-se que, conforme já visto, em concessões de distribuição de energia elétrica, a Aneel utiliza a taxa de desconto⁹ como parâmetro de referência do equilíbrio econômico-financeiro.

2.7.3 O Payback

O *payback* é definido como o tempo estimado para a recuperação do investimento inicial, ou seja, é o tempo necessário para que o valor atual acumulado das entradas de caixa supere o valor atual acumulado das saídas de caixa. Até que isso ocorra, o resultado acumulado do projeto é negativo, o que significa dependência de recursos financeiros, seja do capital próprio seja do capital de terceiros. O *payback* depende da taxa utilizada para descontar o fluxo de caixa (taxa de desconto ou TIR). Matematicamente, o *payback* é o inverso da taxa de desconto do fluxo de caixa.

Segundo Oliveira (2001, p. 39) existem duas possíveis medidas de tempo do *payback*:

o tempo de *payback* simples, que é o tempo no qual a soma dos fluxos de caixa nos períodos subseqüentes ao inicial é suficiente para recuperar os investimentos iniciais, e o tempo de *payback* descontado, que é o tempo no qual os fluxos de caixa nos períodos de tempo subseqüentes ao inicial são suficientes para recuperar o capital inicialmente investido e para pagar os juros devidos sobre esse capital.

Na realidade, as duas medidas de cálculo do *payback* estão estreitamente vinculadas à utilização do fluxo de caixa descontado a valor presente. Assim, o *payback* simples não considera os valores das entradas e saídas de caixa descontadas a valor presente, já o *payback* descontado, como o próprio nome revela, considera essas rubricas descontadas pela taxa de desconto do projeto.

Quanto menor for o tempo de recuperação do investimento, melhor é o projeto para o investidor. No entanto, isso não significa que seja melhor para os usuários, quando o empreendimento for a prestação de um serviço público.

Alguns estudiosos utilizam o *payback* para estimar o prazo da concessão em setores de infra-estrutura, tal como o setor de rodovias. Esse prazo deverá ser suficiente para que a concessionária realize lucro compatível com o volume de recursos empregados no empreendimento. Ainda, alguns defendem que uma boa estimativa para o prazo de concessão seja o triplo do período de *payback*.

Entretanto, o *payback* não é um parâmetro indicado para aferir o equilíbrio econômico-financeiro de uma concessão, pois o “critério do tempo de *payback* para a avaliação de um projeto por si só apresenta uma séria deficiência, qual seja, ele não considera os fluxos de caixa posteriores à recuperação do capital inicial” (OLIVEIRA, 2001, p. 40).

2.7.4 A Exposição Máxima de Caixa

O fluxo de caixa líquido de cada período representa o capital que será disponibilizado para o acionista, no caso de apresentar resultado positivo, ou o capital que lhe será exigido para aportar no empreendimento, quando o resultado do fluxo for negativo.

No caso de concessão de rodovias, os investimentos mais pesados são alocados no início da concessão, ou seja, os fluxos de caixa líquido dos períodos iniciais são negativos, exigindo-se, assim, maior aporte de recursos por parte dos concessionários. Com o decorrer da execução contratual, os saldos dos fluxos de caixa passam a ser positivos e começam a recuperar os investimentos realizados e a remunerar o capital investido. Quando se tem o maior valor negativo do fluxo de caixa acumulado, diz-se que o empreendimento está com a exposição máxima de caixa, ou seja, há o aporte máximo de capital por parte dos acionistas.

Assim, **a Exposição Máxima de Caixa é o valor máximo das necessidades de recursos do empreendimento ao longo do período de exploração.** Ele também não é um indicador que se possa utilizar isoladamente como parâmetro de referência do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato de concessão. No entanto, pode servir para justificar um reequilíbrio do contrato em virtude da ocorrência de eventos imprevisíveis atinentes à financiabilidade do empreendimento.

Esses são, portanto, os principais métodos utilizados para aferir a atratividade de um projeto, bem como analisar a sua viabilidade, permitindo, ainda, a qualquer tempo, verificar se o projeto mantém a rentabilidade original, isto é, se permanece equilibrado econômico-financeiramente, circunstância esta exigida legal e contratualmente nas concessões de rodovias federais, como visto.

240

Discorreu-se neste Capítulo sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias federais, incluindo a legislação aplicada ao setor, a forma em que os institutos de reajuste e revisão extraordinária aparecem nos editais e nos contratos – a revisão periódica não foi prevista nesse modelo – e os riscos assumidos pelos concessionários, com destaque para o risco de tráfego ou de trânsito. Posteriormente, abordou-se aspectos econômicos e financeiros atinentes às concessões do mencionado setor, tais como: fluxo de caixa, alavancagem financeira, Taxa Interna de Retorno (TIR), Taxa Interna de Retorno Modificada (TIRM), Valor Presente Líquido (VPL), taxa de desconto, *payback* e exposição máxima de caixa.

3 O DESEQUILÍBRO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS CONCESSÕES DE RODOVIAS FEDERAIS

Este Capítulo baseou-se, sobretudo, na experiência do Tribunal de Contas da União no controle da regulação dos contratos de concessão de rodovias federais. Tem por objetivo discorrer sobre os principais fatos que vêm causando o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de rodovias federais; fazer breve comentário de como se dá o reajuste tarifário; tratar, inclusive descrevendo as etapas e exemplificando, da revisão extraordinária; e abordar o procedimento específico deste setor denominado de adequação do fluxo de caixa – procedimento que permite reequilibrar o contrato de concessão sem alterar o valor da tarifa de pedágio.

3.1 Os principais fatos de desequilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de rodovias federais

Os principais fatos de desequilíbrio econômico-financeiro verificados pelo TCU¹⁰ no controle da regulação dos contratos de concessão de rodovias federais são os seguintes:

- superfaturamento dos preços de insumos e de investimentos, acarretando valores de pedágio sobrevalorizados quando da alocação de investimentos não previstos inicialmente nos encargos do concessionário¹¹;
- erros nos cálculos de reajustes dos pedágios, principalmente quando da aplicação de resíduos de arredondamento em virtude da data de reajuste não coincidir com a data de autorização do reajuste dada pelo poder concedente;
- exclusão indevida de investimentos acometidos ao concessionário, decorrentes de fluxos de caixa reequilibrados erroneamente;
- valores de multas aplicados à concessionária não revertidos em benefício dos usuários – seja em novos investimentos não previstos no encargo da concessionária ou seja na redução do valor da tarifa de pedágio –, contrariando cláusulas contratuais;
- cálculo de nova tarifa de pedágio – como a finalidade de recompor o equilíbrio econômico-financeiro afetado – em revisões extraordinárias, desconsiderando, nos casos em que no período transcorrido houve mais de uma tarifa vigente, o tempo em que cada uma delas ficou vigente;
- manutenção da receita financeira no fluxo de caixa no valor inicial (valor fixo), sem variar com a receita total prevista, contrariando o disposto nos editais de licitação;
- alocação no fluxo de caixa da concessão de investimentos não previstos originalmente no Programa de Exploração da Rodovia (PER) e que não se traduziam em benefícios diretos para os usuários da rodovia¹²;
- aprovação de investimentos não previstos originalmente nos encargos da concessionária para serem realizados com justificativas infundadas¹³;
- valor da depreciação dos investimentos diferente do valor total dos investimentos realizados;
- erros no cálculo do imposto de renda, principalmente quanto ao adicional desse imposto;
- erros de elaboração do fluxo de caixa não corrigidos à época da licitação, interferindo nos valores de pedágios durante a execução contratual;
- erros na apropriação proporcional dos valores das rubricas que compõem os fluxos de caixa quando da transformação do fluxo de caixa de ano concessão para ano civil;

- não apropriação ou apropriação indevida das receitas acessórias, prejudicando a modicidade tarifária e contrariando a Lei nº 8.987/1995, e os contratos de concessão;
- apropriação indevida, por parte de concessionárias, de ganhos injustificados em virtude de alteração na configuração original das rodovias – criação de cabines avançadas ou de bloqueio, desmembramento de praças de pedágio etc.;
- cobrança indevida do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) sobre o valor de pedágio, haja vista que, à época da irregularidade, não havia lei que autorizasse a incidência desse imposto;
- utilização de recursos, arrecadados indevidamente (ISSQN), em obras já incluídas no encargo original da concessionária;
- utilização de números índices para o reajuste no valor dos pedágios diferentes dos divulgados pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), contrariando os contratos de concessão;
- utilização de parâmetros indevidos para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro afetado¹⁴;
- valores de investimentos incluídos no fluxo de caixa em valores acima dos aprovados pelo poder concedente.

242

Conforme constam dos itens anteriores, esses foram os principais achados que desequilibraram econômico-financeiramente os contratos de concessão de rodovias federais, entretanto, essa lista não é exaustiva. Nos últimos anos, o TCU vem colaborando muito com a regulação no setor de rodovias federais, não só quanto à fiscalização da execução dos contratos de concessão, mas também na fase de outorgas de concessão, como é o caso do acompanhamento da outorga de sete trechos de rodovias lançados em dezembro de 2000¹⁵. Recentemente, o TCU editou instrução normativa específica para fiscalização dos processos de concessão para exploração de rodovias federais, inclusive as rodovias delegadas ou trechos rodoviários delegados pela União ao Estado, ao Distrito Federal, ao município, ou ao consórcio entre eles¹⁶.

3.2 Reajuste de tarifas de pedágio - mecanismo de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro utilizado em concessão de rodovia

Assim como ocorre em outros setores, o reajuste do valor das tarifas de pedágio é a forma primária de se manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão em face da perda do valor da moeda.

No reajuste há alteração no valor da tarifa de pedágio cobrada do usuário, sem, contudo, haver alteração no valor da tarifa básica de pedágio - TBP17, ou seja, naquela tarifa que consta do fluxo de caixa da concessão, sendo utilizada como parâmetro do equilíbrio econômico-financeiro inicial da concessão.

○ Reajuste da tarifa de pedágio já foi tratado no item 6.2.1 (Capítulo anterior), cabendo aqui somente enfatizar que no setor de concessão de rodovias, ao contrário do

que ocorre nos setores de energia elétrica e de telecomunicações¹⁸, o índice de reajuste é vinculado à variação de custos atinentes ao setor, tais como o de terraplanagem, pavimentação, obras de artes especiais e de consultoria. No entanto, a fórmula desse índice não prevê qualquer repasse de ganhos de produtividade aos usuários, mediante a redução no valor da tarifa do serviço público concedido, conforme ocorre no setor de energia.

3.2.1 Revisão extraordinária - mecanismo de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro utilizado em concessão de rodovia

Na regulação de concessão de rodovias federais não há previsão da ocorrência de revisões periódicas. No entanto, as revisões extraordinárias vêm ocorrendo com muita frequência nas concessões em andamento, sobretudo quando a fiscalização da execução dos contratos ficava a cargo do DNER, sendo que em algumas concessões já foi observada a realização de mais de duas revisões anuais. A agência reguladora do setor, a ANTT, alterou essa prática, passando a realizar uma única revisão extraordinária anual, coincidente com a data do reajuste. Dessa forma, evita-se variações no valor do pedágio em períodos extremamente curtos.

Nas revisões extraordinárias busca-se o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Esse restabelecimento vem ocorrendo de forma direta, ou seja, com alteração no valor da tarifa básica de pedágio (TBP), alterando, por consequência, também a tarifa de pedágio cobrada dos usuários. No entanto, o poder concedente autorizou a dilatação do prazo da concessão administrada pela empresa Ecosul (Estado do Rio Grande do Sul) caracterizando, assim, um exemplo de forma indireta de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro – mediante o procedimento de revisão da concessão –, ou seja, sem alteração no valor da tarifa de pedágio. Tendo em vista que não foi prevista, nos editais de licitação, a possibilidade de aporte de recursos públicos para as atuais concessões de rodovias federais em andamento, não vemos como aplicar este mecanismo para essas concessões.

Dessa forma, além do reajuste, o outro mecanismo utilizado em concessões de rodovias para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro de forma direta é a alteração no valor da tarifa de pedágio, o qual será abordado em seguida. Posteriormente, tratar-se-á do caso de prorrogação de concessão.

3.2.2 Alteração no valor da tarifa de pedágio

A alteração no valor da tarifa é um dos principais mecanismos utilizados em contratos de concessão de serviço público para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, não sendo diferente nas concessões de rodovias federais. Como o próprio nome indica, é um mecanismo de forma direta, ou seja, altera-se o valor da tarifa de pedágio cobrada do usuário quando o utiliza.

Assim, em muitos eventos, ocorridos durante a execução contratual das concessões de rodovias federais, caracterizados como álea extraordinária, conforme visto no item 4.4 do Capítulo 4, o ente regulador do setor rodoviário implementou a revisão extraordinária da concessão mediante a alteração no valor da tarifa básica de pedágio, a fim de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro rompido da concessão.

Alguns eventos que vêm dando causa ao desequilíbrio do contrato de concessão de rodovias, cujo reequilíbrio é efetuado mediante a alteração no valor da tarifa de pedágio, são: supressão ou alocação de encargos no programa de investimentos (PER) do concessionário; autorização, dada pelo ente regulador¹⁹, para as concessionárias arrecadarem impostos indevidos (ISSQN), contrariando dispositivos legais; autorização, dada pelo ente regulador, para as concessionárias mitigarem o risco de tráfego assumido por elas na licitação, contrariando dispositivo legal e contratual; autorização, dada pelo ente regulador, para inclusão de investimentos já previstos no encargo original da concessionária (PER); erros matemáticos ou na elaboração e preenchimento das planilhas eletrônicas utilizadas para aferição e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Ressalte-se que essa relação de eventos não é exaustiva.

○ **procedimento prático** da revisão extraordinária, consistente na alteração no valor da tarifa de pedágio, segue, em resumo, as seguintes etapas:

a) o ente regulador, por ação própria ou externa, identifica o evento que causou o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Exemplos:

- a.1) construção de uma passarela não prevista originalmente no encargo da concessionária;
- a.2) arrecadação indevida de imposto não autorizado por lei, durante determinado tempo;

b) o ente regulador aloca o citado evento no fluxo de caixa da concessão, com valor ajustado²⁰ para a época de apresentação da proposta da concessionária no certame licitatório, quando for o caso, causando, assim, alteração no valor da taxa interna de retorno do investimento (TIR). Exemplos:

- b.1) a construção da passarela é orçada pelos valores de insumos, materiais ou serviços apresentados pela concessionária à época do certame licitatório e, posteriormente, esse valor é alocado no fluxo de caixa, diminuindo o valor da TIR, devido ao aumento dos encargos assumidos pela concessionária;
- b.2) a rubrica relativa ao imposto indevido arrecadado é “zerada” no fluxo de caixa a partir da revisão que se implementa e, uma das possibilidades, é considerar a receita auferida com o imposto arrecadado indevidamente na rubrica “outras receitas”. Tal procedimento implicará no aumento do valor da TIR, ou seja, aumento da rentabilidade da concessionária;

c) reequilibra-se o fluxo de caixa da concessão até se obter a TIR original, utilizando a tarifa básica de pedágio como parâmetro de variação;

- c.1) ao reequilibrar o fluxo de caixa, a TIR original é restabelecida concomitantemente com o **aumento** do valor da tarifa básica de pedágio, a fim de se retornar a rentabilidade acordada entre as partes contratualmente;
- c.2) ao reequilibrar o fluxo de caixa, a TIR original é restabelecida concomitantemente com a **diminuição** do valor da tarifa básica de pedágio, a fim de se retornar a rentabilidade acordada entre as partes.

Deve-se ressaltar que muitos dos fatos que ensejaram o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão ocorreram por ação ou omissão do

DNER, enquanto na função de órgão do poder concedente responsável pela fiscalização das concessões de rodovias federais.

Por fim, enfatize-se que concomitante à revisão, com reflexo no valor da tarifa de pedágio, podem ocorrer também alterações no programa de investimentos. Entretanto, esse procedimento está mais afeto à adequação, conforme se verá no item 7.4.

3.2.3 Dilatação do prazo de concessão

Conforme já descrito no Capítulo 4, item 4.5.4, a utilização da dilatação do prazo de concessão como forma de reequilibrar contratos de concessão exigiria a pertinente previsão no edital de licitação, pois, do contrário, estaria se descumprindo o art. 9º da Lei nº 8.987/1995, que estabelece que as regras de revisão deverão estar dispostas nesta Lei e no contrato, bem como o § 2º desse mesmo artigo, entre outros dispositivos da citada Lei de Concessões: “§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro”.

Em 1996, foi celebrado entre a União e o Estado do Rio Grande do Sul convênio de delegação de trechos de rodovias federais para que o citado Estado os incluísse em seu programa de concessão. O convênio foi denunciado e passou para a esfera federal em dezembro de 1999, quando foi celebrado um novo contrato, entre o Ministério dos Transportes e a concessionária Ecosul, sub-rogando o contrato original firmado entre aquele Estado e a mencionada concessionária.

Nesse contrato de sub-rogação consta cláusula prevendo que a Administração Federal poderia renegociar a abrangência do objeto contratado e o prazo de concessão, entre outros dispositivos. Em vista disso, o Ministério dos Transportes prorrogou o prazo dessa concessão de 15 para 25 anos, além de 2,33 anos, correspondentes ao período compreendido entre a celebração do contrato e o início da cobrança de pedágio, a fim de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, tendo em vista o acréscimo de 72 quilômetros no objeto licitado.

O TCU, ao apreciar os citados autos, proferiu o Acórdão TCU nº 825/2004-Plenário, no qual determinou à ANTT que adotasse as providências cabíveis com vistas a verificar a correção da execução contratual e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, tendo em vista, entre outros pontos, a dilatação do prazo da concessão administrada pela Ecosul.

Portanto, ainda, não há apreciação de mérito, no âmbito do TCU, quanto à possibilidade, neste caso em comento, de dilatar o prazo de concessão para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro. No entanto, reafirma-se, conforme consta do item 4.5.4, que essa forma de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, para eventos de desequilíbrio que distam muito do fim da concessão, não é a forma mais indicada, haja vista seu impacto, a valor presente no fluxo de caixa, ser desproporcional ao fato que gerou o desequilíbrio.

3.3 Adequação do fluxo de caixa - Alteração no programa de investimentos

A adequação do fluxo de caixa é o procedimento utilizado em concessões de rodovias federais consistente na alteração do programa de investimentos da concessão

(PER), a fim de restabelecer, de forma indireta, o equilíbrio econômico-financeiro rompido do contrato de concessão, ou seja, sem alterar o valor da tarifa de pedágio.

A adequação dá-se por meio principalmente da **postergação ou da antecipação de investimentos** no fluxo de caixa. Entretanto, pode haver uma supressão ou alocação, total ou parcial, de investimentos ou outro encargo não previsto originalmente em contrato no fluxo de caixa, a fim de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro afetado, sem, contudo, implicar alteração no valor do pedágio.

O fluxo de caixa de concessão de rodovia, conforme detalhado no Capítulo anterior, engloba o fluxo contábil (Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) e o fluxo financeiro, neste incluindo as fontes (entradas de recursos) e os usos de recursos (saídas de recursos). A principal rubrica dos usos de recursos (saída do fluxo financeiro ou aplicação de recursos) é o programa de investimentos.

O programa de investimentos distribui as aplicações de investimentos ao longo do período de execução contratual, a fim de atingir as metas acordadas e a qualidade da prestação do serviço pactuada (serviço adequado).

Dessa forma, alterações tanto no montante de investimento quanto no período de alocação podem reequilibrar um contrato de concessão desbalanceado sem provocar aumento no valor da tarifa do serviço prestado, ou seja, altera-se exclusivamente o programa de investimentos para restabelecer a remuneração pactuada contratualmente entre concessionário e poder concedente.

246 Nas situações em que o contrato está desequilibrado contra o concessionário (diminuição de sua rentabilidade contratual), realiza-se a supressão de investimentos; caso contrário, ou seja, quando há um desequilíbrio a favor do concessionário (aumento da rentabilidade em face da pactuada) acrescentam-se investimentos nos encargos do concessionário a fim de ajustar sua rentabilidade. Esses acréscimos ou supressões de investimentos podem ser parciais ou totais. O importante é que eles sejam o suficiente para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato sem necessitar de ajuste no valor da tarifa de pedágio.

Ressalte-se que esses ajustes podem também ser feitos utilizando outros encargos, desde que não previstos originalmente como obrigação do concessionário, tal como a inclusão de um serviço adicional que o poder concedente entenda pertinente e necessário à prestação do serviço em nível adequado.

Entretanto, a forma de adequação mais utilizada é a postergação ou antecipação de investimentos alocados no fluxo de caixa. Assim, uma antecipação é utilizada quando há aferição de rentabilidade, por parte do concessionário, superior à acordada contratualmente e uma postergação quando a rentabilidade do concessionário encontra-se em patamar inferior à pactuada e não se pretende alterar o valor da tarifa do serviço.

Frise-se que é possível combinar os dois mecanismos (supressão e alocação com postergação e antecipação de investimento) a fim de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, sem alterar o valor do pedágio.

Deve-se, no entanto, destacar que a utilização de tais mecanismos – supressão, alocação, antecipação e postergação de investimento – não pode vir a prejudicar a qualidade do serviço prestado nem impor aos usuários serviços ou investimentos desnecessários, com o objetivo de evitar reduções tarifárias.

Discorreu-se neste Capítulo sobre o desequilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de rodovias federais, destacando-se os principais fatos que causam essa afetação contratual.

4 UMA CRÍTICA AO MODELO ATUAL DE AFERIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM CONTRATOS DE CONCESSÃO DE RODOVIAS FEDERAIS

Este Capítulo tem por objetivo inicialmente relacionar os principais aspectos da regulação econômica advindos da experiência internacional em rodovias pedagiadas, tratada no Capítulo 3. Os pontos relacionados sinalizarão aspectos ou idéias importantes da regulação internacional que merecem ser estudados a fim de verificar a possibilidade de suas aplicações na realidade nacional. Ressalte-se, ainda, que algumas experiências não dizem respeito diretamente ao equilíbrio econômico-financeiro, e sim ao modelo de regulação. No entanto, não há como alterar o modelo tradicional de aferir o equilíbrio econômico-financeiro (modelo estático) sem alterar aspectos do modelo geral de regulação da concessão, tal como a introdução da revisão periódica.

Posteriormente, apresentar-se-á o modelo de equilíbrio econômico-financeiro nos atuais contratos de concessão de rodovias federais como um modelo estático ou tradicional em contraposição com o modelo dinâmico ou moderno. O terceiro ponto a ser abordado neste Capítulo diz respeito às conseqüências da adoção do modelo estático – nas rubricas receitas operacionais, custos e despesas operacionais, imposto de renda, investimentos, financiamentos e remuneração do concessionário – para o equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de rodovias federais. Por fim, apresenta-se uma proposta alternativa para aferição do equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de rodovias federais, com alterações também no modelo de regulação.

247

4.1 Principais aspectos da regulação econômica advindos da experiência internacional em rodovias pedagiadas

Da experiência francesa em rodovias pedagiadas, destacam-se dois mecanismos: a utilização de uma espécie de câmara de compensação, com a intermediação da *Autoroutes de la France* (ADF) (órgão público responsável pela harmonização dos pedágios neste País), cujo objetivo é equalizar os recursos entre as concessionárias; e a utilização de parte da lucratividade em trechos isolados para garantir o equilíbrio da malha explorada pela concessionária.

O primeiro mecanismo pode aliviar pressões de concessionárias, ao auferirem prejuízo momentâneo, por aumento no valor do pedágio, ou seja, pequenas oscilações negativas no resultado da concessão, em determinado período de apuração, poderão ser compensadas pela mencionada câmara. Em princípio, deve-se supor que haverá interesse de outras empresas participantes da câmara em fiscalizar o repasse de recursos para determinada empresa. Não se pode deixar de pensar que também haverá fiscalização por órgãos de controle formalmente incumbidos de tal competência.

O segundo mecanismo possui a função de possibilitar a delegação conjunta de um trecho não lucrativo com outro que possui rentabilidade suficiente para compensar o resultado daquele. Assim, o poder concedente poderá montar lotes de rodovias englobando trechos que isoladamente não apresentariam viabilidade econômico-financeira para exploração pela iniciativa privada.

Da experiência espanhola, extrai-se a forte regulação exercida pelo governo daquele país quanto à origem dos recursos que as concessionárias devem aportar. Na Espanha é exigida uma composição de financiamento, a fim de suportar o programa de investimento, geralmente distribuída da seguinte forma: 10% devem ser cobertos com recursos próprios, até 40% por financiamento interno e pelo menos 50% buscados no mercado externo. Frise-se que essa definição de composição do capital – ou qualquer outra que o governo entenda ser apropriada e tecnicamente justificável – facilita o cálculo da taxa de desconto a ser utilizada em um modelo de regulação econômico-financeira que pudesse remunerar o concessionário pelo custo de oportunidade.

Outro ponto a ser destacado refere-se ao incentivo que as concessionárias de rodovias espanholas obtêm ao buscar financiamentos externos: desconto de 95% com relação aos impostos devidos. Por fim, cita-se a diversificação da composição acionária das concessionárias: 28,8% das ações pertencem ao governo; 21,1% a fundos de pensão; 16,4% a bancos; 21,7% a acionistas diversos; e apenas 12% a empresas construtoras.

Da experiência italiana, destaca-se, também, a obrigação de as concessionárias operarem trechos não lucrativos em conjunto com vias lucrativas, ou sejam, operam uma malha completa. Dessa forma, recursos arrecadados em vias lucrativas são transferidos para cobrir custos e investimentos em vias não lucrativas.

Da experiência Argentina, pode-se extrair várias lições, haja vista que o modelo de regulação nesse país sofreu três grandes ajustes. Inicialmente, destaca-se o sistema proporcional utilizado na cobrança do pedágio, ou seja, o usuário paga proporcionalmente à distância percorrida. O sistema de reajuste da tarifa de pedágio, sistema misto, em que se considera tanto a variação do custo de vida quanto a variação cambial, merece reflexão mais aprofundada quanto a seus elementos. Entendemos ser o sistema misto um mecanismo de reajuste mais completo, no entanto, conforme já se afirmou neste trabalho, pelo menos uma parcela do índice deve refletir as variações dos custos setoriais.

A experiência argentina demonstrou não ser apropriada a cobrança de um valor para outorga do serviço público (lá denominado de *canon*); a vinculação do valor do pedágio ao dólar americano; e a localização de praças de pedágio próximas aos grandes centros urbanos.

Ponto positivo do modelo de regulação na Argentina refere-se ao repasse do risco do projeto de investimento ao concessionário, aí incluindo a discriminação da quantia de recursos e o cronograma dos investimentos. Tal medida desonera o poder concedente de realizar estudos aprofundados e caros, que, em curto prazo, podem tornar-se obsoletos ou mesmo não serem aproveitados pelo futuro concessionário. No entanto, ressalte-se que isso não exime o poder concedente de realizar os estudos econômico-financeiros que demonstrem a viabilidade da concessão e indiquem o valor máximo da tarifa de pedágio a ser aceito no processo licitatório.

Porém, talvez a melhor contribuição que o modelo argentino pôde-nos oferecer diz respeito ao valor da taxa interna de retorno do investimento (TIR), que naquele país situa-

se na faixa de 12,5% a.a. contra os 20% a.a. (valor aproximado) concedidos às nossas concessionárias.

A experiência internacional mais interessante em termos da regulação de rodovias pedagiadas, entretanto, vem do México. O ponto mais importante refere-se às inconsistências e precariedades dos estudos de avaliação econômico-financeira realizados para balizar as concessões de rodovias nesse país. Tais fatos fizeram com que o equilíbrio econômico-financeiro do programa de concessão de rodovias no México decaísse paulatinamente, seja pela subestimação dos custos de investimentos, seja pela superestimação da renda gerada pela operação das novas rodovias, ou seja, estudos de viabilidade de “natureza extremamente preliminar” (OLIVEIRA, 2001, p.15).

Aliado a esse problema, deve-se também citar: as rotas alternativas, isentas de pagamento de pedágio, exigidas pela legislação mexicana; a possibilidade de prorrogação do prazo de concessão se o volume de tráfego, garantido pelo governo, acordado à época da licitação não for alcançado; o modelo de concessão, que previa a **construção** de rodovia, com a amortização do investimento realizado quase exclusivamente mediante o pagamento de tarifa de pedágio. Esta alternativa não se mostra adequada para países em que a população não possui capacidade financeira – pagamento via pedágio – para arcar com a construção de rodovias, cujos investimentos se atrelam ao dólar.

4.2 O modelo “estático” ou tradicional de equilíbrio econômico-financeiro nos atuais contratos de concessão de rodovias federais

O modelo de regulação econômico-financeira dos atuais contratos de concessão de rodovias federais é um modelo estático, ou seja, adota o modelo tradicional. Nele, as rubricas que compõem o fluxo contábil (Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) e o fluxo financeiro (fluxo de caixa, propriamente dito) – tais como receita (projeção de tráfego), custos e despesas operacionais, valores de itens e insumos de composição dos investimentos, legislação do Imposto de Renda, taxa interna de retorno do investimento, entre outras – estão definidas e fixadas em **valores calculados ou orçados** e apresentados à época do processo de licitação. Os valores dessas rubricas não se modificam ao longo da execução contratual, ou seja, o custo operacional, por exemplo, permanece constante durante 20, 25 anos da exploração da rodovia, independentemente dos ganhos de eficiência e produtividade ou, ainda, da mudança do processo de trabalho. O que se altera é a quantidade de alguns dos itens que compõem cada rubrica, conforme se verá no item 8.3. Portanto, tem-se um modelo fictício.

Por sua vez, em um modelo dito dinâmico, ou moderno, as mencionadas rubricas são revisadas e atualizadas periodicamente, em interstício definido contratualmente. Portanto, a primeira conclusão que se extrai do atual modelo de regulação econômico-financeira diz respeito à questão da transparência das “verdadeiras” informações nos contratos de concessão de rodovias federais. Assim, para fins de aferição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, não são utilizados os valores efetivamente despendidos nas diversas rubricas que constam do fluxo de caixa, mas sim os valores orçados pela concessionária à época da licitação.

A fim de retratar a fragilidade da regulação econômico-financeira no setor em apreço, serão analisadas, no item seguinte, as conseqüências da adoção do modelo estático nas principais rubricas que compõem o fluxo de caixa de concessão de rodovia federal.

4.3 As conseqüências da adoção do modelo “estático” ou tradicional para o equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de rodovias federais

Neste item serão analisadas as conseqüências da adoção do modelo estático ou tradicional ou, ainda, fictício nas principais rubricas que compõem o fluxo de caixa, para o equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de rodovias federais.

As **receitas operacionais** (receitas de pedágio) são formadas pelo produto do tráfego estimado pela concessionária à época do certame licitatório e do valor da tarifa de pedágio. Conforme já visto neste trabalho, é atribuído às concessionárias o risco de tráfego ou risco de trânsito. No fluxo de caixa da concessão, o qual é utilizado para aferir e recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a receita operacional é a projetada e não a efetivamente auferida pela concessionária. Tal fato vem corroborar o risco de trânsito assumido pelas concessionárias, entretanto, induz pressões destas sobre o ente regulador, quando verificada situação adversa na demanda. Ressalte-se que a quantidade de veículos pedagiados é informada pela concessionária ao órgão regulador que ainda não possui mecanismos de checagem dessa informação.

Na realidade, geralmente há um descompasso entre o tráfego projetado e o tráfego real, ou pedagiado, portanto, entre as receitas projetadas e as auferidas. Esse descompasso não altera o TIR contratual, entretanto, causa impacto na TIR do acionista. Assim, se o tráfego pedagiado estiver acima do projetado, a rentabilidade do acionista aumenta. Em caso contrário, diminui.

Quando ocorre a primeira situação – elevação da TIR do acionista – dificilmente essa informação chega aos demais atores envolvidos na regulação, a fim de que medidas possam ser implementadas para compensar os usuários da rodovia em virtude do ganho adicional do concessionário, tal como a redução do valor do pedágio. Esse pleito não se concretiza devido à assimetria de informações entre concessionários, poder concedente, ente regulador e usuários. No entanto, quando a rentabilidade dos acionistas (TIR do acionista) encontra-se em situação desfavorável, há forte pleito da concessionária, junto, principalmente, ao ente regulador, no sentido de viabilização de alguma forma de recomposição da matriz de tráfego.

Os mecanismos mais utilizados para recomposição de tráfego são: instalação de cabines de bloqueio (cabines avançadas) em pontos de saída das rodovias, geralmente próximas a alguma praça de pedágio, onde veículos escapam da cobrança de pedágios, como ocorreu na Praça de Viúva Graça, na Rodovia Presidente Dutra, próximo a cidade de Seropédica/RJ; desmembramento de praças de pedágio, com alteração da forma de cobrança, passando da cobrança bidirecional para cobrança unidirecional, conforme ocorreu na Praça de Parateí²¹, na Rodovia Presidente Dutra, no Km 180,8, Estado de São Paulo; e criação de novas praças de pedágio, como ocorreu em Jacareí/SP, na Rodovia Presidente Dutra. Ressalte-se que todas essas situações têm por objetivo a recomposição da matriz de tráfego, a qual foi assumida pela concessionária, à época da licitação, como seu risco e, ainda, dessa matriz foram descontadas as estimativas de tráfego de fuga e de impedância²².

Os **custos** e as **despesas operacionais**, orçados à época da licitação, constam do fluxo de caixa em valores constantes durante todo o período de execução contratual. Não é razoável considerar que essas rubricas não alterarão seus valores por cerca de 20 a 25 anos, pois elas sofrerão efeitos decorrentes de alterações nos processos de trabalho, avanços tecnológicos, aperfeiçoamento industrial, soluções técnicas inovadoras e produtos novos. Dessa forma, um serviço que foi orçado em 1994, cinco anos depois poderá ser

considerado obsoleto, sendo, portanto, suprimido da rotina de trabalho, substituído por outro de menor custo etc.. No entanto, este fato não modificará o valor dessa rubrica alocada no fluxo de caixa, portanto, haverá apropriação de todo esse ganho de produtividade exclusivamente por parte da concessionária, ao contrário do que ocorre no setor elétrico. Ressalte-se que esse procedimento fere o interesse público e a modicidade tarifária, prevista em lei.

A utilização dos custos e das despesas operacionais em valores fixos não altera a TIR contratual, entretanto, faz com que a TIR do acionista quase sempre aumente, ou seja, esta somente não se elevará no caso improvável de os custos e as despesas operacionais da concessão subirem durante a execução contratual, em valores reais trazidos a data base de apresentação da proposta²³. Como tal possibilidade é exceção, pois haverá um forte incentivo econômico para que todos os licitantes superdimensionem os custos quando da apresentação das propostas, esse modelo de regulação econômico-financeira favorece às concessionárias em detrimento ao interesse público.

Outro fato que poderá desequilibrar econômico-financeiramente a concessão, em favor do concessionário, diz respeito à possibilidade de implementação, em médio prazo e durante a execução contratual, de sistema de controle eletrônico das entradas e saídas da rodovia, ou seja, ter-se-ia uma rodovia fechada. Assim, a utilização, por exemplo, de um transmissor em cada veículo e de um receptor nas principais entradas e saídas da rodovia permitiria a redução de custos e de despesas operacionais, sobretudo, aqueles vinculados com o processo de cobrança de pedágios. Caso isso venha a acontecer, caberá necessariamente uma atuação do ente regulador no sentido de não permitir a apropriação desse ganho, decorrente da evolução tecnológica e do aumento da produtividade, exclusivamente para a concessionária. Ademais, essa situação vislumbrada alteraria fortemente o risco de tráfego assumido pela concessionária, necessitando também de uma ação da ANTT.

Ainda em relação aos custos, nos atuais contratos de concessão de rodovias federais em andamento, não há previsão de quem (poder concedente ou concessionária) é responsável pela recuperação do passivo ambiental. Agrava a situação a omissão do poder concedente quanto ao cadastramento e acompanhamento dos eventos que deram origem aos passivos ambientais. Sem essa informação, poderá haver discussões das partes (poder concedente e concessionária) quanto à responsabilidade pela recuperação do passivo. Dessa forma, caso se aceite que determinados passivos foram originários por obras realizadas antes do início da concessão, poderá o usuário ter de arcar com esse ônus.

No que alude ao **imposto de renda**, acontece um fato bastante peculiar. O imposto de renda foi projetado conforme legislação vigente à época da apresentação da proposta no certame licitatório, permanecendo constante durante toda execução contratual, independentemente da alteração da legislação sobre a matéria. No entanto, os demais impostos são atualizados conforme as mudanças nas legislações pertinentes. Assim, passados cerca de oito anos do início da operação das concessões, os fluxos de caixa apresentam uma situação, no mínimo, inconsistente, ou seja, todos os impostos acompanharam a legislação aplicável²⁴, sendo revistos seus valores no fluxo de caixa da concessão, exceto o imposto de renda, que ainda reflete legislação revogada. Tal fato vem corroborar a ficção do atual método de verificação e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro utilizado em contratos de concessão de rodovias federais. Assim, para o imposto de renda aplica-se o modelo tradicional ou estático, já para os demais impostos utiliza-se o modelo dinâmico. Deve-se, no entanto, ressaltar que a manutenção

do imposto de renda no fluxo de caixa, sem variar sua base de cálculo conforme alterações na legislação desse imposto, pode provocar desequilíbrio no contrato de concessão para qualquer uma das partes (concessionária ou usuários) aleatoriamente.

No entanto, nenhuma rubrica que compõe o fluxo de caixa da concessão apresenta maior discrepância do que os **investimentos**. Esses foram projetados conforme necessidade identificada pelo DNER na primeira metade da década de 90, e passaram a constar **como obrigatórios** do programa de exploração (PER) de cada rodovia concedida. A obrigatoriedade abrange a totalidade das obras e investimentos a serem realizados, os momentos em que tais obras e investimentos devem ser realizados (cronograma físico) e os valores dos itens de insumos, orçados pela concessionária à época da licitação, que compõem cada obra ou investimento. Esses preços estarão em vigor durante todo o prazo de concessão, independentemente do valor efetivamente gasto na obra.

O quantitativo dos investimentos²⁵ também foi fixado na licitação, baseado nos estudos implementados pelo DNER. Qualquer alteração dos quantitativos de obras ou investimentos já constantes do PER, seja para mais ou para menos, quando a obra for efetivamente realizada, implicará alteração do fluxo de caixa para os devidos ajustes. Assim, os valores dos investimentos, relativos às obras cujo quantitativo de insumos, serviços, materiais etc. foram modificados, serão revistos proporcionalmente à variação da quantidade de insumos despendida. O valor final, que será ajustado no fluxo de caixa, resultará do produto da quantidade de insumos diminuída ou aumentada, em relação à previsão original, e os preços desses itens de insumos orçados pela concessionária à época da licitação, ou seja, não é o valor de mercado ou o efetivamente gasto na obra ou no investimento.

252

Há, novamente, argumentos para afirmar que modelo de regulação econômico-financeiro estático ou tradicional utilizado nas atuais concessões de rodovias federais desequilibra a concessão em favor das concessionárias, pois todo o ganho decorrente da redução dos custos de insumos – devidos ao avanço tecnológico, aperfeiçoamento industrial, soluções técnicas inovadoras e soluções e produtos novos – e de aprimoramento de processos de trabalho atinentes à realização de obras são apropriados exclusivamente pelas concessionárias.

Há, entretanto, mais um ganho significativo para as concessionárias no que se refere aos investimentos, que ocorre quando elas realizam investimentos não previstos originalmente em contrato ou quando se faz necessário suplementar investimentos já previstos, em termos de quantidade.

As concessionárias contratam empreiteiras ou construtoras para realização de obras previstas no PER e pagam, por estas obras, o preço de mercado – valores geralmente abaixo dos apresentados pela concessionária na licitação corridos pelo índice de reajuste previsto contratualmente²⁶. O preço efetivamente pago pela obra deverá refletir em sua contabilidade empresarial, no entanto, ele não coincide com os valores que serão alocados no fluxo de caixa (valores orçados à época da licitação) a fim de aferir o equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Portanto, há um ganho financeiro para as concessionárias toda vez que se realizam investimentos não previstos no PER ou quando, mesmo realizando investimento já sob o encargo contratual delas, aumentam-se as quantidades das obras a serem realizadas (suplementação).

O mencionado ganho financeiro decorre da realização de investimentos não previstos no PER ou da suplementação de investimentos já constantes do PER, isso faz com que essas aplicações (acréscimos de investimentos) sejam remuneradas pela TIR da

concessão. Essa taxa de retorno do investimento, por ter sido pactuada em um período de incertezas inflacionárias e econômicas para o nosso País (1993 a 1995), tem-se mostrado,, durante cerca de oito anos de execução contratual, sempre maior do que a oferecida em investimentos alternativos ou em outras aplicações disponíveis no mercado. Dessa forma, toda vez que se suplementa os investimentos previstos no PER, ou a concessionária realiza investimentos não previstos originalmente no PER, ocorre, pelo menos, um duplo ganho para os acionistas: a concessionária realiza a obra pelo preço de mercado, sendo ressarcida pelos usuários, mediante o pagamento de pedágio, pelos valores contratualmente ajustados na licitação, quase sempre maiores do que o de mercado; e a remuneração dos investimentos acrescidos ou suplementados pela TIR do projeto é quase sempre maior do que outras opções de aplicações de recursos disponíveis no mercado. Portanto, o modelo de regulação econômico-financeira (modelo estático ou tradicional), no que se refere aos investimentos, incentiva a realização de obras desnecessárias, na maioria das vezes, justificadas como sendo obras de segurança ou conforto para os usuários da rodovia.

Os **financiamentos** e suas respectivas amortizações, assim como os juros, constam do fluxo de caixa (alavancado) da concessão em valores projetados à época da licitação. Eles não são acompanhados pelo ente regulador e, dessa forma, não são atualizados conforme a sua execução, ou seja, trata-se de rubricas estáticas, assim como é o atual modelo de regulação econômico-financeiro do setor de rodovias.

Nessa perspectiva, durante a execução contratual, há um descompasso entre os valores projetados de financiamento, amortização e juros e os valores efetivamente contratados com instituições financeiras. Tal situação incorreta no sentido técnico e econômico – haja vista que o fluxo de caixa financeiro não deveria estar dentro do fluxo de caixa da concessão – tem por conseqüência a alavancagem dos financiamentos, ou seja, estes são contratados em condições de mercado (prazo de amortização, juros etc.), e são remunerados pela TIR contratual, taxa, conforme explicado no penúltimo parágrafo, quase sempre bem maior do que a disponível no mercado. Portanto, só a operação incorreta de alocar condições de financiamentos fictícios no fluxo de caixa proporciona um ganho financeiro que é apropriado exclusivamente pelo concessionário. Tal fato é agravado por não se ajustar os financiamentos durante a execução contratual, conforme valores e condições efetivamente contratadas.

A **taxa de remuneração do concessionário** (TIR) já foi bastante discutida no Capítulo 6 (item 6.6), não cabendo aqui maiores aprofundamentos quanto às deficiências da TIR como parâmetro para aferição do equilíbrio econômico-financeiro de uma concessão ou para reequilibrar contratos de concessão desequilibrados. Nesse modelo estático de concessões de rodovias federais, em que os contratos de concessão fazem alusão à preservação da tarifa básica de pedágio **inicial**, há entendimento, por grande parte dos agentes envolvidos no processo, que a **remuneração inicial** (TIR) também deve ser preservada durante toda a execução contratual – visão tradicionalista. Dessa forma, observa-se que todas as revisões extraordinárias, que buscam reequilibrar o contrato afetado, são ajustadas mediante o retorno da TIR inicial, ou seja, a TIR do contrato.

A TIR dos contratos de concessão de rodovias federais, em razão de permanecer constante durante toda execução contratual, não reflete o custo de oportunidade do negócio ao longo da concessão. Tendo em vista que a TIR de cada contrato de concessão foi fixada quando havia grandes incertezas quanto à situação econômica e ao processo inflacionário futuro do Brasil (1993 a 1995), entre outros, seus valores atuais são altos para a realidade por que o País passa. Essa situação fica clara quando comparamos as TIRs alavancadas²⁷ dos contratos de concessão de rodovias federais, ou delegadas, em andamento – NovaDutra: 26,89% a.a.; Concer: 16,48% a.a.; CRT: 23,3% a.a.; e

Rodonorte: 22% a.a. – com a taxa de desconto calculada para as revisões tarifárias da Cemig e da Eletropaulo, em 2003, de apenas 11,26% a.a.. Ressalte-se que todas essas taxas são reais (acima da inflação), pois os contratos de concessão de serviços públicos possuem o reajuste para recomposição da perda do valor da moeda.

A taxa de desconto da Cemig e da Eletropaulo reflete o custo de oportunidade do negócio de distribuição de energia elétrica no Brasil em 2003. A concessão de rodovias também se enquadra no setor de infra-estrutura no qual essas empresas de distribuição de energia elétrica fazem parte. Observe-se, entretanto, que a taxa aplicada à Cemig e à Eletropaulo é bem inferior às taxas atuais aplicadas às rodovias concedidas. Dessa forma, entende-se ser bastante plausível que um cálculo da taxa de desconto para o setor de concessões de rodovia, atualmente, indicaria uma rentabilidade bem menor do que as atuais auferidas pelas concessionárias. Portanto, constata-se mais um ganho, decorrente desse modelo estático para as concessões de rodovias federais, que é apropriado exclusivamente pelas concessionárias.

4.4 Uma proposta alternativa para aferição do equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de rodovias federais

Conforme já mencionado neste trabalho, o equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessões de rodovias federais é aferido por um parâmetro estático, ou seja, tem-se para este setor o procedimento tradicional de aferição do equilíbrio econômico-financeiro, no qual as **condições inicialmente fixadas**, à época da proposta de licitação, devem permanecer em vigor durante toda a execução do contrato.

254

A opção à modelagem estática, ou tradicional, é a modelagem dinâmica, ou moderna. Nesta, o termo **condições inicialmente fixadas** possui significado mais completo, abrangendo, por exemplo, a variação da rentabilidade oferecida pelo setor concedido (custo de oportunidade do negócio) ao longo da execução contratual, em períodos definidos contratualmente, por exemplo, a cada quatro anos.

A forma dinâmica de aferição do equilíbrio econômico-financeiro de concessão, **que exige também a implementação de revisões periódicas durante a execução contratual**, apresenta uma série de vantagens sobre a forma tradicional, entre elas: remunera – ao longo da concessão e em períodos definidos em contrato – o concessionário pelo custo de oportunidade do negócio concedido e não por uma rentabilidade fixada na licitação para vigor durante a execução contratual (constante), que após alguns anos da outorga do serviço delegado torna-se fictícia; permite transparência dos resultados da concessão e reduz a assimetria de informações, à medida que se busca retratar os dados de forma mais realística; permite o compartilhamento, entre o concessionário e os usuários, de ganhos de produtividade, aperfeiçoamento industrial, avanço tecnológico, produtos novos e alteração nos processos de trabalho; e minimiza a pressão dos concessionários, junto ao poder concedente, quando a concessão momentaneamente passa por situações adversas, haja vista o reduzido prazo para as incertezas quando comparado ao prazo total da concessão.

Dessas vantagens, a primeira e a última relacionadas dizem respeito ao parâmetro a ser utilizado para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. A partir do momento que se fixa uma rentabilidade (TIR) para vigor durante aproximadamente vinte e cinco anos, comete-se grandes injustiças durante a execução contratual – algumas dessas injustiças podem atingir os concessionários, entretanto, a grande maioria prejudica os usuários, sobretudo, quando a rentabilidade contratual é acordada em momentos de incertezas

inflacionárias e econômicas –, principalmente no que se refere à rentabilidade auferida pelo concessionário. Ademais, o modelo tradicional faz com que o concessionário exija, à época da licitação, uma rentabilidade bem superior ao custo de oportunidade do negócio concedido, devido às grandes incertezas associadas a um processo de longo prazo.

Dessa forma, o modelo tradicional, já no início da execução da concessão, exige pagamento de tarifa de pedágio em valores superiores ao exigido se fosse utilizada metodologia que refletisse o custo de capital. Durante a execução contratual, enquanto houver significativa supremacia da TIR sobre o custo de oportunidade não haverá pressão, por parte da concessionária, em busca de mecanismos que lhe possa retornar a rentabilidade contratual. No entanto, caso a rentabilidade contratual da concessionária aproxime da rentabilidade do custo de oportunidade, haverá grandes incentivos para que ela exerça pressão junto ao poder concedente, a fim de “recuperar” uma perda de rentabilidade que efetivamente não ocorreu, haja vista que foi pactuada uma remuneração pela TIR. No limite, caso a TIR passe a apresentar valor abaixo do custo de oportunidade, provavelmente haverá gestão da concessionária junto ao poder concedente alegando quebra do equilíbrio econômico-financeiro, apesar de sua rentabilidade contratual não ser alterada. Se o poder concedente ceder ao pleito da concessionária, ocorrerá elevação da rentabilidade contratual desta às custas de aumento no valor do pedágio, caso o poder concedente não ceda às pressões, a concessionária estará incentivada a entregar a concessão, pois a iniciativa privada busca maximizar seus resultados, não sendo, portanto, aceitável, para um ente privado, investir em um negócio que lhe ofereça retorno menor do que o oferecido em outras alternativas de investimentos disponíveis no mercado.

No entanto, deve-se ressaltar que caso a concessionária aufera rentabilidade acima do custo de oportunidade, como provavelmente esteja ocorrendo nas atuais concessões em andamento, não haverá pressões dos usuários junto ao poder concedente pleiteando a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro afetado, até porque eles não possuem esse dado, pois há grande assimetria de informações entre os atores da regulação e os custos de organização bem distintos.

Assim, uma proposta alternativa para aferição do equilíbrio econômico-financeiro passa necessariamente pela forma de remuneração da concessionária. No entanto, apesar de não ser objeto deste trabalho, far-se-á também necessário promover alterações na regulação da concessão, especificamente para incluir o procedimento de revisão periódica. Frise-se que as propostas de alteração no modelo de regulação serão somente as necessárias para a proposição de alteração da forma de aferição do equilíbrio econômico-financeiro.

4.4.1 Implementação da TIR modificada, com a taxa de desconto, em substituição da TIR tradicional

Conforme visto no Capítulo 6 (item 6.7.1), a TIRM corrige a possibilidade de o fluxo de caixa da concessão apresentar TIRs múltiplas e possibilita a remuneração do investidor pelo custo de capital. No entanto, principalmente quanto à remuneração do concessionário pelo custo de oportunidade do negócio, tal modificação não acarretará os resultados esperados – descritos neste trabalho – se o valor da TIRM (valor da taxa de desconto) não for recalculado periodicamente. Portanto, juntamente com a implantação da TIRM, faz-se necessário a implementação de revisões periódicas na execução contratual. Em resumo, deve-se alterar a forma de aferição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de rodovias federais: da forma tradicional ou estática para a forma moderna ou dinâmica.

O atual modelo de regulação econômico-financeira dos contratos de concessão de rodovias federais – o fluxo de caixa e a TIR tradicional – não permite que haja distribuição dos investimentos ao longo da execução contratual, tendo em vista o aparecimento de fluxos de caixa anuais negativos (alocação de investimentos em valor maior do que as entradas de caixa) durante o período de exploração da rodovia, **sem** a implementação de pertinentes ajustes e modificações adequadas. A alocação de investimentos **sem** tais alterações poderia ocasionar o aparecimento de TIRs múltiplas, dificultando, ou até mesmo impossibilitando, a aferição e a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Existem formas de corrigir esse problema no modelo atualmente utilizado (estático ou tradicional), entretanto, esse estudo está fora do objeto deste trabalho.

Com a utilização da TIRM, para as concessões de rodovias, pode-se haver uma melhor distribuição dos investimentos ao longo do período de execução contratual, pois as inversões de caixa não alterarão o valor da TIRM, portanto, não haverá modificação do parâmetro utilizado para aferição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, ao contrário do que hoje **pode** ocorrer com a TIR tradicional, caso haja distribuição de significativos investimentos ao longo da execução contratual.

Essa melhor distribuição dos investimentos implicará tarifas de pedágio menores para os usuários. Nas concessões atuais, os investimentos são concentrados no período inicial de exploração da rodovia fazendo com que seus impactos, a valor presente, sejam bastante significativos, portanto, elevando o valor do pedágio. Com a implementação da TIRM, poderia se realizar somente os investimentos necessários à prestação de serviço adequado, conforme definido em lei, no início da execução contratual, deixando grande parte dos investimentos para os anos subseqüentes – distribuídos de forma que não prejudiquem a prestação do serviço em nível de qualidade contratado –, quando o próprio retorno do projeto poderia auxiliar na amortização dessas aplicações de recursos. Essa medida traduziria em tarifas mais módicas para os usuários. Ressalte-se que esse ganho decorrente da melhor distribuição de investimentos também poderia ocorrer no atual modelo tradicional, desde que, conforme mencionado no penúltimo parágrafo, haja implementação de pertinentes ajustes e modificações adequadas nesse modelo de regulação.

256

A grande vantagem decorrente da mudança do parâmetro utilizado para aferir e recompor o equilíbrio econômico-financeiro é remunerar o concessionário pelo custo de oportunidade do capital investido, pois quando se utiliza a TIRM há o pressuposto que as entradas de caixa são reinvestidas ao custo de capital ou custo de oportunidade do negócio.

Operacionalmente se teria um fluxo de caixa com dois momentos: momento inicial, em que se concentrariam todas as saídas de caixa; e momento final, no qual todas as entradas de caixa seriam alocadas. Tanto para trazer as saídas de caixa para o momento inicial quanto para levar as entradas de caixa para o momento final, utilizar-se-ia a taxa de desconto que refletisse o custo de oportunidade do negócio, nos termos tratados no Capítulo 6 (item 6.7.3), ou seja, calculada pelo método do Custo Médio Ponderado de Capital (**WACC**). Em resumo, a taxa de desconto reflete o retorno esperado quando se investe em um mercado seguro, o risco atinente ao setor a que o empreendimento pertence e o risco do país.

Por fim, **fixa-se** a TIRM no valor da taxa de desconto calculada (custo de oportunidade do negócio). Dessa forma, a TIRM passa a ser o parâmetro de aferição e

de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. O parâmetro a ser variado passa a ser o valor da tarifa básica de pedágio.

No entanto, conforme dito, se a TIRM permanecer estática, ou seja, constante, durante a execução da concessão, essa alteração nada agrega ao processo. Faz-se, portanto, necessária a implementação de revisões periódicas no contrato de concessão a fim de que se possa ajustar o custo de oportunidade que o negócio “concessão” esteja exigindo, em termos de remuneração, a cada período considerado. Períodos a cada quatro ou 5 cinco anos, conforme utilizado no setor de distribuição de energia elétrica, mostram-se suficientes para a implementação dessa metodologia.

4.4.2 Implementação de alterações necessárias ao modelo de regulação para a utilização da TIRM

A primeira modificação necessária de ser implementada no modelo de regulação das atuais rodovias concedidas diz respeito à **implantação da revisão periódica**, conforme mencionado no item anterior. No entanto, junto à revisão periódica deve-se implementar outras modificações no modelo de regulação que são afetas diretamente à metodologia dinâmica de aferição do equilíbrio econômico-financeiro.

A principal modificação diz respeito aos **custos e despesas operacionais**. Com a revisão periódica e a metodologia dinâmica de aferição do equilíbrio econômico-financeiro, faz-se necessário o compartilhamento, entre o concessionário e os usuários, de ganhos de produtividade, aperfeiçoamento industrial, avanço tecnológico, produtos novos e alterações nos processos de trabalho. Dessa forma, na revisão periódica far-se-ia um balanço a fim de verificar e quantificar os citados ganhos para, posteriormente, repassá-los aos usuários nos reajustes anuais, assim como acontece nas revisões periódicas de distribuição de energia elétrica com o Fator X.

Mesmo com a implantação desse mecanismo, continuaria existindo interesse do concessionário para buscar a melhoria dos seus processos de trabalho e ganhar eficiência na prestação do serviço concedido, haja vista que o ganho de produtividade seria por ele exclusivamente apropriado durante os intervalos das revisões periódicas. O repasse do ganho de produtividade referente a esse período ocorreria nos reajustes subsequentes, considerado o ganho de produtividade identificado no período anterior (Fator X).

Juntamente com o ajuste nos custos e nas despesas operacionais, a fim de implantar o modelo dinâmico de aferição e de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, seriam promovidos ajustes nos valores de insumos e de itens de investimentos, nas bases de incidência dos impostos e também na matriz de tráfego utilizada para calcular a receita operacional. Nesta, por exemplo, poder-se-ia estudar a utilização das bandas de risco de tráfego, dentro da qual qualquer variação não implicaria revisão contratual.

Quanto ao programa de financiamento, uma revisão do modelo poderia sugerir uma forma de acompanhamento que buscasse o compartilhamento dos ganhos financeiros com os usuários. Entretanto, esse estudo encontra-se fora do escopo deste trabalho. Apesar disso, deve-se ressaltar que o poder concedente não pode incluir o projeto “programa de financiamento” (projeto independente) dentro do fluxo de caixa do projeto “concessão”, pois tal procedimento resultaria em uma “TIRM” sem sentido técnico. O programa de financiamento, no entanto, continua sendo de suma importância para que o poder concedente verifique, à época da licitação, como a concessionária pretende

financiar os investimentos necessários para a prestação de um serviço adequado e se a proposta ofertada pelas então licitantes são exeqüíveis. Ademais, nada impede que o poder concedente acompanhe o programa de financiamento durante a execução contratual fora do fluxo de caixa da concessão.

5 CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi retratar a forma de como se dá o equilíbrio econômico-financeiro nos atuais contratos de concessão de rodovias federais. Procurou-se fornecer uma visão jurídica e, sobretudo, prática de como ocorre esse processo atualmente nas concessões deste setor. Talvez essa seja a maior contribuição deste trabalho: interligar os conceitos jurídicos com os procedimentos técnicos e operacionais, a fim de estabelecer um ambiente para reflexão de tão polêmico tema.

No Capítulo 2, tratou-se do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias federais, ressaltando as particularidades desse mecanismo no referido setor. Após relacionar o arcabouço legal que rege as atuais concessões de rodovias federais, apresentou-se a forma de como os editais e contratos de concessão tratam desse tema.

Os editais e contratos de concessão determinam que o parâmetro a ser utilizado para aferição do equilíbrio econômico-financeiro inicial da concessão é a Tarifa Básica de Pedágio, ou seja, é a tarifa constante do fluxo de caixa inicial da concessão, apresentado pela licitante vencedora do certame, sem os impactos dos reajustes tarifários anuais. Essa tarifa deve ser preservada, durante a execução contratual, pelas regras de reajuste e revisão extraordinária, haja vista que no atual modelo não há revisões periódicas.

258

O pedágio será reajustado anualmente por fórmula paramétrica que considera a variação ponderada dos principais componentes de custo do setor: de terraplanagem, de pavimentação, de obras de artes especiais e de serviço de consultoria. Entretanto, a fórmula não permite o compartilhamento de ganhos de produtividade, conforme ocorre em concessões de distribuições de energia elétrica (Fator X).

A revisão extraordinária visa restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos da concessionária e a retribuição dos usuários da rodovia, expressa no valor da Tarifa Básica de Pedágio, com o objetivo de manter o equilíbrio econômico-financeiro da concessão. No item 2.2.2 foram relacionados os eventos que ensejam a revisão extraordinária.

Posteriormente, ressaltou que à concessionária é atribuído, contratualmente, o risco de tráfego. Em vista de haver discrepância entre o tráfego projetado pela concessionária, à época da licitação, e o efetivamente pedagiado, quando se verifica que este é inferior àquele, assumido como risco, as concessionárias procuram mecanismos para recompor a sua matriz de tráfego, tal como a alteração na configuração original da rodovia: criação e desmembramento de praças de pedágio ou criação de cabines de bloqueio.

O fluxo de caixa de concessões de rodovia federal foi detalhado no item 6.4. Ressaltou-se que, apesar de os editais exigirem a apresentação do programa de financiamento, alguns deles somente indicou a apresentação da TIR decorrente do fluxo de caixa alavancado.

A alavancagem financeira dos fluxos de caixa de concessão de rodovia federal consiste no **procedimento incorreto** de considerar as rubricas relativas ao financiamento,

ou seja, ao capital de terceiros – rubrica “**Juros Empréstimos**” no Resultado Contábil (obras civis e equipamentos) e rubricas “**Empréstimos**” e “**Amortização de Empréstimos**” no Resultado Financeiro – no fluxo de caixa do projeto. O fluxo de caixa sem considerar as citadas rubricas (Juros Empréstimos, Empréstimos e Amortização de Empréstimos) é tido como não-alavancado.

Conforme foi abordado no Capítulo 6, o procedimento de inclusão das rubricas de financiamento é dito incorreto porque não encontra respaldo técnico. Ademais, a decisão de como financiar os investimentos cabe à empresa privada incumbida da administração da concessão e não ao poder concedente. Na realidade, existem dois fluxos de caixa **independentes**: fluxo de caixa do projeto e fluxo de caixa do financiamento. O primeiro é descontado à TIR do projeto, ou seja, pela rentabilidade da concessão, e o segundo é descontado pela taxa de juros contratada para o financiamento. Quando se coloca o fluxo de caixa do financiamento dentro do fluxo de caixa da concessão obtém-se um outro fluxo de caixa que não tem respaldo técnico e nem econômico, por conseqüência, a TIR deste fluxo não tem sentido.

Constatou-se que a escolha por um dos fluxos de caixa – alavancado ou não-alavancado – altera o modo como o poder concedente **deve** acompanhar a execução contratual no que alude à forma de financiamento dos investimentos. Assim, numa hipótese esdrúxula dentro do atual modelo de aferição e de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, caso se faça uma opção equivocada pela TIR alavancada, a Agência Reguladora deve acompanhar *pari passu* o cumprimento das condições de financiamento: valores de empréstimos, valores amortizados, taxas de juros contratadas e composição do capital.

Concluiu-se, assim, que o parâmetro a ser utilizado para reequilibrar os **atuais** contratos de concessões de rodovias federais deve ser a TIR decorrente do fluxo de caixa não-alavancado, ou seja, a TIR não-alavancada.

Em seguida, abordou-se a TIR nos contratos de concessão de rodovia federal, inclusive apresentado a fórmula utilizada para seu cálculo. Constatou-se que a TIR pressupõe premissa irreal, quando assume a possibilidade de reinvestir os fluxos de caixa da concessão à taxa do projeto e não ao custo de oportunidade do negócio; acarreta problemas, entre eles, a possibilidade de ocorrências de TIRs múltiplas; e majora o valor do pedágio, ao concentrar os investimentos nos primeiros anos de exploração da rodovia.

Discorreu-se e detalhou-se também sobre outros parâmetros aventados para aferir o equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de rodovias. Entre eles, a TIRM, que veio evitar a possibilidade de ocorrência de TIRs múltiplas e supor que os fluxos de caixa da concessão são reinvestidos ao custo de capital, e não à TIR do projeto (concessão).

Verificou-se que o VPL, apesar de ser largamente utilizado para se tomar decisões de investimentos em ativos, não é o parâmetro indicado para aferição do equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de rodovias, pois a sua utilização implicaria apropriação, por parte exclusiva da concessionária, de todo o excedente de receita gerada pela concessão. Esse método poderia ser utilizado em caso de concessão com valor de outorga, que seria o próprio valor do VPL. No entanto, esse procedimento acarretaria majoração do valor do pedágio.

Realizou-se uma abordagem detalhada da taxa de desconto, a qual, ao contrário da TIR, possui uma metodologia de cálculo que busca refletir o custo de oportunidade

e os riscos do negócio. Ela representa o custo de capital, ou seja, a rentabilidade do investimento alternativo de igual risco. A metodologia internacionalmente mais adotada e consagrada, para o seu cálculo, é o Custo Médio Ponderado de Capital (*Weighted Average Cost of Capital* (**WACC**)).

A taxa de desconto reflete o custo de capital associado ao tipo de atividade econômica que o empreendimento encontra-se inserido, bem como o risco envolvido em se investir no País (“Risco País”).

Para o cálculo da taxa de desconto é necessário determinar os valores do custo do patrimônio líquido – calculado pelo método de Modelo de Formação de Preço para Bens de Capital (CAPM) –, do custo médio da dívida – representa a dívida de longo prazo de uma empresa – e do índice de capitalização – calculado pela razão entre a dívida total e o capital total.

Concluiu-se que a aplicação da taxa de desconto em concessões de serviços públicos – em que a supremacia do interesse público é princípio fundamental –, ao invés da TIR, é bem mais apropriada e justificável.

Por último, finalizando o Capítulo 2, foi retratado o método de *payback* e de exposição máxima de caixa. Quanto ao primeiro, argumentou-se que ele não é parâmetro indicado para aferir o equilíbrio econômico-financeiro de uma concessão, pois o “critério do tempo de *payback* para a avaliação de um projeto por si só apresenta uma séria deficiência, qual seja, ele não considera os fluxos de caixa posteriores à recuperação do capital inicial” (OLIVEIRA, 2001, p. 40). Quanto ao segundo, concluiu-se, também, que ele não é indicador que se possa utilizar isoladamente como parâmetro de referência do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato de concessão, no entanto, pode servir para justificar um reequilíbrio do contrato em virtude da ocorrência de eventos imprevisíveis atinentes à financiabilidade do empreendimento.

O desequilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias federais foi examinado no Capítulo 3. Inicialmente, relacionou, de acordo com a experiência do TCU nas fiscalizações de concessões desse setor, os principais fatos de desequilíbrio ocorridos durante cerca de oito anos de execução contratual. Ressaltou-se que o Tribunal recentemente editou a IN TCU nº 46, de 25 de agosto de 2004, com o objetivo específico de fiscalizar os processos de concessão para exploração de rodovias federais, inclusive as rodovias delegadas ou trechos rodoviários delegados pela União a Estado, ao Distrito Federal, ao município, ou ao consórcio entre eles.

Mencionou-se o processo de reajuste de tarifas no setor rodoviário e detalhou-se como ocorre a revisão extraordinária em concessões de rodovias. Tendo em vista que o principal mecanismo utilizado em revisão extraordinária é a alteração no valor da tarifa de pedágio, entendeu-se pertinente mostrar, na prática e operacionalmente, como ocorre esse procedimento no fluxo de caixa da concessão. Quanto a dilatação do prazo de concessão, enfatizou-se que existe processo nesta Corte tratando de um caso concreto – Concessionária Ecosul –, no entanto, reafirmou-se que essa forma de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, para eventos que distam muito do fim da concessão, não é a forma mais indicada, haja vista seu impacto, a valor presente, ser desproporcional ao fato que gerou o desequilíbrio.

Encerrando o Capítulo 3, abordou-se o procedimento de adequação do fluxo de caixa, que consiste na alteração do programa de investimentos da concessão, a fim de restabelecer, de forma indireta, o equilíbrio econômico-financeiro rompido, ou seja,

sem alterar o valor da tarifa de pedágio. A adequação dá-se principalmente por meio da postergação ou da antecipação de investimento no fluxo de caixa, apesar de se poder também utilizar a combinação destes mecanismos com os de supressão e alocação de investimentos.

Por fim, no Capítulo 4, buscou-se fazer uma crítica ao modelo atual de aferição do equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de rodovias federais, bem como propor uma alternativa para esse modelo. Para tanto, inicialmente, entendeu-se pertinente destacar os principais aspectos da regulação econômica advindos da experiência internacional em rodovia pedagiadas, pois a experiência advinda dos acertos e erros de outros países deve ser estudada por nossos operadores da regulação.

Posteriormente, justificou porque o modelo atual de equilíbrio econômico-financeiro utilizado no setor de rodovias federais é tido como estático ou tradicional, em que as rubricas que compõem o fluxo de contábil (Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) e o fluxo financeiro (fluxo de caixa, propriamente dito) estão definidas e fixadas em **valores calculados ou orçados** e apresentados à época do processo de licitação, não se alterando, assim, durante a execução contratual.

Em seguida, analisou-se e descreveu-se detalhadamente as conseqüências da adoção do modelo estático ou tradicional para o equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de rodovias federais. Constatou-se que esse modelo vem acarretando em todas as rubricas analisadas – receita operacional, custos e despesas operacionais, programa de investimentos, financiamentos –, exceto no imposto de renda, e na taxa de remuneração (TIR) elevação injustificada da rentabilidade do acionista, a qual é exclusivamente apropriada por ele. No caso do imposto de renda, pode ocorrer desequilíbrio no contrato de concessão para qualquer uma das partes (concessionária ou usuários) aleatoriamente.

Após essa análise minuciosa de como a rentabilidade do acionista é alavancada pela adoção do atual modelo de equilíbrio econômico-financeiro, elaborou-se uma proposta alternativa para aferição desse parâmetro em contratos de concessão de rodovias federais.

Em resumo, foi proposta a alteração do atual modelo estático, ou tradicional, de aferição do equilíbrio econômico-financeiro por um modelo dinâmico, ou moderno, em que o termo “**condições inicialmente fixadas**” possui significado mais completo, ou seja, considera-se, entre outras, a variação da rentabilidade oferecida pelo setor concedido (custo de oportunidade do negócio). Portanto, determina-se o custo de oportunidade do negócio quando da elaboração da proposta de licitação e em outros momentos da execução contratual, previamente acordados.

A mudança de metodologia inicia-se pela substituição da TIR tradicional pela TIRM como parâmetro de aferição e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão de rodovias federais. A adoção desse novo procedimento corrige a possibilidade de o fluxo de caixa apresentar TIRs múltiplas, possibilita a remuneração do investidor pelo custo de capital investido e permite melhor distribuição do programa de investimentos durante a execução do contrato, sem que sejam implementados novos ajustes no modelo.

Operacionalmente, as aplicações de recursos (saídas de caixa) são trazidas a valor presente pela taxa de desconto (custo de oportunidade do negócio), calculada pelo método de Custo Médio Ponderado de Capital (**WACC**), e as entradas de caixa são levadas para

o final do prazo de concessão pelo custo de oportunidade do negócio. Posteriormente, fixa-se a TIRM no valor da taxa de desconto calculada e passa-se a utilizar o valor da tarifa básica de pedágio como o parâmetro a ser variado.

A implementação da metodologia dinâmica de aferição do equilíbrio econômico-financeiro exige a implantação de revisões periódicas durante a execução contratual. Com isso, outras alterações no modelo de regulação do setor devem ser realizadas: compartilhamento entre concessionário e usuários de ganho de produtividade, aperfeiçoamento industrial, avanço tecnológico, produtos novos e alterações nos processos de trabalho; ajustes nos valores de insumos e itens de investimentos; atualização das bases de incidência dos impostos; e atualização da matriz de tráfego utilizada para calcular a receita operacional. Quanto a esta última alteração proposta, por exemplo, poder-se-ia estudar a utilização das bandas de risco de tráfego, dentro da qual qualquer variação não implicaria revisão contratual.

Já quanto ao programa de financiamento, a par de se buscar formas de compartilhamento dos ganhos financeiros dos concessionários com os usuários – que não é objeto deste trabalho –, assevera-se que o referido programa não deve ser inserido no fluxo de caixa da concessão, devendo, portanto, ser acompanhado em fluxo de caixa próprio, a fim de não contaminar a TIRM e inviabilizar tecnicamente e economicamente o modelo proposto.

Por fim, sugere-se, para trabalhos futuros, o aprofundamento dos estudos quanto ao modelo de regulação atual das concessões de rodovias federais, haja vista que neste trabalho procurou-se centrar nos aspectos econômico-financeiros. Dessa forma, seria proposto como os custos e as despesas operacionais, o programa de investimentos, os impostos, a receita operacional, entre outros parâmetros dos contratos de concessão desse setor, seriam atualizados ou ajustados nas revisões periódicas, bem como os ganhos de produtividade seriam compartilhados entre concessionário e usuários. No setor de distribuição de energia elétrica, por exemplo, utiliza-se uma empresa modelo de referência com custos otimizados e com o Fator X.

Outro estudo que pode ser realizado diz respeito à verificação dos atuais contratos de concessão de rodovias federais, se estariam equilibrados econômico-financeiramente em virtude de suas rentabilidades (TIRs) permanecerem constantes desde o início da execução contratual. Tal questão justifica-se em decorrência da forte alteração do cenário econômico de nosso País, desde que foram licitados os cinco primeiros lotes de concessão de rodovias federais. Assim, uma TIR por volta de 23% a.a. poderia ser compatível com a perspectiva de risco em 1994 ou 1995 – ambiente com inflação não controlada (Plano Real, à época, era incipiente), incertezas políticas etc.. No entanto, o cálculo do custo de oportunidade atualmente implicaria taxas de rentabilidade bem mais módicas, ou seja, alterariam-se as condições “iniciais” em que foi calculada a rentabilidade das concessões em andamento. Então, pergunta-se: Com a alteração das condições iniciais, não foi quebrado o equilíbrio econômico-financeiro inicial dos contratos de concessão? A fim de responder esta questão, deve-se aprofundar tanto na doutrina administrativista quanto nos aspectos econômico-financeiros dos atuais contratos de concessão.

Por fim, vale ressaltar que este trabalho consiste em **parte** da monografia – seleção dos principais capítulos – apresentada, em outubro de 2004, à Comissão de Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Controle Externo (PGCE) do Instituto Serzedello Corrêa do Tribunal de Contas da União, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Controle Externo, Área Regulação de Serviços Públicos Concedidos. Assim, caso o leitor deseje ler a íntegra da monografia, deverá acessar o sítio do TCU na **internet**, no

seguinte endereço: <<http://www2.tcu.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/TCU/PUBLICACOES/LISTAPUBLICACOES/PGCE/EQUI.PDF>>.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL). *Contrato de Concessão n.º 003/97 – CEMIG – ÁREA SUL*. Brasília, 1997. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=43>>. Acesso em: 8 out. 2007.

_____. Superintendência de Regulação Econômica. *Nota Técnica n.º 030/2003-SRE/ANEEL*. Brasília, 2003. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Nota_tecnica_revisao_tarifaria_Paulo_Pedrosa_17jan03.pdf>. Acesso em: 8 out. 2007.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). *Histórico sobre concessões rodoviárias*. [S.l.: s.n., 20-]. Disponível em: <<http://www.antt.gov.br/concessao/rod/apresentacaorod.asp>>. Acesso em: 8 out. 2007.

AZEVEDO, Eurico de A.; ALENCAR, Maria Lúcia de A. *Concessão de serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 8 out. 2007.

_____. *Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 8 out. 2007.

_____. *Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175, da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, 1995. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 8 out. 2007.

_____. *Lei n.º 9.074, de 7 de julho de 1995*. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Brasília, 1995. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm>. Acesso em: 8 out. 2007.

_____. Ministério dos Transportes. Departamento Nacional de Estradas de Rodagem. *Concorrência para concessão da exploração da Rodovia Presidente Dutra, BR 116/Rio de Janeiro-São Paulo - Edital n.º 0291/93-00*. Brasília: Ministério dos Transportes, DNER, 1993.

_____. Ministério dos Transportes. Departamento Nacional de Estradas de Rodagem. *Contrato de concessão de serviço público precedida de obra pública entre a União, por intermédio do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER e da Concessionária Rio-Teresópolis S.A.* Brasília: DNER, Procuradoria Geral, 1996.

_____. _____. _____. *Edital de Propostas de Tarifa n.º 0293/93-00 (Fase III): concorrência para concessão da exploração da Rodovia BR-116/RJ, trecho Além Paraíba – Teresópolis – Entrada da BR – 040*. Brasília: Ministério dos Transportes, DNER, 1993.

BRIGHAM, Eugene F.; HOUSTON, Joel F. *Fundamentos da moderna administração financeira*. Tradução de Maria Imilda da Costa e Silva. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

DAMODARAN, Aswath. *Avaliação de investimentos: ferramentas e técnicas para determinação do valor de qualquer ativo*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das agências reguladoras. In: SEMINÁRIO O CONTROLE EXTERNO DA REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, 2002, Brasília. *O Controle externo na regulação de serviços públicos*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2002. p. 55-65.

_____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

LABORATÓRIO DE SISTEMAS DE TRANSPORTES (LASTRAN). *Avaliação do impacto da implantação de concessões nas rodovias do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: UFRGS, Escola de Engenharia, 1998.

264 | MACHADO, Kal. *Concessões de rodovias: mito e realidade*. 1. ed. São Paulo: Prêmio, 2002.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto Azevedo. *Curso Aspectos Jurídicos da Delegação de Serviços Públicos* [notas de aula]. Brasília, 2003. Curso de Pós-Graduação em Controle Externo.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

OLIVEIRA, Roberto Guena de et al. *A experiência brasileira em concessões de rodovias*. São Paulo: FIPE, 2003. (Livros técnicos).

_____. *Avaliação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias*. São Paulo: FIPE, 2001.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. Tradução Eleutério Prado e Thelma Guimarães. 5. ed. São Paulo: Pearson Brasil, 2002.

SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos de concessão de serviços públicos: equilíbrio econômico-financeiro*. Curitiba: Juruá, 2002.

SCHMITZ, Rutsnei. *Uma contribuição metodológica para avaliação da tarifa de pedágio em rodovias*. 2001. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) – Universidade Federal

de Santa Catarina, Florianópolis, 2001. Disponível em: <<http://teses.eps.ufsc.br/defesa/pdf/1708.pdf>>. Acesso em 9 out. 2007.

NOTAS

- ¹ Concessionária que administra e explora o seguinte trecho: BR-116/RJ, interligando a cidade do Rio de Janeiro a Petrópolis e Além do Paraíba (trecho Além Paraíba – Teresópolis/Entroncamento com a BR-040/RJ).
- ² **TB (reajustada)** = Tarifa Básica reajustada; **TBP** = Tarifa Básica de Pedágio ofertada pela concessionária na licitação; Δ = variação ponderada de determinado índice, desde o mês da data-base até o mês que se procede o reajuste calculado pela Fundação Getúlio Vargas FGV {[índice na data i) – (índice na data zero)] / (índice na data zero)}; **a**, **b**, **c** e **d** referem-se aos pesos dados para cada índice, que pode variar de concessão para concessão e dentro do período de execução contratual.
- ³ TC 014.824/2000-8, Decisão TCU Plenário nº 337/2001 e Decisão TCU Plenário nº 1.648/2002 (em recurso); TC-003.474/1999-2, Decisão TCU Plenário nº 228/1999 e Decisão TCU Plenário nº 634/2000; e TC-014.088/2001-0, Decisão TCU Plenário nº 1.654/2002 (em recurso).
- ⁴ A TIR e a alavancagem financeira serão abordadas nos itens seguintes.
- ⁵ Acórdão nº 988/2004 – TCU – Plenário, proferido nos autos do TC 006.931/2002-0, em 21 de julho de 2004.
- ⁶ O VP, e não o VPL, foi utilizado para se calcular os valores dos ativos privatizados no Brasil, em conformidade com o exigido pela Lei nº 9.491/1997, que revogou a Lei nº 8.031/1990, Lei do Programa Nacional de Desestatização (PND).
- ⁷ Os fluxos de caixa das concessões de rodovias federais apresentam uma taxa de desconto arbitrada de 12% a.a.
- ⁸ Para empreendimentos futuros, em vez de se considerar o retorno esperado do ativo, geralmente utiliza-se o retorno médio esperado do setor a que o ativo pertence.
- ⁹ Na Aneel, denominada de taxa de retorno, nas revisões periódicas.
- ¹⁰ O TCU vem acompanhando a atuação do poder concedente (DNER, antes de sua extinção, e ANTT, após a Lei nº 10.233/2001) na regulação dos contratos de concessão de rodovias federais. Em janeiro de 2001 foi criado, no âmbito dessa Corte de Contas, um projeto para acompanhamento de concessões de rodovias, o qual possuía como um dos objetos a fiscalização da execução contratual (principalmente aspectos econômico-financeiros) dos contratos de concessão administrados pelas concessionárias federais e da Rodonorte, concessionária de rodovia federal delegada ao Estado do Paraná.
- ¹¹ A Rodonorte, Concessionária de Rodovias Integradas S.A, administradora de trecho rodoviário federal delegado ao Estado do Paraná e posteriormente a ela concedido para explorar mediante a cobrança de pedágios, apresentou, à época da licitação, programa de investimento superfaturado em cerca de 38%. Apesar de não influenciar o valor da tarifa de pedágio inicial, haja vista que essa foi fixada no edital de licitação, o superfaturamento imputava maior ônus aos usuários do que o devido quando do acréscimo de novos investimentos ou ampliação dos investimentos contratados na licitação. O TCU, diante dessa situação de prejuízo ao interesse público, mediante a Decisão n.º 1502/2002 – Plenário, de 6 de novembro de 2002, determinou ao poder concedente que em revisões do contrato de concessão com o objetivo de crescer novos investimentos, não previstos no encargo original da concessionária, utilizasse os preços constantes das tabelas do DER/PR (Siscusto) e não aqueles indicados na proposta da concessionária, que estavam superfaturados.
- ¹² Caso da recuperação da BR-465 pela NovaDutra, na região de Seropédica/RJ, e caso em que a NovaDutra realizou obras dentro da cidade de Jacareí/SP, repassando os custos para os usuários da rodovia.
- ¹³ Caso do desmembramento da Praça de Pedágio de Parateí, pela NovaDutra, alegando não ser possível a ampliação da praça no local de origem.
- ¹⁴ Utilização da TIR alavancada; utilização em certo período da TIR alavancada e em outro da TIR desalavancada.

- ¹⁵ Decisões TCU n.ºs 586 e 587, ambas proferidas pelo Plenário em 22 de agosto de 2001, nos autos dos processos n.ºs 016.243/2000-0, 016.244/2000-7, 016.245/2000-4, 016.246/2000-1, 016.248/2000-6, 016.249/2000-3 e 016.250/2000-4.
- ¹⁶ Instrução Normativa TCU n.º 46, de 25 de agosto de 2004, acessível no sítio: <www.tcu.gov.br>.
- ¹⁷ A TBP tem seu valor fixado à época da licitação e somente varia em virtude da revisão tarifária. É sobre ela que incide o índice de reajuste, a fim de se obter a tarifa a ser cobrada dos usuários.
- ¹⁸ O índice de reajuste para o setor elétrico é o IGP-M e para o setor de telecomunicações é o IGP-DI.
- ¹⁹ Ente regulador deve ser entendido como o órgão responsável pela fiscalização das concessões de rodovias federais à época dos fatos, ou seja, o DNER, até que essa incumbência passou para a ANTT. Ressalte-se que a quase totalidade das irregularidades citadas neste trabalho refere-se à atuação do DNER enquanto ente regulador do setor.
- ²⁰ Os contratos de concessão de rodovias prevêem que os valores dos insumos e itens que compõem os investimentos sejam orçados à época de apresentação da proposta da licitante vencedora do certame, independentemente do valor efetivamente gasto por ela para executar a obra.
- ²¹ A Praça de Parateí foi desmembrada em Parateí Sul e Norte, distante cerca de 25 quilômetros uma da outra.
- ²² Fuga diz respeito aos usuários que utilizam a rodovia e, posteriormente, fogem ao pagamento do pedágio utilizando rota alternativa à praça de pedágio. Impedância refere-se ao desestímulo à utilização da rodovia em face à cobrança do pedágio, dessa forma, usuários que percorriam um determinado percurso, por exemplo, cinco vezes por semana, reduzirá a quantidade de viagens para, por exemplo, duas em virtude do pedágio.
- ²³ Os valores serão trazidos a data –base da proposta deflacionando-os pelo índice de reajuste.
- ²⁴ A título de exemplo, pode-se citar a cobrança do ISSQN, o qual, depois de retirado do fluxo de caixa por não ter lei que determinasse a incidência desse imposto no pedágio, passou novamente a incorporar o fluxo de caixa com a edição da Lei Complementar n.º 100/1999.
- ²⁵ Quantitativo de investimento pode ser a construção de uma passarela para pedestre, m² de ponte ou viaduto construído ou alargado, metro linear ou Km de barreira rígida ou defesa metálica construída, m² de construção de postos de serviço de informações ou atendimento aos usuários, Km de acostamento recapeado, Km de via marginal construída, Km de faixas adicionais construídas ou recapeadas, m² de praça de pedágio construída etc.
- ²⁶ Os valores apresentados pela concessionária à época da licitação foram comparados com os pertencentes registros do poder concedente, nos quais estão incluídos o Benefícios e Despesas Indiretas (BDI). Portanto, é provável que os valores assumidos pelas concessionárias também considerem, de alguma forma, o BDI na formação de seus preços.
- ²⁷ A comparação, neste caso, da taxa de desconto tem que ser feita com a TIR alavancada porque esta, assim como aquela, considera os capitais de terceiros.

VALIDADE JURÍDICA DO MODELO REGULATÓRIO PARA AFERIÇÃO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS DE CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ELETRICIDADE NO BRASIL

MARIA DO AMPARO COUTINHO

INTRODUÇÃO

O presente estudo, inserto no âmbito do Direito Administrativo, versa sobre o novo modelo jurídico de regulação econômica, relativo à revisão tarifária periódica dos contratos de concessão dos serviços de distribuição de energia elétrica, implementado, no Brasil, pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), órgão regulador do setor elétrico.

Nosso enfoque principal é a análise do princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, à luz do novo modelo regulatório do setor elétrico. Tal princípio, especialmente no que respeita à intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro, é acolhido sem restrições no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, como veremos no decorrer do trabalho, a revisão tarifária periódica dos contratos de concessão dos serviços de distribuição de energia elétrica impõe uma mudança de paradigma, decorrente da principal atribuição do órgão regulador, representante do Poder Público (concedente), que é a harmonização dos interesses de lucro do concessionário com os interesses dos usuários de receber o serviço adequado a um custo módico. Trata-se de conjugar o princípio da modicidade tarifária, previsto em lei, com a finalidade inerentemente lucrativa do concessionário, tendo como restrição o princípio do equilíbrio econômico-financeiro.

267

O novo modelo regulatório consagra o regime tarifário denominado regime de preços máximos, que visa a trazer para o ambiente monopolista em que atuam as distribuidoras de energia elétrica as condições de concorrência típicas do mercado competitivo, de modo que as empresas sejam eficientes, e que essa eficiência se converta em modicidade tarifária, sob a forma de compartilhamento de ganhos de produtividade com os usuários.

A pergunta a que objetivamos responder é se o modelo de revisão tarifária periódica proposto pela Aneel é juridicamente sustentável, uma vez que rompe com a teoria clássica do princípio do equilíbrio econômico-financeiro, aceita pela doutrina e pela jurisprudência brasileira.

O modelo de revisão tarifária periódica ainda está em construção. A Aneel iniciou a implementação desse modelo nos contratos firmados com as Centrais Elétricas do Espírito Santo S.A. (Escelsa), em 1998 e 2001. Entre 2003 e 2006, a Aneel terá aplicado o modelo de revisão tarifária periódica aos contratos firmados com sessenta e uma¹ concessionárias distribuidoras, o que tem gerado muitas polêmicas, dadas as implicações sobre a rentabilidade das concessionárias e sobre a capacidade de investimento do setor elétrico.

Considerando que, no Brasil, o processo de revisão tarifária periódica é uma novidade em termos de regulação econômica, não tendo ainda sido objeto de exame acurado nem por parte da doutrina nem por parte do Poder Judiciário, entendemos ser extremamente relevante trazer o tema para o centro do debate, tendo em vista as

implicações para os concessionários, como já mencionado, e, sobretudo, para os usuários dos serviços de distribuição de energia elétrica, supostos beneficiários do novo modelo regulatório que se apresenta.

Com vistas a atender ao objetivo a que nos propomos, estruturamos nosso trabalho de forma que, a partir do conceito e das características da concessão de serviços públicos, da legislação pertinente à matéria e do pensamento da doutrina acerca do princípio do equilíbrio econômico-financeiro, possamos apresentar o modelo de revisão tarifária desenvolvido pela Aneel e discutir os aspectos polêmicos daí resultantes.

Além desta Introdução, a segunda parte trata do princípio do equilíbrio econômico-financeiro, com ênfase nas situações que autorizam sua aplicação aos contratos de concessão, tal como acolhido pela tradicional doutrina e jurisprudência.

Apresentamos, na terceira parte, um resumo dos processos de revisão tarifária periódica conduzidos pela Aneel, a fim de propiciar ao leitor conhecer os procedimentos referentes a esse processo.

Na quarta parte, cuidamos do modelo de revisão tarifária periódica implantado pela Aneel, e discutimos os pontos polêmicos concernentes à ruptura de paradigma representada por um nova visão do princípio do equilíbrio econômico-financeiro que exsurge desse modelo.

Enfim, de posse de todos estes subsídios, poderemos concluir acerca da validade jurídica do modelo, especialmente sobre a questão da intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro (quinta parte).

268

Ressaltamos, novamente, que o objeto de nosso estudo é, no Brasil, uma novidade em termos jurídico-econômicos, havendo escassez de bibliografia e inexistência de jurisprudência sobre a questão. Os métodos a serem adotados no processo de revisão tarifária periódica ainda não estão totalmente consolidados. Portanto, tendo em vista tal cenário, não há possibilidade de oferecermos respostas definitivas. Nosso desafio é instigarmos o debate, no que esperamos ser bem-sucedidos, dada a relevância do tema e suas implicações sobre as concessionárias e, principalmente, sobre os usuários dos serviços públicos.

O PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Apresentamos, de forma sintética, a evolução e o significado do princípio do equilíbrio econômico-financeiro, segundo os principais administrativistas brasileiros. Além disso, expomos as situações reconhecidas por nossos doutrinadores como ensejadoras da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, destacando tais situações na Lei nº 8.987/1995.

EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Segundo nos ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, toda a teoria do equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) desenvolveu-se a partir dos contratos de concessão de serviço público, que se constituíram na primeira modalidade de contrato administrativo historicamente existente².

Originalmente, inexistia a idéia de equilíbrio econômico-financeiro. Aplicavam-se à concessão os princípios *pacta sunt servanda* (os contratos devem ser cumpridos) e *lex inter partes* (o contrato é lei entre as partes), oriundos do direito privado; conseqüentemente, era inerente ao contrato de concessão a idéia de que o concessionário executava o serviço em seu próprio nome e por sua conta e risco.

A expressão “por sua conta e risco” tinha um significado bem mais abrangente do que se entende atualmente, pois deveria o concessionário gerir a concessão de serviços públicos como um negócio qualquer, sem dispor de proteção especial em decorrência de estar executando um serviço público.

Ainda segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, esse entendimento, contudo, foi se modificando ao longo do tempo, de modo que, aos poucos, desenvolveu-se a idéia de que o contrato de concessão, por ter por objeto a execução de um serviço público e ter como finalidade atender o interesse geral, deve ser essencialmente mutável e flexível, de modo a assegurar a continuidade na prestação do serviço³.

Destaca a mencionada autora que o primeiro acórdão nesse sentido foi proferido em 1910, pelo Conselho de Estado da França, em que se firmou o entendimento de que deveria haver “**honesto equivalência** entre o que se concede ao concessionário e o que dele se exige”⁴.

A jurisprudência do Conselho de Estado francês foi se aperfeiçoando a partir do mencionado aresto, tendo surgido uma série de teorias, acolhidas por diversos países, inclusive o Brasil, que passaram a defender, em circunstâncias determinadas, a mutabilidade do contrato, especialmente das cláusulas financeiras, com vistas a permitir a continuidade dos serviços prestados. (DI PRIETO,2002)

Como já ressaltamos no primeiro capítulo, a mutabilidade do contrato administrativo é, hoje, uma de suas características essenciais, da qual resulta o direito do contratado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Prova disso é a utilização das teorias do fato do príncipe e do fato da Administração, da teoria da imprevisão, da que reconhece o poder de alteração unilateral do contrato pela Administração, como fundamento para as modificações contratuais.

Referidas teorias foram todas construções jurisprudenciais. A doutrina brasileira adotou as teorias criadas no Direito francês e a nossa jurisprudência incorporou-as⁵. A primeira lei de abrangência geral e nacional que tornou o princípio do equilíbrio econômico-financeiro um direito positivo do concessionário foi o Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, nos termos mais ou menos semelhantes aos que constam da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993⁶.

Relativamente ao fundamento constitucional para a garantia do equilíbrio econômico-financeiro, Maria Sylvia Zanella di Pietro destaca as diferenças entre as disposições da Constituição Federal de 1967 e as da Constituição de 1988. A Constituição de 1967, no art. 167, obrigava o poder concedente a fixar tarifas que assegurassem ao concessionário a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão do serviço e o equilíbrio econômico e financeiro do contrato⁷.

A Constituição de 1988 não contém norma sobre tarifa, remetendo à lei ordinária a tarefa de dispor sobre política tarifária, conforme se observa no art. 175, parágrafo único, inciso III, a seguir transcrito:

Art. 175. [...]

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 – a política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.

Não há, na Lei Maior, nenhuma referência à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Alguns autores entendem que o art. 37, inciso XXI, supre essa lacuna, embora se refira aos contratos de obras, serviços, compras e alienações, que serão contratados mediante cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, “mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei”. Para essa corrente doutrinária, a aplicação do referido dispositivo constitucional às concessões de serviços públicos faz-se por analogia⁸.

Em sede infraconstitucional, conforme se verifica no art. 9º da Lei nº 8.987/1995⁹, não foram estabelecidos critérios de reajuste ou de revisão contratual. Há apenas referência à política tarifária, embora de forma lacunosa. Todavia, constam da Lei de Concessões normas expressas sobre a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

270

PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Os tradicionais doutrinadores do Direito Administrativo oferecem-nos as seguintes definições para equilíbrio econômico-financeiro:

[...] é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá¹⁰.

[...] constitui a relação que se estabelece no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo concessionário e a remuneração que lhe assegura a Administração por via do contrato¹¹.

[...] a relação que as partes estabelecem, inicialmente, no ajuste, entre os encargos do contratante e a retribuição da Administração, para a justa remuneração de seu objetivo¹².

A expressão indica uma espécie de ‘relação’ entre encargos e retribuições gerada para as partes. Significa que os encargos correspondem (equivalem, são iguais) às retribuições. A expressão equilíbrio esclarece que o conjunto dos encargos é a contrapartida do conjunto de retribuições, de molde a caracterizar uma equação¹³.

Toda a doutrina tradicional é pacífica em afirmar a intangibilidade da equação econômico-financeira, como verificamos nos exemplos a seguir:

A equação econômico-financeira é intangível. Vezes a basto têm os autores encarecido este aspecto. Apostilas deste teor podem ser colhidas aos racimos¹⁴.

[...] é a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste. Essa relação encargo-retribuição deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratado não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento¹⁵.

[...] significa a proporção entre os encargos do contratado e a sua remuneração, proporção esta fixada no momento da celebração do contrato; diz respeito às chamadas cláusulas contratuais, terminologia redundante, classicamente usada para designar as cláusulas referentes sobretudo à remuneração do contratado; [...]. O direito ao equilíbrio econômico-financeiro assegura ao particular contratado a manutenção daquela proporção durante toda a vigência do contrato¹⁶.

[...] garantia de que, quaisquer que sejam as alterações advindas de determinações da Administração ou de fatores estranhos à relação jurídica estabelecida, mas que tenham impacto extraordinário sobre ela, fará jus sempre ao restabelecimento da equação financeira inicialmente fixada no contrato¹⁷.

Como se vê nos exemplos transcritos, a relação original estabelecida entre as obrigações assumidas pelo contratante e as compensações econômicas correspondentes não mais poderá ser alterada durante a execução contratual, o que se constitui em princípio regulador do contrato administrativo, segundo toda a doutrina tradicional. Essa intangibilidade abrange apenas os efeitos patrimoniais do contrato.

Conforme ressaltamos anteriormente, o contrato de concessão contém, de um lado, a idéia da supremacia do interesse público; de outro, a idéia de a concessão ser executada por um empresário capitalista que tem como objetivo o lucro. Em consequência dessa dicotomia (interesse público x interesse privado), surge o direito ao equilíbrio econômico-financeiro, estabelecido por ocasião da execução contratual, o que se configura em ponto de distinção entre os contratos administrativos e os contratos comuns de direito privado.

Assim, em princípio, embora a Lei nº 8.987/1995 diga que o concessionário prestará o serviço por sua conta e risco, trata-se de um risco mitigado em decorrência da proteção representada pela garantia do equilíbrio econômico-financeiro. Isso porque há de se conciliar princípios inerentes ao direito privado, quais sejam, o *pacta sunt servanda* (os contratos devem ser cumpridos) e *lex inter partes* (o contrato é lei entre as partes), que estão embutidos na idéia de que o concessionário deve executar a concessão em seu nome e por sua conta e risco, com princípios atinentes ao direito público, abaixo indicados¹⁸, que comportam a idéia de flexibilidade do contrato administrativo, com vistas à adequada prestação do serviço público e ao atingimento dos interesses da coletividade:

- princípio da equidade, que impede que uma das partes experimente locupletamento ilícito em detrimento da outra;
- princípio da razoabilidade, que exige proporção entre o custo e o benefício;
- princípio da continuidade do contrato administrativo, que determina a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro indispensável para assegurar a continuidade do contrato;

- princípio da indisponibilidade do interesse público, pois, se o contrato é necessário para atender a alguma necessidade imperiosa da Administração, a esta incumbe assegurar sua continuidade, recompondo o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Há de se ressaltar também, em vista dos princípios acima referidos, que o princípio do equilíbrio econômico-financeiro abrange os dois lados da relação jurídica, de forma que a Administração está garantida contra eventos que acarretem ganhos extraordinários e imprevisíveis ao concessionário. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “[...] o contratante não pode buscar qualquer proveito econômico adicional excedente ao equilíbrio originalmente tratado – isto é – não previsto que seja auferível em detrimento e às expensas da Administração”¹⁹.

O dever de observância ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro é característica de todos os contratos, regidos por normas de direito público ou privado. Os particulares, contudo, têm liberdade para estabelecer os termos da equivalência, enquanto a Administração deve zelar para que sempre haja correspondência entre o valor do objeto contratual e o valor da contraprestação. Isso porque estão em jogo os interesses dos usuários, que não são parte do contrato, mas que pagam ao concessionário os serviços prestados.

Portanto, é preciso haver equilíbrio entre a obrigação do concessionário e a tarifa a ser paga pelo usuário, sendo o equilíbrio econômico-financeiro, nas palavras de Marçal Justen Filho, “um atributo do contrato administrativo”. Segundo o mesmo autor, a equivalência entre encargos e retribuições precede a celebração do contrato, estabelecendo-se, na verdade, durante o procedimento licitatório, no momento em que é selecionada a proposta vencedora, segundo as condições fixadas no edital. A celebração do contrato de concessão é apenas o aperfeiçoamento da equação econômico-financeira²⁰.

272

A composição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato inclui, além da tarifa, outras fontes de receita previstas no instrumento convocatório e no contrato²¹. Também é possível a outorga de subsídio ao concessionário, desde que haja previsão anterior à concorrência e todos os licitantes tenham acesso²². Uma vez rompido esse equilíbrio, sua recomposição ocorrerá por meio de reajuste e revisão tarifária, alteração de prazo da concessão ou qualquer compensação financeira.

O PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NA LEI Nº 8.987/1995, SEGUNDO INTERPRETAÇÃO DA DOUTRINA TRADICIONAL

Com base no princípio do equilíbrio econômico-financeiro, havendo fatores que causem o desbalanceamento na relação entre encargos e retribuições do concessionário, deve-se recompor a equação. Para isso, utilizam-se dois instrumentos: reajuste e revisão, que, embora na Lei nº 8.987/1995 não recebam tratamento diferenciado, possuem significados distintos.

O reajuste pode ser definido, segundo Luiz Alberto Blanchet, como correspondente “aos acréscimos resultantes das variações dos preços dos insumos necessários à prestação do serviço, verificados dentro da periodicidade prevista no contrato de concessão, calculando-se-o mediante aplicação de fórmula que também deverá estar prevista no mesmo contrato”²³.

Celso Antônio Bandeira de Mello²⁴ destaca:

[...] o reajuste configura hipótese em que a tarifa substancialmente não muda; altera-se, apenas, o preço que a exprime. Como persistem os mesmos fatores inicialmente levados em conta, a tarifa é apenas atualizada, a fim de acompanhar a variação normal do preço dos insumos, sem que lhe agreguem acréscimos, pois não há elementos novos interferentes com ela.

A fórmula do reajuste deve obrigatoriamente constar da minuta de contrato de concessão que integrará o edital. Quanto à revisão, Luiz Alberto Blanchet nos ensina:

A revisão, embora possa derivar-se também de oscilações nos preços dos insumos, não se subordina a uma periodicidade contratualmente prevista, pois ocorre somente quando tal oscilação é imprevisível. A revisão pode também resultar de outros fatores que venham a afetar a equação econômico-financeira do contrato de concessão, tal como ocorre com os demais contratos administrativos, desde que o motivo do desequilíbrio econômico-financeiro seja superveniente à apresentação da proposta, não provocado, imprevisível e inevitável pela parte interessada na revisão, geral e objetiva (de tal natureza que atingiria da mesma forma o contrato qualquer que fosse o concessionário), e gerador de extraordinária onerosidade para uma das partes (eventuais perdas ordinárias não excessivas compensam-se com ganhos que também acabam se verificando no transcorrer da vigência contratual).²⁵

Aludido autor ressalta ainda que o art. 9º da Lei nº 8.987/1995 autoriza a revisão quando outros fatores, além de oscilação inflacionária ou deflacionária nos preços dos insumos, provocam desequilíbrio, tais como: alteração unilateral do contrato por parte do poder concedente (§ 2º), fato do príncipe (§3º) e fato da Administração.

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello²⁶:

[...] na revisão das tarifas, dada a irrupção de encargos excedentes dos originais, a tarifa efetivamente muda, não apenas em sua expressão numérica, mas também na qualificação do próprio valor que lhe deve corresponder para que seja mantido o equilíbrio inicial entre os encargos dantes previstos e a correspondente retribuição.

Isto ocorre, apenas, quando o serviço concedido vier a sofrer o impacto dos fatores supervenientes a serem considerados. Tem lugar, pois, quando sobrevierem eventos, contratualmente previstos ou não, por força dos quais venha a operar-se a ruptura do equilíbrio inicial.

Segundo o mesmo autor, tais fatores são decorrentes de²⁷:

[...] (a) alteração unilateral do contrato (hipótese do art. 9º, §4º); (b) da superveniência de medidas de alcance geral expedidas pelo Poder Público sem relação com sua qualidade de concedente (fato do príncipe [...])e que agravam a equação inicial (como a elevação de tributos a que se refere o §3º do art. 9º), ou (c) ocorrências derivadas de eventos imprevisíveis que convulsionem a economia contratual (teoria da imprevisão e teoria das sujeições imprevistas, [...]).

A definição de reajuste e revisão, bem como a interpretação da Lei nº 8.987/1995, especialmente do art. 9º, sobre os fatores que autorizam o reajuste e a revisão tarifária, são uniformes em todos os autores que escreveram sobre concessão de serviços públicos.

De uma forma ou de outra encontramos esses mesmos conceitos em toda a doutrina, de que são exemplos: Marçal Justen Filho²⁸, Maria Sylvia Zanella di Pietro²⁹, Toshio Mukai³⁰.

Em suma, o Direito brasileiro acolheu a teoria das áleas oriunda do Direito francês, adaptando-a à nossa realidade. Desse modo, a doutrina reconhece o direito à revisão tarifária quando ocorrerem fatos relacionados a áleas administrativas (alteração unilateral do contrato, fato da Administração ou fato do príncipe) e econômica (teoria da imprevisão) que provoquem a ruptura no equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Em se tratando de álea econômica, o desequilíbrio deve ser resultante de fatores imprevisíveis ou de difícil previsão, que causem excessiva onerosidade na prestação dos serviços e aos quais o concessionário não tenha dado causa. Se o concessionário comprova, entretanto, que houve rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o poder concedente não pode se abster de recompor a tarifa do concessionário ou de lhe compensar as perdas por outros meios.

Em vista do exposto, como não poderia deixar de ser, os contratos de concessão de distribuição de energia elétrica contêm cláusula de revisão extraordinária, desencadeada a pedido do concessionário, caso se verifiquem os fatores acima referidos.

REVISÃO TARIFÁRIA PERIÓDICA NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

274

Apresentamos a seguir o processo de revisão tarifária periódica dos contratos de concessão dos serviços de distribuição de energia elétrica. Com vistas a entendermos o significado do modelo de revisão tarifária periódica, convém, preliminarmente, nos determos, de forma sucinta, sobre regulação de serviços públicos, seu conceito e importância.

O mercado de distribuição de energia elétrica compõe-se de sessenta e quatro concessionárias (21 estatais e 43 privadas), espalhadas em todo o Território Nacional. As concessionárias atendem quarenta e sete milhões de unidades consumidoras, das quais 85% são consumidores residenciais³¹.

A partir das experiências realizadas nas Centrais Elétricas do Espírito Santo (Escelsa), em 1998 e em 2001, a Aneel desenvolveu, no âmbito de sua competência regulatória, um modelo de revisão tarifária periódica que está sendo aplicado a todos os contratos de concessão de serviços de distribuição de energia elétrica.

REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Do mesmo modo que há várias definições de serviço público, também há várias conceituações de regulação, segundo os diferentes momentos e sistemas jurídicos que se apresentam.

Pedro Henrique Poli de Figueiredo³² oferece-nos um conceito bastante didático, qual seja,

[...] podemos definir regulação como sendo a atividade desempenhada por pessoa jurídica de direito público consistente no disciplinamento, na regulamentação, na fiscalização e no controle do serviço prestado por outro ente da Administração Pública ou por concessionário, permissionário ou autorizatário do serviço público, à luz dos poderes que lhe tenham sido atribuídos por lei para a busca da adequação daquele serviço, do respeito às regras fixadoras da política tarifária, da harmonização, do equilíbrio e da composição dos interesses envolvidos na prestação deste serviço, bem como da aplicação de penalidades pela inobservância das regras condutoras da sua execução.

A regulação econômica é fundamental para garantir a liberdade de mercado, uma vez que visa preservar a competição econômica, inibindo os monopólios. No setor de distribuição de energia elétrica³³, o monopólio natural³⁴ é uma característica própria da atividade de distribuição. Nessa situação específica, na qual não há campo para a concorrência, é premente a necessidade de regulação econômica.

Segundo Isaac Benjó, objetivo da regulação econômica é³⁵:

[...] buscar garantir os retornos sociais desejáveis quando a competição torna-se inexecutável. A função regulatória é maximizar o benefício resultante das concessões buscando:

- para os concessionários, a garantia de mecanismos adequados e estáveis de definição e formas de reajustes tarifários, assim como a garantia da proteção do capital investido;
- para os consumidores, a proteção contra abusos que a prática do monopólio natural desregulamentado permitiria.

Continua o citado autor³⁶:

O desafio regulatório é criar mecanismos de motivação de lucro, que sejam consistentes com os retornos (*outcome*) pretendidos pelo regulador. A ação eficaz regulatória consiste em estabelecer critérios nos quais o retorno social desejado seja obtido pelo máximo lucro da empresa, de tal forma que esta possa escolher voluntariamente o padrão pretendido pelo regulador.

Segundo destacam Pires e Piccinini (1998), em um regime de monopólio natural, a regulação tarifária é extremamente complexa em razão do elevado grau de assimetria de informações em favor das empresas, o que aumenta os riscos de abusos de poder de monopólio. “Neste ambiente”, prosseguem os autores referidos, “a tarifação enfrenta o desafio de resolver as tensões entre as eficiências alocativa, distributiva e produtiva, além de introduzir mecanismos de indução à eficiência dinâmica”³⁷.

A Aneel, no corpo da Nota Técnica nº 095/2004/SRE/Aneel, de 26 de abril de 2004³⁸, destaca, por sua vez, que “a missão essencial do Regulador de um serviço com características de monopólio natural (como é o caso da distribuição de energia elétrica) é garantir que sejam respeitados os direitos dos clientes cativos e dos prestadores do serviço que atuam com eficiência e prudência”. Ainda nos termos da mencionada Nota Técnica, “são competências e obrigações fundamentais do Regulador, entre outras: i)

determinar quais são as tarifas justas; ii) evitar que se produzam situações de abuso de posição dominante, derivada de situação de monopólio; iii) verificar se os níveis de qualidade do serviço efetivamente recebido pelos consumidores são os estabelecidos na legislação aplicável³⁹.

Importa ressaltar que a regulação pública é atividade administrativa que se enquadra como exercício regular de poder de polícia. Mediante a utilização de poderes regulamentares, pode o órgão regulador exigir a adequação dos serviços prestados. Dada a diversidade de fatores que afetam a exploração dos serviços públicos, é preciso que haja permanente disciplinamento, de modo a se cobrar do concessionário a adaptação a novas técnicas surgidas e às necessidades dos usuários dos serviços públicos.

Em relação à política tarifária, é extremamente relevante o papel do ente regulador, pois a ele cabe a fixação de parâmetros que se coadunem com a legislação quanto ao estabelecimento e manutenção de tarifas, bem como em relação à preservação dessa política.

Um dos maiores desafios da atividade regulatória é justamente garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão simultaneamente à garantia da modicidade tarifária para os usuários de serviços públicos, tendo para isso que observar as normas sobre política tarifária, ajustando-as à realidade econômica do País.

Nesse contexto, a revisão e o reajuste de tarifas são instrumentos de que se vale o ente regulador para atingir seus objetivos. A revisão tarifária periódica constitui-se em principal instrumento do novo regime tarifário – regime de preços máximos (*price cap*), mediante o qual se visa a assegurar que parte dos ganhos de eficiência empresarial se converta em modicidade de tarifa.

276

Entendido o sentido da regulação econômica, passamos a seguir à apresentação das revisões tarifárias periódicas, tais como levadas a efeito pela Aneel, sob o arcabouço regulatório de preços máximos.

Os contratos

A revisão tarifária periódica está prevista em todos os contratos de concessão para distribuição de energia elétrica, na cláusula que trata das tarifas aplicáveis na prestação dos serviços - Cláusula Sétima dos contratos⁴⁰. Para cada concessionária, foi fixado um cronograma de revisão. Vale ressaltar que os contratos também prevêem reajustes anuais nos intervalos entre as revisões.

No momento da assinatura do contrato, as concessionárias reconheceram que as tarifas fixadas naquela data eram suficientes para a prestação adequada dos serviços e para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro (Segunda Subcláusula). Ficou também estabelecido nos contratos que as concessionárias poderiam cobrar tarifas inferiores às estabelecidas, desde que não requeressem compensações posteriores (Primeira Subcláusula).

Para efeitos de reajuste tarifário, a receita das concessionárias foi dividida em duas parcelas, discriminadas na Quinta Subcláusula da Cláusula Sétima⁴¹:

Parcela A: parcela da receita correspondente aos seguintes custos: cota da Reserva Global de Reversão – RGR; cotas da Conta de Consumo de

Combustíveis -CCC; encargos da compensação financeira pela exploração de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica; valores relativos à fiscalização dos serviços concedidos; compra de energia; e encargos de acesso aos sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica para revenda.

Parcela B: valor remanescente da receita da CONCESSIONÁRIA, excluído o ICMS, após a dedução da Parcela A.

O reajuste é calculado por meio da aplicação sobre as tarifas homologadas na “Data de Referência Anterior”(reajuste ou revisão anterior) da seguinte fórmula, definida na Sexta Subcláusula dos contratos:

$$IRT = \frac{VPA_1 + VPB_0 * (IVI \pm X)}{RA_0}$$

onde:

VPA₁ – Valor da Parcela A referido na Subcláusula anterior, considerando-se as condições vigentes na data de reajuste em processamento e a energia comprada em função do “Mercado de Referência”, aqui entendido como mercado de energia garantida da CONCESSIONÁRIA, nos doze meses anteriores ao reajuste em processamento;

RA₀ – Receita Anual, calculada considerando-se as tarifas homologadas na “Data de Referência Anterior” e o “Mercado de Referência”, não incluindo o ICMS [Imposto sobre Circulação de Serviços e Mercadorias];

VPB₀ – Valor da Parcela B, referida na Subcláusula anterior, considerando-se as condições vigentes na ‘Data de Referência Anterior’, e o ‘Mercado de Referência’, calculado da seguinte forma:

$$VPB_0 = RA_0 - VPA_0$$

onde:

VPA₀ – Valor da Parcela A referida na Subcláusula anterior, considerando-se as condições vigentes na ‘Data de Referência Anterior’ e a energia comprada em função do ‘Mercado de Referência’;

IVI – número índice obtido pela divisão dos índices do IGPM da Fundação Getúlio Vargas, ou do índice que vier a sucedê-lo, do mês anterior à data do reajuste em processamento e o do mês anterior à ‘Data de Referência Anterior’. Na hipótese de não haver um índice sucedâneo, o PODER CONCEDENTE estabelecerá novo índice a ser adotado; e

X – número índice definido pela ANEEL [...], a ser subtraído ou acrescido ao IVI [nos reajustes anuais].

A revisão tarifária periódica está prevista na Sétima e Oitava Subcláusulas da Cláusula Sétima dos contratos, a seguir transcritas⁴²:

Sétima Subcláusula – A ANEEL, de acordo com o cronograma apresentado nesta subcláusula, procederá às revisões dos valores das tarifas de comercialização de energia, alterando-os para mais ou para menos, considerando as alterações

na estrutura de custos e de mercado da CONCESSIONÁRIA, os níveis de tarifas observados em empresas similares no contexto nacional e internacional, os estímulos à eficiência e à modicidade das tarifas. Estas revisões obedecerão ao seguinte cronograma: a primeira revisão será procedida um ano após o quarto reajuste anual concedido, conforme previsto na Terceira Subcláusula; a partir desta primeira revisão, as subseqüentes serão realizadas a cada 4 (quatro) anos.

Oitava Subcláusula – No processo de revisão das tarifas, estabelecido na subcláusula anterior, a ANEEL estabelecerá os valores de X, que deverá ser subtraído ou acrescido do IVI ou seu substituto, nos reajustes anuais subseqüentes, conforme descrito na Subcláusula Sexta desta cláusula. Para os primeiros 4 (quatro) reajustes anuais, o valor de X será zero.

Além das revisões tarifárias periódicas, as Subcláusulas Nova, Décima e Décima-Sexta dos contratos prevêem revisões tarifárias extraordinárias, passíveis de serem solicitadas a qualquer tempo pelas concessionárias, como visto a seguir⁴³:

Nona Subcláusula – Sem prejuízo dos reajustes e revisões a que se referem as subcláusulas anteriores desta Cláusula, caso hajam alterações significativas nos custos da CONCESSIONÁRIA, incluindo as modificações de tarifas de compras de energia elétrica e encargos de acesso aos sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica que possam ser aprovadas pela ANEEL durante o período, por solicitação desta, devidamente comprovada, a ANEEL poderá, a qualquer tempo, proceder à revisão das tarifas, visando manter o equilíbrio econômico-financeiro deste Contrato.

Décima Subcláusula – No atendimento do disposto no § 3º do art. 9º da Lei nº 8.987/95, ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, a alteração ou a extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a assinatura deste Contrato, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão das tarifas, para mais ou para menos, conforme o caso.

Décima-Sexta Subcláusula – Havendo alteração unilateral do Contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, a ANEEL deverá restabelecê-lo, a partir da data alteração mediante comprovação da CONCESSIONÁRIA.

Deve-se destacar, nos contratos, a possibilidade de as concessionárias auferirem receitas extraconcessão, que deverão ser consideradas nas revisões tarifárias periódicas, de modo a contribuírem para a modicidade tarifária. Tais receitas estão previstas na Cláusula Primeira, Quinta Subcláusula dos contratos⁴⁴, a seguir transcrita:

CLÁUSULA PRIMEIRA – OBJETO DO CONTRATO

[...]

Quinta Subcláusula – A CONCESSIONÁRIA aceita que a exploração dos serviços de energia elétrica que lhe é outorgada deverá ser realizada como função de utilidade pública prioritária, comprometendo-se a somente exercer outra atividade empresarial mediante prévia comunicação à ANEEL e desde que as receitas auferidas, que deverão ser contabilizadas em separado, sejam parcialmente destinadas a favorecer a modicidade das tarifas do serviço de energia elétrica, que será considerada nas revisões de que trata a Sétima Subcláusula da Cláusula Sétima deste Contrato.

A forma como as receitas extraconcessão contribuirão para a modicidade das tarifas (ou seja, se será considerado um percentual das receitas ou do lucro) não é definida nem na Lei de Concessões nem no contrato, o que tem gerado interpretações divergentes entre a Aneel e os concessionários, assim como entre os doutrinadores que estudam a questão. Tal problema, aliás, envolve todos os contratos de concessão.

CONCEITOS E PRESSUPOSTOS UTILIZADOS PELA ANEEL NO PROCESSO DE REVISÃO TARIFÁRIA PERIÓDICA

Segundo a Aneel, “a tarifa de energia elétrica aplicada aos consumidores finais regulados⁴⁵ representa a síntese de todos os custos incorridos ao longo da cadeia produtiva da indústria de energia: geração, transmissão, distribuição e comercialização”⁴⁶. O valor da tarifa deve ser suficiente para preservar o equilíbrio econômico-financeiro das concessionárias e assegurar a modicidade de tarifas. Tal valor deve cobrir os custos de operação e manutenção, remunerar o capital prudentemente investido de forma justa e estimular a continuidade do serviço, mantendo-se a qualidade desejada⁴⁷.

O trecho a seguir transcrito, extraído da Nota Técnica nº 095/2004-SRE/Aneel, resume bem o papel do regulador na fixação de tarifas:

Para determinar as tarifas justas que devem pagar os clientes do serviço monopolista de distribuição de energia elétrica, o Regulador deve levar em consideração que as tarifas são formadas por dois componentes fundamentais: i) **custos operacionais** vinculados à operação e manutenção dos ativos necessários para a prestação do serviço, gestão comercial dos clientes, direção e administração da empresa; e ii) **remuneração dos ativos** efetivamente necessários para a prestação do serviço, com os níveis de qualidade exigidos na legislação aplicável, de modo a assegurar a sustentabilidade econômica do negócio. O Regulador estará cumprindo com suas atribuições e obrigações essenciais na medida em que as tarifas que determine contemplem custos operacionais que atendam critérios de eficiência e remuneração dos ativos efetivamente necessários para prestar o serviços com a qualidade exigida, considerando um retorno adequado às características do negócio.

Conforme já mencionado, a fixação das tarifas pelo órgão regulador, após a publicação da Lei nº 8.987/1995, não mais ocorreu em regime de custo do serviço, mas sim pelo regime do serviço pelo preço (*price cap*), que pode ser conceituado como procedimento de definição de tarifas que considera basicamente um teto para os preços médios da concessionária. As tarifas são atualizadas periodicamente em função da evolução de um índice de preços ao consumidor, reduzido de uma parcela que reflete ganhos de produtividade e aumentado em razão do repasse (parcial ou integral) de aumento de custos não gerenciáveis e não capturados pelo indexador⁴⁸.

Nesse conceito está a essência da revisão tarifária periódica.

Revisões periódicas

Os primeiros processos de revisão tarifária periódica conduzidos pela Aneel, sob o regime de regulação por incentivos, envolveram a Escelsa, em 1998 e em 2001, conforme estabelecido no contrato. Em ambos os casos, a Aneel dividiu o processo de revisão em dois subprocessos: o **reposicionamento tarifário** e a **determinação do Fator X**. O primeiro visou restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, enquanto o segundo teve

a finalidade de compartilhar com o consumidor os ganhos de produtividade obtidos pela empresa.

O procedimento para o cálculo do reposicionamento tarifário foi essencialmente o mesmo tanto na primeira quanto na segunda revisão periódica, com algumas variações em suas etapas. Já a determinação do Fator X foi bastante diferente em cada revisão: na primeira o valor foi negociado entre a Aneel e a Escelsa, e na segunda foi obtido por meio de procedimento analítico.

Nesses dois processos, em uma fase prévia à revisão, foram realizadas fiscalizações econômicas e financeiras para levantamento e validação dos dados contábeis da empresa, considerando determinado período de tempo, que serviram de base para as projeções efetuadas. Em seguida, houve uma fase de análise e discussões, envolvendo a Aneel, os consultores contratados e a concessionária, a partir da qual foram elaboradas as propostas iniciais de reposicionamento tarifário.

Após tornar pública a proposta de reposicionamento tarifário, a Aneel realizou audiência pública para colher informações e opiniões dos diferentes agentes interessados no processo. Finalmente, ocorreu a segunda etapa de análise, com vistas a rever o reposicionamento proposto, à luz dos novos dados apresentados. O último procedimento foi a decisão da diretoria da Aneel, homologando os novos valores da tarifa, conforme a estrutura tarifária definida (consumidores residenciais e industriais, segundo classes de consumo).

A partir de 2003, a Aneel alterou significativamente o método de revisão tarifária periódica. Na etapa do reposicionamento tarifário, introduziu o conceito de “empresa de referência” e alterou a estimativa do custo de capital; na etapa de definição do Fator X, desenvolveu um novo método de estimativa desse valor. A seguir, explicitaremos esses pontos.

280

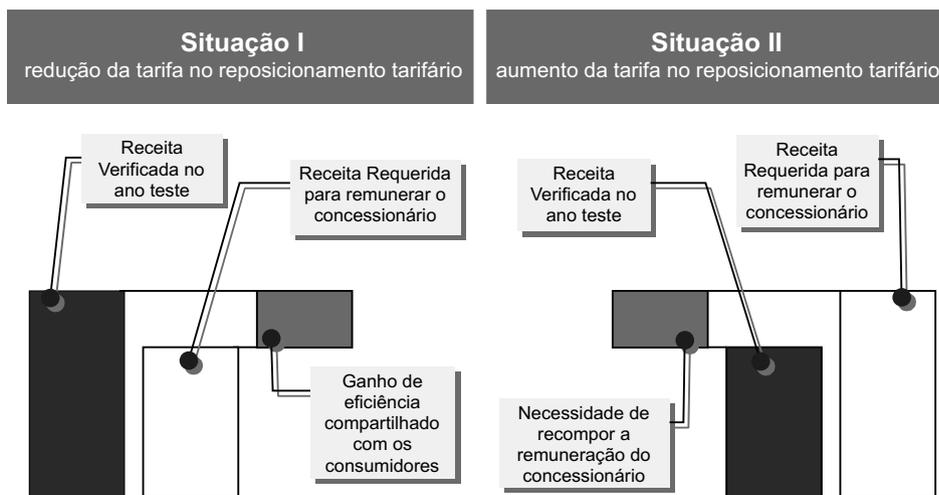
PROCEDIMENTO PARA O CÁLCULO DO REPOSICIONAMENTO TARIFÁRIO

Em linhas gerais, o cálculo do reposicionamento tarifário consiste em comparar uma **receita requerida** — suficiente para remunerar as despesas de operação e manutenção, os investimentos prudentes e o capital aplicado para a prestação dos serviços de energia elétrica aos usuários da concessão — com uma **receita verificada** (ou projetada) em um período representativo de doze meses, ano-teste. O reposicionamento tarifário é dado pelo coeficiente que, aplicado sobre a tarifa média da concessão, iguala tais receitas.

Quando a diferença entre a **receita verificada** e a **receita requerida** é positiva, ou seja, a receita calculada para o ano-teste é maior do que a receita necessária para remunerar o investimento do empreendedor, o reposicionamento dá-se pela redução da tarifa (conforme demonstrado na situação I da Figura 1). Se ocorrer o contrário, a tarifa é

elevada a fim de reequilibrar os ganhos do investidor (conforme demonstrado na situação II da Figura 1).

Figura 1 - esquema do reposicionamento tarifário



O cerne do reposicionamento tarifário, portanto, é a determinação da **receita verificada** (ou de referência) e da **receita requerida**, bem como o cálculo da diferença entre essas variáveis, ambas com referência ao **ano-teste**.

281

Síntese do processo de revisão periódica

Nos termos da Nota Técnica nº 097/2001/SRE/Aneel⁴⁹, a principal finalidade do processo de revisão tarifária periódica consiste em:

[...] redefinir os níveis das tarifas da concessionária, de forma a conciliar simultaneamente: i) equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, conferindo condições para a concessionária auferir receita capaz de cobrir os custos operacionais eficientes e auferir retorno adequado sobre os investimentos prudentes, ii) proteção aos consumidores cativos contra a prática de preços injustos, iii) compartilhamento com os consumidores dos ganhos de produtividade da concessionária e iv) proporcionar receita suficiente para a prestação de serviços adequados de fornecimento de energia elétrica.

O instrumento regulatório do novo regime tarifário, portanto, visa a orientar as concessionárias de modo a atuarem de acordo com regras econômicas características das

atividades privadas sujeitas à concorrência. O resultado pretendido é assegurar que os ganhos de eficiência empresarial se expressem em modicidade tarifária.

A revisão periódica reflete-se na tarifa em dois momentos: o primeiro, no reposicionamento tarifário, que transfere aos consumidores parte dos ganhos passados; o segundo, na determinação do Fator X, que visa a transferir aos consumidores parte dos ganhos futuros.

O modelo exposto neste artigo tem o objetivo de propiciar ao órgão regulador cumprir sua missão institucional de harmonizar os interesses das concessionárias – de obterem remuneração justa (que permita cobrir os custos eficientes e compensar os investimentos prudentes) – aos interesses dos consumidores – de receberem o serviço adequado mediante o pagamento de tarifas módicas.

Ressaltamos que o nosso objetivo não foi avaliar os procedimentos do órgão regulador, no sentido de dizer se foram ou não aplicados corretamente, o que envolveria análise econômica, forçando-nos a fugir do escopo deste trabalho. Nossa pretensão foi apresentar o método utilizado nas revisões periódicas para que tenhamos condições de aferir se respeitam ou não o princípio do equilíbrio econômico-financeiro, e se a revisão periódica é um instrumento regulatório juridicamente sustentável. É o que faremos a seguir.

REVISÃO TARIFÁRIA PERIÓDICA E PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

282

Analisaremos agora os aspectos procedimentais da revisão tarifária periódica que podem afetar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão de serviços públicos. Nosso objetivo é verificar se o instrumento regulatório utilizado pela Aneel para propiciar a modicidade tarifária, mediante incentivos à busca da eficiência pelas concessionárias, está em conformidade com a Constituição e com a legislação infraconstitucional pertinente à matéria.

ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NO REGIME DE PREÇOS MÁXIMOS

Como vimos, existindo fatores que provoquem o desbalanceamento entre os encargos e as vantagens do concessionário, o poder concedente tem o dever de promover o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A doutrina brasileira sempre reconheceu tal direito, que se manifesta ou por meio dos reajustes ou das revisões extraordinárias.

O reajuste é o mecanismo, previsto em contrato, que visa à preservação do seu conteúdo econômico-financeiro, mediante aplicação de fórmula vinculada a índices de custos de produção específicos ou setoriais. Variação efetiva nos custos de produção em determinado período de tempo deve corresponder a variação equivalente nos pagamentos aos concessionários, de modo a se manter a equação econômico-financeira. A escolha dos índices de custos e das parcelas de incidência é questão sujeita a controvérsias, mas, como nosso objetivo no momento é tratar da revisão, não abordaremos esses pontos.

A revisão, ou recomposição de preços, tem a função de corrigir as distorções não passíveis de serem capturadas pelos reajustes. A revisão, segundo a doutrina tradicional, está relacionada às áleas extraordinárias. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

[...] a **recomposição de preços** não se confunde de modo algum com o **reajustamento contratual de preços**, pois este surge do consenso inicial das partes, para **manter o equilíbrio** econômico-financeiro do contrato durante sua execução **normal**, ao passo que aquela, a **recomposição**, destina-se a restaurar esse mesmo equilíbrio, desfeito por eventos supervenientes e extraordinários, não previstos e imprevisíveis pelos contratantes, que acarretam modificação **anormal** na situação fática existente na época da celebração do ajuste. A **recomposição de preços**, assim, independe de previsão no contrato de um critério de **reajustamento** de preços e torna-se devida no momento em que este deixa de atender à sua finalidade, ou seja, à manutenção da equação financeira do ajuste em razão de atos e fatos inimputáveis ao particular contratante.⁵⁰ (Grifos do autor)

REGIME REMUNERATÓRIO DO CUSTO DO SERVIÇO

A legislação do setor elétrico que instituiu o regime tarifário pelos custos do serviços (regime anterior ao atualmente vigente, que é o *price cap*, ou preço-teto) trouxe a figura da revisão ordinária, além da revisão extraordinária. A Lei nº 8.631/1993⁵¹ estabeleceu no art. 5º que a revisão de tarifas obedeceria à legislação específica. O Decreto nº 774/1993⁵², que regulamentou a lei mencionada, assim dispôs sobre a questão:

Art. 5º Os níveis das tarifas serão revisados ordinariamente a cada três anos.

§1º Considera-se revisão o processo de aferição que poderá originar alteração dos níveis de tarifas, na ocorrência de significativas e comprovadas distorções das condições econômicas vigentes à época de sua fixação.

§2º A revisão a que se refere este artigo poderá efetivar-se, excepcionalmente, por iniciativa do DNAEE, ou por proposta do concessionário nos termos da legislação específica.

A revisão ordinária prevista estava atrelada à definição do custo do empreendimento. Ao concessionário estava garantida uma remuneração que permitisse cobrir os custos, amortizar os investimentos e obter um retorno satisfatório. Antes da vigência da Lei nº 8.631/1993, era garantida ainda uma taxa de remuneração mínima (entre 10% e 12%). A diferença entre a remuneração resultante da aplicação do valor percentual aprovado pelo Poder Concedente e aquela verificada de fato no resultado do exercício deveria ser registrada na Conta de Resultados a Compensar (CRC) do concessionário, para permitir a compensação de excessos ou de insuficiências de remuneração⁵³.

A Lei nº 8.631/1993 extinguiu a garantia de remuneração mínima e a CRC (art. 7º). A remuneração do concessionário, porém, continuou vinculada aos seus custos, de modo que a revisão ordinária prevista tinha o objetivo de corrigir as distorções econômicas que impactassem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Dadas as dificuldades de se estimar os custos necessários e os efetivos do concessionário, bem como de se analisar se os investimentos estavam ou não superavaliados, o poder concedente, não podendo

correr o risco da paralisação de um serviço essencial à economia, era obrigado a fixar os níveis de tarifa de acordo com as planilhas de custo apresentadas pelas empresas.

Portanto, a revisão ordinária tinha por objetivo a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, mediante o repasse para as tarifas da variação de custos do concessionário não capturadas pelos reajustes e pelas revisões extraordinárias. Independente do grau de eficiência do concessionário na prestação de serviço, ou seja, da boa ou má gestão do negócio, cabia ao usuário arcar com os custos do empreendimento. Nesse contexto, no regime tarifário do serviço pelo custo, prevalece a concepção tradicional de equilíbrio econômico-financeiro.

REGIME REMUNERATÓRIO DO SERVIÇO PELO PREÇO – O MODELO RPI-X

A legislação posterior que veio a regulamentar as concessões de serviço público, ao romper com o regime de serviço pelo custo e estabelecer o regime pelo preço, introduz o conceito de serviço adequado e nele o princípio de modicidade tarifária (Lei nº 8.987/1995, art.6º). A Lei nº 9.427/1996, no art. 14⁵⁴, introduz a noção de eficiência e de competitividade, a serem fixadas no contrato como metas do concessionário. Tais instrumentos regulatórios têm como objetivo induzir a gestão ótima das concessões.

Em razão das novas disposições legislativas, a Aneel, no exercício de sua competência regulatória estabelecida pela Lei nº 9.427/1996, passou a aplicar, nos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica, o método de regulação por incentivo ou por preço-teto (*price cap*), denominado RPI-X (*Retail Price Index – X*⁵⁵), originário do Reino Unido, que Isaac Benjó define da seguinte forma⁵⁶:

Conceitualmente, devemos considerar que 'RPI' representa a variação percentual de um índice oficial de preços no varejo e 'X' um percentual a ser deduzido (ou acrescido, se 'X' for negativo) correspondente a parte da produtividade obtida. 'RPI-X' compõe o fator de reajuste que o regulador permite periodicamente ao concessionário. As formas de determinação de 'X' e da periodicidade de reajustamento (*regulatory lags*) são elementos básicos ao sucesso do modelo.

É esclarecedora também a definição proposta por José Cláudio Linhares Pires e Maurício Serrão Piccinini⁵⁷:

O mecanismo de tarifação conhecido como *price-cap* constitui-se na definição de um preço-teto para os preços médios da firma, corrigido de acordo com a evolução de um índice de preços ao consumidor, o *retail price index* (RPI), menos um percentual equivalente a um fator X de produtividade, para um período prefixado de anos. Esse mecanismo pode envolver, também, um fator Y de repasse de custos para os consumidores, formando a seguinte equação: $RPI-X+Y$.

Ou seja, tal método consiste na implementação de um conjunto de procedimentos: fixação de tarifas máximas, reposicionamento tarifário periódico e aplicação de um índice de produtividade (Fator X).

RESUMO DOS PROCEDIMENTOS DE REVISÃO TARIFÁRIA PERIÓDICA

Apresentamos, a seguir, os procedimentos da revisão periódica, de forma bastante simplificada, com vistas a destacar os pontos geradores de controvérsias jurídicas.

O regulador, ao firmar o contrato de concessão, fixa um limite de tarifas a serem praticadas pelo concessionário, tendo como base uma estrutura de custos e uma taxa de retorno sobre o capital investido consideradas razoáveis (de modo a manter a sustentabilidade econômica do negócio). Durante determinado período de tempo estipulado em contrato, aplica-se às tarifas apenas um fator de reajuste anual (IGP-M, calculado pela Fundação Getúlio Vargas- FGV), com o fim de anular os efeitos da inflação.

Ao fim do período, o agente regulador promove a revisão dos custos efetivos (despesas operacionais, encargos tarifários e lucro) do concessionário em que se define um novo patamar de receitas capaz de refletir as mudanças na situação econômica do negócio. Comparando a receita necessária para contrabalançar a variação nos custos com a receita verificada no ano-teste – que pode ser histórico, relativo aos custos reais observados nos doze meses anteriores, ou projetado, em que se estimam os custos relativos ao(s) ano(s) posterior(es) –, o agente regulador procede à reestruturação tarifária e estabelece o novo limite de tarifas a ser praticado no período seguinte. Se a receita requerida for menor que a receita verificada, o agente regulador promoverá a redução da tarifa média. Em caso contrário, a tarifa média da concessão deverá ser aumentada (na verdade, o coeficiente relativo ao aumento ou diminuição de tarifas varia de acordo com as classes que compõem a estrutura tarifária).

Com o objetivo de verificar os custos das concessionárias de distribuição de energia elétrica, a Aneel implementou a metodologia denominada “Empresa de Referência”, que é uma empresa virtual atuante na área geográfica do serviço de distribuição de energia e que presta esse serviço em condições de eficiência. Os valores de custos, que a “Empresa de Referência” pode obter para os serviços e os recursos necessários ao cumprimento das obrigações contratuais da concessionária, são efetivamente considerados nas tarifas pagas pelos consumidores cativos do serviço monopolista. A concessionária é assim incentivada a competir com a empresa de referência, de modo a atingir ou superar as metas relativas aos valores de custos reconhecidos pelo regulador.

A opção do órgão regulador pela metodologia da empresa de referência decorre da pretensão do órgão regulador de eliminar os efeitos da assimetria de informação, uma vez que as auditorias realizadas para verificar as informações e os dados contábeis das concessionárias não são suficientes para garantir a veracidade desses dados e informações, passíveis de manipulação.

Relativamente aos investimentos, a Aneel compara a estrutura de capital da empresa com outras semelhantes, e define a relação entre capital próprio e de terceiros (estrutura-alvo de capital). Dada essa estrutura, a Aneel calcula a remuneração dos investimentos, utilizando como método a média anual dos custos do capital próprio e de terceiros ponderada pelas respectivas participações na estrutura de capital.

O percentual estimado incidirá sobre a base de remuneração formada pelo conjunto de ativos vinculados à concessão cujo valor é estimado por métodos contábeis.

A soma das despesas de operação e de manutenção com as despesas de capital e com os tributos e encargos tarifários será igual à receita requerida, que será comparada à receita verificada no ano-teste para fins da recomposição tarifária. Ressalte-se que da receita verificada devem ser deduzidos os benefícios com atividades extraconcessão (receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados), com o objetivo de favorecer a modicidade tarifária, tal como determina a Lei nº 8.987/1995, art. 11.

Na mesma ocasião do reposicionamento tarifário, é determinado o índice anual (ou índices anuais) de compartilhamento com os usuários dos futuros ganhos de produtividade, ou seja, o Fator X que será reduzido do índice de correção inflacionário contratualmente eleito para reajustar as tarifas.

Portanto, a revisão tarifária periódica compreende:

- o reposicionamento das tarifas de fornecimento de energia elétrica – a cada período de três a cinco anos, dependendo do contrato –, em nível suficiente para preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão;
- a determinação do Fator X que será aplicado aos reajustes tarifário do período seguinte, até o ano anterior ao da próxima revisão, com o objetivo de compartilhar ganhos de produtividade com os consumidores.
- O mecanismo descrito **pode** conduzir aos seguintes efeitos:
- apropriação, pelo consumidor, de parte dos ganhos de produtividade obtidos pela concessionária;
- apropriação, pelo concessionário, dos ganhos de produtividade excedente (o concessionário é incentivado a superar a meta de produtividade representada pelo Fator X);
- redução do valor real das tarifas, uma vez que, por ocasião do reposicionamento tarifário, o agente regulador poderá estabelecer parâmetros que reduzam a necessidade de receita do concessionário (receita requerida menor que a receita verificada).

COMPATIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO COM A REVISÃO PERIÓDICA – ASPECTOS POLÊMICOS

Pelo que vimos, o mecanismo regulatório do *price cap* oferece meios para que o órgão regulador cumpra seus objetivos institucionais: conjugar interesses dos concessionários de obterem a justa remuneração de investimento e dos consumidores de terem à disposição um serviço de melhor qualidade a um preço módico.

Há de se destacar que os contratos de concessão de distribuição de energia elétrica contêm, além das cláusulas de reajuste e de revisão periódica, cláusula de revisão extraordinária, nos termos definidos pela doutrina tradicional, embora tal garantia seja inerente às concessões ainda que não haja previsão contratual. Assim, se estiver configurado o fato típico relativo ao evento caracterizado como álea extraordinária, haverá direito à restauração do equilíbrio econômico-financeiro.

Tais contratos (com exceção da Escelsa) contêm ainda cláusula expressa de revisão de tarifas (para mais ou para menos) no caso de se verificar o disposto no § 3º do art. 9º da Lei nº 8.987/1995⁵⁸, ou seja, elevação de carga tributária, quando comprovado o impacto nas tarifas⁵⁹. Esse fato, na verdade, já está contemplado na Teoria das Áleas, podendo ser considerado como fato do príncipe, portanto, ensejador de revisão extraordinária. O legislador, entretanto, preferiu explicitar o direito à revisão, de modo a não haver contestação, daí a Aneel ter inserido o dispositivo legal citado como cláusula contratual.

A despeito dos comentados propósitos regulatórios, implícitos no modelo de revisão periódica implementado pela Aneel, há aspectos de ordem econômica e jurídica a serem considerados que podem distorcer os resultados pretendidos, e provocar demandas judiciais. Aqui nos ateremos às questões jurídicas, objeto de nosso estudo.

Como vimos, o Direito brasileiro incorporou as concepções do Direito francês no que se refere aos serviços públicos e sua prestação por particulares mediante concessão. Nesse contexto, a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público é aceita sem reservas no ordenamento jurídico brasileiro, que sempre reconheceu os mecanismos de reajuste e de revisão extraordinária como forma de manter o equilíbrio entre as obrigações e as vantagens do concessionário durante toda a vigência contratual.

Ocorre que o modelo de revisão periódica adotado pela Aneel desvincula-se das concepções do Direito francês incorporadas pela doutrina nacional, e traz como inovação exatamente a ruptura com a idéia de intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro estabelecido na data de assinatura do contrato, em razão da possibilidade de o poder concedente mexer na composição da tarifa. Embora o reposicionamento tarifário com vistas ao restabelecimento desse equilíbrio seja um dos objetivos da revisão periódica, não se trata de manter o equilíbrio inicial, mas sim de estabelecer um novo, ajustado às condições da concessionária, do setor elétrico e da economia em geral, vigentes no momento da revisão.

A QUESTÃO DA EFICIÊNCIA EMPRESARIAL

Os pontos controversos relativos ao processo de revisão periódica e que provocam alteração do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato são: eficiência empresarial e rentabilidade do negócio. Podemos fazer aqui algumas comparações com o modelo tradicional.

No que concerne à eficiência empresarial, segundo a visão tradicional da concessão, em que o equilíbrio econômico-financeiro fundamenta-se na teoria das áleas, não há espaço para compartilhamento de ganhos de eficiência. Sob essa ótica, eventos relacionados às áleas ordinárias e que dizem respeito ao comportamento do empresário em relação à concessão, tais como falta de diligência, erros de estimativa de mercado, enfim, má gestão empresarial, não geram direito a recompor o equilíbrio econômico-financeiro. Da mesma forma, a gestão eficiente do negócio que gere lucros excedentes também não induz à revisão das tarifas, logo, o concessionário se apropria sozinho do aumento de remuneração.

Já no modelo novo (RPI-X), por ocasião da revisão periódica, o agente regulador, visando cumprir o objetivo da modicidade tarifária, intervém nos elementos que compõem a tarifa. Ao apurar a receita requerida no ano-teste – em vez de simplesmente considerar a variação dos custos gerenciáveis da concessionária –, o regulador, por meio dos valores de custos de serviços e recursos reconhecidos na empresa de referência, determina quais são os custos operacionais eficientes que serão computados para fins de estimativa da receita requerida⁶⁰.

Assim, em tese, os consumidores se beneficiam, pois arcam com os menores custos possíveis de serem obtidos em determinada área de concessão. Os custos da concessionária que estão acima do reconhecido pelo regulador, por meio da empresa de referência, não são repassados ao consumidor. Exatamente essa prerrogativa de o

agente regulador determinar quais são os custos eficientes e em que nível devem entrar no cálculo da receita requerida constitui-se em inovação do modelo, porque o equilíbrio econômico-financeiro a ser estabelecido considera o nível esperado de despesas e não apenas o nível real, informado pelas empresas.

DA UTILIZAÇÃO DE BENCHMARKING

A utilização de uma empresa de referência pela Aneel, como método de estimativa dos custos operacionais eficientes das concessionárias, insere-se dentro da lógica de regulação por incentivos denominada *benchmark regulation*, que estabelece padrões de comparação para a competição entre empresas. A esse respeito, destacamos o texto a seguir, de Isaac Benjó⁶¹:

O método *benchmark regulation* é adotado quando a concessionária detém o monopólio da informação, criando uma situação de assimetria informacional entre a empresa e o regulador; ou, quando o processo regulatório independente é inédito e o agente regulador quer se valer de experiências bem-sucedidas em outros países.

Na prática do *benchmark regulation*, considera-se o desempenho de uma companhia hipotética conceitualmente 'eficiente' e com estrutura de custos similares à concessão a ser regulada. Alguns parâmetros poderão ser estabelecidos para confronto, a saber: retorno sobre investimentos, produtividade da mão-de-obra, custos incorridos etc. **O regulador cobra desempenho por comparação.** [sem grifos no original].

288

Pode-se também enquadrar a empresa de referência adotada pela Aneel na lógica de regulação por incentivos denominada *yardstick competition*, uma vez que, na prática, tal forma de regulação conduz ao critério de *benchmark*. Trabalho publicado por José Cláudio Linhares Pires e Maurício Serrão Piccinini, na área de regulação, traz a seguinte definição *yardstick competition*⁶²:

[...] é uma forma de regulação através de incentivos, também conhecida como regulação de desempenho, adotada nos casos de monopólio natural. Este instrumento procura introduzir estímulo à redução de custos entre as empresas, reduzir as assimetrias de informação existentes e estimular maior eficiência econômica [Armstrong, Cowan e Vickers (1994)].

Trata-se, portanto, de um mecanismo de avaliação dos custos e dos preços das firmas, de forma que a remuneração de uma firma é fixada segundo seu desempenho relativamente a empresas do setor.

Os mencionados autores observam que existe para o regulador a dificuldade de se fazer a comparação direta entre as empresas, dada a heterogeneidade entre elas. Para superar essa dificuldade, adotou-se como critério de comparação a utilização de *benchmark*. Dizem os autores citados⁶³:

Na prática, a heterogeneidade das empresas fez com que os reguladores, com o objetivo de facilitar a comparação entre elas, criassem subconjuntos de firmas de características mais aproximadas e definissem uma 'firma-sombra' hipotética (*shadow firm*) que servisse como critério de comparação para cada subconjunto.

A ‘firma sombra’, composta pela média de variáveis representativas das empresas a que pertencem a um mesmo subconjunto, é utilizada como um modelo de referência (*benchmark*) para a competição entre as firmas. [sem grifo no original]

Como visto, a utilização de padrões de eficiência para fins de revisão periódica é um mecanismo regulatório plenamente aceito pela literatura econômica. Do ponto de vista jurídico, entretanto, poderia, em princípio, ser tida como inconstitucional e ilegal por ferir o princípio do equilíbrio econômico-financeiro, ao impedir o restabelecimento da equivalência original entre encargos e vantagens do concessionário.

Em termos contratuais, o regime de regulação por incentivos que prevê estímulos à eficiência e à modicidade tarifária, bem como a comparação com outras empresas, está previsto nos contratos de concessão de serviços de distribuição, na Cláusula Sétima - Sétima Subcláusula⁶⁴, a seguir transcrita:

CLÁUSULA SÉTIMA – TARIFAS APLICÁVEIS NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS

[...]

Sétima Subcláusula – A ANEEL, de acordo com o cronograma apresentado nesta subcláusula, procederá às revisões dos valores das tarifas de comercialização de energia, alterando-os para mais ou para menos, considerando as alterações na estrutura de custos e de mercado da CONCESSIONÁRIA, **os níveis de tarifas observados em empresas similares no contexto nacional e internacional, os estímulos à eficiência e à modicidade das tarifas**. Estas revisões obedecerão ao seguinte cronograma: a primeira revisão será procedida um ano após o quarto reajuste anual concedido, conforme previsto na Terceira Subcláusula; a partir desta primeira revisão, as subseqüentes serão realizadas a cada 4 (quatro) anos. [sem grifos no original]

Da análise do dispositivo contratual transcrito, verifica-se que não há previsão expressa de utilização de “Empresa de Referência”. Entretanto, deve a Aneel, nas revisões, proceder à comparação de tarifas com empresas similares no mercado nacional e internacional, e se utilizar de mecanismos regulatórios que garantam a eficiência e a modicidade das tarifas, objetivos legais a serem cumpridos pelo regulador.

Outro ponto a se destacar é que, embora a “Empresa de Referência” seja uma firma hipotética, é criada a partir de levantamentos de preços nos mercados representativos da área de atuação da concessionária. Os dados a serem comparados, portanto, são extraídos da realidade e funcionam como metas a serem atingidas pela concessionária.

A Aneel encomendou parecer ao jurista Marçal Justen Filho⁶⁵ a respeito de vários pontos relacionados à regulação econômica da atividade de indústria de energia elétrica. Embora não tenha havido manifestação direta sobre o poder discricionário do regulador de definir os custos apropriados, e menos ainda de se utilizar de *benchmarking*, o autor trata da questão do compartilhamento dos ganhos de eficiência empresarial com o consumidor, em que se inserem tais aspectos.

Transcrevemos a seguir alguns trechos do Parecer:

[...] não há qualquer violação a garantias constitucionais quando se promover a revisão ordinária, reduzindo determinadas vantagens inicialmente asseguradas ao

concessionário. Isso será consequência da obtenção por ele de outras vantagens ou redução de encargos inicialmente estimados.

Suponha-se, porém, que o particular não tenha obtido qualquer tipo de vantagem ou benefício. Ao longo dos cinco anos, não logrou atingir resultados satisfatórios. Inexistiram ganhos de eficiência.

Em tal hipótese, duas alternativas se abrirão para a administração, a depender dos motivos apurados.

A ausência de ganhos de eficiência pode simplesmente retratar as condições efetivas do empreendimento. Pode supor-se que, naquela concessão em específico, a ampliação da eficiência era impossível. Logo, os resultados obtidos pelo concessionário retrataram aquilo que de melhor podia alcançar. Em tal situação, nenhuma redução tarifária poderá ser cogitada. Essa é uma garantia constitucional que permanece aplicável. Ou seja, não há redução de tarifa porque não houve ampliação de vantagens.

Suponha-se, no entanto, que seja verificada a ausência de eficiência. O particular deixou de incrementar a qualidade do empreendimento, perdeu oportunidades de realizar bons negócios e assim por diante. Enfim, seus resultados e padrões são inferiores aos adequados. Em tal hipótese, a alternativa é a caducidade da concessão. O particular deve ser afastado, eis que descumpriu um dever essencial. Não pode argumentar que o prejuízo é exclusivamente próprio, uma questão privada. A ausência de ganho de eficiência impede o benefício geral da comunidade, eis que constringe à manutenção das tarifas nos padrões anteriores. O sistema se orienta à redução tarifária, porque esse é um objetivo constitucionalmente inafastável.

Não se pode utilizar a oportunidade de revisão ordinária para reduzir tarifas a título punitivo. Se o concessionário não teve resultados adequados, isso conduz a consequências jurídicas outras. Poderá dar-se a punição, seja pela via da imposição de multas ou da decretação da caducidade. Mas a redução tarifária não está no elenco de sanções disponíveis.

Como se vê, a posição do parecerista é de que, se houve aumento da eficiência empresarial que reduziu os encargos do concessionário, é justo que haja contrapartida sob a forma de redução das tarifas. Caso, porém, não tenha havido incremento de eficiência, há de se analisar, na revisão periódica, a situação concreta e de se verificar se os resultados obtidos pelo concessionário decorreram de circunstâncias alheias à sua vontade ou de má gestão do negócio. Em qualquer hipótese, não há de se falar em redução de tarifas, mas apenas em aplicação de sanções, no caso de ficar demonstrada a má gestão.

Se adotarmos essa linha de raciocínio, a aplicação de um *benchmarking* teria caráter punitivo, logo, seria ilegal, pois não estaria prevista entre o rol de sanções cabíveis.

Concordamos com a posição do parecerista ao afirmar a constitucionalidade de se promover a redução tarifária por meio do compartilhamento de ganhos de eficiência, quando estes existem, e concordamos com a afirmação de que as condições efetivas do empreendimento devem ser analisadas para se encontrar os motivos de não ter havido ganhos de eficiência. Discordamos, porém, do jurista quando confere caráter de punição

ao fato de o agente regulador se utilizar de parâmetros considerados adequados para aferir a receita necessária para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro. Enfatizamos que a finalidade da revisão periódica não é punir o concessionário, mas sim recompor tarifas e imprimir incentivos à eficiência e à modicidade tarifária, de modo que o agente regulador cumpra com o dever de conjugar interesses dos concessionários com os dos consumidores.

Como se deduz da própria afirmação do jurista, a legislação de concessões, incluindo a Constituição Federal, está voltada para a redução de tarifas. É dever do agente regulador incentivar a redução de tarifas, em vista do princípio da modicidade tarifária, devendo assegurar simultaneamente a justa remuneração do concessionário. Daí que a utilização de padrões de eficiência funcionaria como metas a serem atingidas para o concessionário. Se o órgão regulador verificar que fatores exógenos impedem a redução dos custos empresariais, não há de se falar em utilização de *benchmarking* para o reposicionamento tarifário. Mas se a manutenção ou aumento dos custos decorreu de problemas administrativos, da insuficiência de investimentos, então se aplica os *benchmarks* com vistas a provocar a reestruturação da empresa para que atinja os padrões de eficiência pretendidos.

É certo que a utilização de custos adequados ou de *benchmarks* afeta o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, no sentido de que, ao se completar a recomposição tarifária, a remuneração do concessionário não será suficiente para contrabalançar os encargos. Porém, não há infringência ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro nem mesmo sob a ótica tradicional. A Teoria das Áleas não fundamentaria o aumento de tarifas já que a elevação nos custos decorrente de má gestão empresarial está relacionada às áleas ordinárias, que o concessionário deve suportar sozinho⁶⁶.

Além do mais, no modelo de revisão periódica implementado pela Aneel, o concessionário dispõe de prazo para adequar seus custos aos padrões estabelecidos de modo a não só compatibilizá-los com as tarifas homologadas, mas também a obter ganhos excedentes que serão por ele apropriados até a próxima revisão.

Por fim, considerando o fator prazo, podemos tomar as palavras do próprio Marçal Justen Filho⁶⁷, para demonstrar que não há desrespeito ao direito adquirido do concessionário ao equilíbrio econômico-financeiro, quando o agente regulador se utiliza de *benchmarks* para recompor tarifas:

Como se extrai, uma questão nuclear reside nos ganhos de eficiência, cuja apropriação ao longo do tempo representa um fator diferencial e característico da estrutura das outorgas. Assim, o prazo que medeia entre as diferentes revisões ordinárias é muito significativo para assegurar à concessionária a obtenção dos resultados previstos.

Daí deriva que o prazo se traduz em fator extremamente relevante para determinação do direito da partes. Essas circunstâncias se relacionam com a dinamicidade da equação econômico-financeira.

Pode dar-se que, em determinado e exato momento, a situação não retrate a equação tal como preconizada no momento original. Isso não impede, no entanto, que a situação se altere em momento posterior. Somente pode insurgir-se contra essa variação quando a gravidade do evento superveniente tornar

extremamente onerosa a operação. Não por acaso, as contratações da ANEEL costumam prever cláusula subordinando o cabimento da revisão extraordinária apenas aos casos de 'alterações significativas' nos custos da concessionária.

A QUESTÃO DA RENTABILIDADE DO NEGÓCIO

Outro ponto controverso no modelo de revisão periódica adotado pela Aneel é a rentabilidade do negócio. A taxa de retorno a ser adotada para fins de determinação da receita de equilíbrio depende do custo de capital de terceiros, do custo de capital próprio e da estrutura de capital da empresa, que pode ser a real, extraída dos demonstrativos contábeis, ou uma estrutura arbitrada pelo órgão regulador, por meio de um *benchmarking*, denominado estrutura de capital-alvo.

O método utilizado pela Aneel para o cálculo da taxa de retorno é o Custo Médio Ponderado de Capital (WACC)⁶⁸, tecnicamente indicado por toda a literatura sobre finanças, que representa uma composição entre o custo de capital próprio e o de terceiros, ponderada pela participação desses capitais na estrutura de capital da concessionária. A Aneel não utiliza a estrutura de capital real da empresa, mas sim a estrutura média de empresas do setor.

Uma questão basilar sobre custo de capital é a natureza dinâmica dos fatores envolvidos. O custo de capital (próprio mais de terceiros) varia ao longo do tempo: o custo de capital de terceiros varia em função da conjuntura econômica, enquanto o custo de capital próprio varia em função da percepção dos agentes de mercado acerca do risco do negócio e do grau de endividamento da empresa. O método de cálculo desses custos permite capturar essas alterações e ajustar a remuneração dos concessionários.

292

Em termos de regulação, pode-se dizer que a introdução de fatores dinâmicos no modelo de revisão tarifária é desejável sob o ponto de vista do incentivo à entrada de novos concessionários no mercado. Isso porque o modelo permite a equiparação das condições de investimento dos antigos e dos novos concessionários. Na medida em que o retorno do negócio é definido em função das circunstâncias, de forma a variar ao longo do tempo, o novo concessionário sabe que estará sendo remunerado pela taxa indicada pelo mercado. De modo semelhante, o antigo concessionário também tem sua remuneração ajustada às condições de mercado. Logo, tanto o novo quanto o antigo concessionário continuarão incentivados a investir, uma vez que a remuneração obtida estará compatível com o risco assumido em dado momento.

ESTRUTURA DE CAPITAL

Especificamente em relação à composição entre capital próprio e de terceiros, a Aneel, nos processos de revisão havidos até o momento, adotou modelo *benchmark*, e tomou por base a estrutura de capital em empresas nacionais e internacionais relativas a empresas situadas em países que adotam o mesmo regime tarifário que o brasileiro.

A utilização de *benchmarking* para a estimativa da estrutura de capital da empresa é questão relevante a ser discutida na análise do modelo de revisão tarifária periódica, dada a repercussão sobre o cálculo da remuneração. O raciocínio é o mesmo exposto anteriormente. O que o regulador pretende é orientar o concessionário para a otimização da gestão financeira da empresa. O regulador sinaliza para o concessionário qual a

relação capital de terceiros/capital próprio capaz de gerar melhores resultados para a empresa, e o incentiva a procurar no mercado opções de financiamento mais adequadas ao seu negócio.

Para que não seja arbitrado um encargo financeiro maior do que o que existiria de fato se fossem considerados os financiamentos registrados no passivo da empresa, há de se analisar se as possibilidades de captação são viáveis no período abrangido pela revisão.

Melhor explicando: o que órgão regulador tem em vista é incentivar a eficiência empresarial, tanto no campo operacional quanto financeiro. Se os estudos de mercado indicarem que a empresa pode aumentar a participação do capital de terceiros no financiamento de seus investimentos e que isso conduzirá ao aumento de resultados futuros, deve ser utilizada a relação arbitrada entre capital de terceiros e capital próprios em vez de se utilizar os dados reais. Ainda que no momento da revisão a receita requerida não seja suficiente para contrabalançar a receita verificada, há prazo suficiente para que o empresário aproveite as oportunidades de financiamento disponíveis e reverta a situação, passando a se apropriar sozinho dos ganhos de eficiência financeira até a próxima revisão (quando então compartilhará parte dos ganhos de eficiência financeira com os consumidores).

Caso contrário, se ficar evidenciado que a estrutura de capital real da empresa é a mais adequada às suas necessidades de investimento, ou que as opções de financiamento existentes no mercado não implicarão aumento de resultados ou simplesmente são inacessíveis àquela empresa no período considerado, não há de se impor a estrutura de capital-alvo (*benchmarking*), sob pena de se infringir o princípio do equilíbrio econômico-financeiro. Não é lícito⁶⁹ que os consumidores arquem com a ineficiência empresarial quando o empresário dispõe de oportunidades financeiras que otimizem seus resultados e não as aproveita, mas também não é justo diminuir a remuneração do empresário mediante o arbitramento de dados não compatíveis com a situação específica da empresa.

CUSTO DE CAPITAL PRÓPRIO

O custo do capital próprio que entra na composição da taxa de retorno, calculada pelo método do Custo Médio Ponderado de Capital (*Weighted Average Cost of Capital - WACC*), tem sido determinado pela Aneel com base no Modelo de Precificação de Ativos de Capital (*CAPM*)⁷⁰, que estima a taxa de retorno do capital acionário com base na correlação entre o desempenho das ações da concessionária e o desempenho do mercado. O CAPM, por natureza, é um modelo dinâmico, que mede o custo de oportunidade de o concessionário investir o capital em um empreendimento determinado. É inerente ao modelo a noção de risco. O prêmio de risco esperado da concessionária varia em proporção direta com a volatilidade do preço das ações da concessionária. Quanto maior o grau de risco da ação da concessionária em relação ao risco do mercado, maior o retorno exigido pelo concessionário para investir naquele empreendimento.

O custo de capital próprio é função das ações de empresas representativas do segmento a ser comparado. Se na correlação entre a taxa de retorno dos ativos do setor de distribuição de energia elétrica e a taxa de retorno do mercado acionário são escolhidas empresas sem expressividade no mercado de capitais ou empresas cujo perfil não é comparável, o CAPM conduz a um custo de capital próprio inconsistente, pois o risco medido não terá aderência à realidade. Daí que o consumidor poderá vir a ser onerado injustamente, se as tarifas embutirem na remuneração do concessionário

um risco inexistente. Ou, contrariamente, a remuneração do concessionário poderá vir a ser inadequada se os riscos não forem calculados corretamente, o que acabaria por desestimular investimentos no setor e acarretaria elevação das tarifas em longo prazo.

A questão crucial a ser discutida em relação ao CAPM é a rentabilidade do negócio. É inerente ao modelo que o custo de capital próprio varie segundo a percepção dos agentes de mercado em relação ao risco. Como o custo de capital próprio representa o retorno, a taxa de remuneração do capital próprio significa a rentabilidade do negócio. Tal rentabilidade varia ao longo do tempo.

Se avaliarmos a questão sob a ótica da doutrina tradicional, a variação na rentabilidade do negócio implicaria o rompimento com o princípio do equilíbrio econômico-financeiro. Entendemos, contudo, que não há infringência a esse princípio. Considerando que o órgão regulador adote os procedimentos técnicos corretos na utilização do CAPM, a taxa de remuneração do capital próprio, ou seja, a rentabilidade, será mais ou menos elevada, conforme o risco assumido. Logo, o modelo permite o balanceamento correto entre os encargos e as vantagens do concessionário e assim está de acordo com o princípio do equilíbrio econômico-financeiro.

Em resumo, o cálculo da taxa de retorno pelo método do custo ponderado de capitais implica romper com a ótica tradicional do equilíbrio econômico-financeiro, em que a rentabilidade inicial da concessão deve ser mantida ao longo da vigência do contrato. A taxa de retorno no modelo utilizado pela Aneel será sempre em função das características das empresas distribuidoras, do setor elétrico e da conjuntura econômica, de modo que a cada revisão será definida uma taxa de retorno correspondente às condições do negócio naquele momento. O equilíbrio econômico-financeiro no novo modelo regulatório para o setor elétrico é um conceito dinâmico e varia segundo as especificidades de cada empresa.

294

Aspecto importante a ser ressaltado sobre a rentabilidade do negócio diz respeito ao fato de não ter havido licitações para novas concessões de distribuição de energia elétrica, o que traz implicações sobre o princípio do equilíbrio econômico-financeiro. Isso porque os contratos de concessão firmados entre o poder concedente e os concessionários estabeleceram a mudança de regime tarifário, em que as tarifas são fixadas pelo preço máximo. Todavia, no momento inicial, as tarifas foram definidas em função dos custos das concessionárias e de uma remuneração considerada justa, sem que houvesse, por parte do poder concedente, vinculação a um percentual determinado de rentabilidade do concessionário.

No regime do serviço pelo custo, o poder concedente era obrigado a garantir ao concessionário, pelo mecanismo de reajustes anuais e revisão extraordinária, uma rentabilidade predeterminada. Contudo, quando da prorrogação de contratos atualmente em vigor, não houve essa definição de rentabilidade. Logo, em termos de equilíbrio econômico-financeiro, não há de se falar em direito do concessionário à rentabilidade inicial do contrato.

RECEITAS DE ATIVIDADES PARALELAS

Ainda em relação à recomposição tarifária, cabe discutir a questão das receitas paralelas, referentes às atividades extraconcessão que deverão contribuir para a modicidade das tarifas. Havendo tais receitas, estas deverão ser subtraídas da receita verificada por ocasião do reposicionamento, cabendo ao regulador estipular o percentual de redução.

Quanto à obrigação de o concessionário compartilhar seus ganhos extraordinários com os consumidores, não há controvérsias, não somente porque a lei assim determina, mas também por uma questão de justiça. As oportunidades econômicas surgidas para o empresário são propiciadas pela exploração do serviço público concedido, logo, o Estado permite que o concessionário aproveite essas oportunidades sob a condição de que os resultados obtidos também beneficiem o consumidor sob a forma de tarifas menores.

Os pontos controversos são: o que e quanto deve ser compartilhado com o consumidor? Receita ou lucro? Em que percentual? Obviamente, não é viável a previsão do repasse integral das receitas obtidas com atividades paralelas, pois não haveria incentivo ao empresário para continuar explorando tais atividades. Nada impede, contudo, que o órgão regulador fixe um percentual do lucro em correspondência com a receita auferida em atividades paralelas para fins de subtração da receita verificada. O percentual a ser repassado às tarifas deve levar em conta o fator estímulo à exploração relativamente ao benefício aos consumidores.

A Lei nº 8.987/1995, no art. 11, refere-se a fontes de receita alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados que deverão favorecer a modicidade das tarifas. Não dispõe, porém, sobre como isso ocorrerá, cabendo ao órgão regulador decidir a questão. O parágrafo único do mesmo artigo determina que as fontes de receita previstas serão consideradas para aferição do equilíbrio econômico-financeiro inicial.

Pode-se entender, portanto, que, se houve licitação e o proponente previu as fontes adicionais de receita, estas foram computadas na determinação do equilíbrio econômico-financeiro inicial. Logo, nas revisões periódicas, o percentual de contribuição será o mesmo que o fixado no contrato inicial.

Esta não é, porém, a situação observada no Brasil, pois não houve nenhuma licitação para novas concessões de distribuição de energia elétrica, de modo que a questão das fontes de receita paralelas ficou para ser definida nas revisões periódicas.

Nas revisões tarifárias periódicas das concessões de serviços de distribuição de energia elétrica, a Aneel faz constar, em anexo às notas técnicas relativas às revisões, de metodologia para consideração das receitas extraconcessão nas tarifas. Trata-se, entretanto, de descrição de procedimentos que a agência reguladora pretende utilizar com vistas a incentivar a gestão eficiente do negócio complementar. Não há quaisquer referências aos critérios que serão utilizados para determinar a contribuição das receitas extraconcessão para a modicidade das tarifas.

Até o momento, a Aneel vem se limitando a arbitrar um percentual de receita extraconcessão para fins de modicidade tarifária. Faz-se, necessário, no entanto, que o órgão regulador estabeleça critérios transparentes e justificados para a consideração das fontes de receitas paralelas nas revisões periódicas.

O FATOR X

O segundo momento do processo de revisão tarifária periódica consiste na determinação do Fator X que, como explicamos anteriormente, este representa um estímulo à eficiência e à modicidade das tarifas. A metodologia atualmente aplicada para o cálculo do Fator X considera os ganhos de produtividade da concessionária, previstos para o período tarifário seguinte, relativos ao crescimento do mercado atendido; o grau de satisfação do consumidor com o desempenho da concessionária; e a manutenção

da condição de equilíbrio econômico-financeiro definida na revisão tarifária periódica, conforme determinação do CNPE.

Quanto ao componente de produtividade (X_e), a cada revisão periódica, é fixado o percentual de ganhos de produtividade a ser repassado aos consumidores quando dos reajustes tarifários anuais previstos no contrato. Tal percentual (ou percentuais diferenciados) deverá (ão) vigorar até a revisão posterior (até o último reajuste que antecede a revisão). O órgão regulador, ao calcular o X_e , tem em vista repassar aos consumidores os excedentes de fluxos de caixa obtidos com o crescimento da demanda, mediante redução de tarifas.

Ainda que não haja um método tecnicamente mais indicado de estimativa do Fator X , pode-se afirmar que se trata de uma projeção baseada na ocorrência de eventos futuros, dependente de uma série de variáveis micro e macroeconômicas, de modo que o seu cálculo está sujeito a um elevado grau de incerteza.

Quando da estimativa do Fator X , a concessionária deve estar em equilíbrio econômico-financeiro, já que a estrutura econômica observada neste momento será tomada como referencial para o cálculo. Além do mais, apenas as parcelas que compõem os custos operacionais gerenciáveis são consideradas para efeito de estimativa do Fator X_e , pois os ganhos de produtividade pretendidos são gerados por essas parcelas.

Visando a estimular a entrada de novos investidores no setor elétrico, o fator de compartilhamento de produtividade a ser repassado aos consumidores foi fixado como zero no início da assinatura dos contratos até a primeira revisão periódica. Isto significa que os ganhos de produtividade havidos nesse período inicial são retidos somente pelos concessionários. Uma vez estimado o Fator X_e na primeira revisão periódica, este será aplicado a cada ano quando do reajuste tarifário, sendo subtraído⁷¹ do índice de reajustes de preços adotado (em geral, o IGP-M da FGV).

296

Em princípio, a aplicação de um redutor tarifário implica para o concessionário a necessidade de elevar a eficiência e a produtividade da empresa. Mantida a eficiência anterior, o concessionário poderá sujeitar-se a redução na rentabilidade do negócio. O aumento da eficiência e da produtividade deve superar o Fator X para que o concessionário mantenha suas expectativas de ganhos.

Em compensação, o diferencial de eficiência e de produtividade que ultrapasse o Fator X será integralmente apropriado pelo concessionário até a próxima revisão. O Fator X funciona como meta de produtividade a ser atingida pelo concessionário. De um lado, o consumidor é beneficiado com tarifas reduzidas; de outro, o concessionário é autorizado a se apropriar de ganhos excedentes, caso atinja um nível de eficiência e de produtividade maior do que o fixado pelo órgão regulador.

Sob o aspecto jurídico, consideramos que a incidência do Fator X_e sobre a fórmula de reajuste contratual é válida dentro do modelo regulatório estabelecido. O concessionário tem como encargo superar as metas de produtividade que lhe são impostas via Fator X , para que não incorra em prejuízos; entretanto, tem como vantagem a possibilidade de se apropriar, entre os períodos revisionais, de lucros excedentes auferidos. Ou seja, os encargos e as vantagens estarão balanceados.

O problema da utilização de fator de produtividade não é o de oneração do concessionário, mas sim do consumidor, de forma indireta. O concessionário tem autonomia para gerir seus recursos produtivos e sujeita-se ao risco de lucros e prejuízos, conforme atinja ou não os índices de produtividade fixados (se considerarmos apenas

os custos gerenciáveis). O modo mais simples de o concessionário minimizar o risco de prejuízo é reduzir seus custos gerenciáveis, por meio da redução da qualidade do serviço. Em vez de aprimorar a eficiência técnica, o concessionário pode superar os padrões fixados pela redução de custos administrativos (dispensa de pessoal, terceirização de serviços etc.). Nesse caso, o consumidor arcaria com o ônus de pagar por um serviço de má qualidade.

Considerando essa possibilidade, a Aneel introduziu o componente de qualidade Xc no cálculo do Fator X. Tal componente é estimado mediante a utilização de um modelo *benchmark*, em que se determina um *benchmarking* a ser superado pela concessionária. Se a meta for atingida, a concessionária será premiada; ao contrário, será punida.

Atualmente, a Aneel aplica como *benchmarking* para o cálculo do componente de qualidade, o Índice Aneel de Satisfação do Consumidor (IASC) igual a 7, que significa a avaliação “perto do ideal” para a empresa.

Entendemos que o componente Xc fere o princípio do equilíbrio econômico-financeiro porque embute um elevado componente de subjetividade em seu cálculo. O não atingimento do *benchmarking* fixado para as concessionárias tem efeito punitivo para a empresa, o que não é inerente à regulação econômica.

Interessa destacar o seguinte trecho constante da Resolução Normativa nº 55/2004, da Aneel:

Nos termos apresentados, demonstra-se que o componente Xc pode resultar em punição ou prêmio à concessionária de forma simétrica, dependendo exclusivamente da avaliação do consumidor em relação ao serviço prestado por sua concessionária.

Do ponto de vista conceitual, a aplicação regulatória do componente Xc é extremamente importante quando se considera a condição de cliente cativo do serviço monopólico de distribuição de energia elétrica. **É evidente que o ponto de vista desse usuário é, por definição, subjetivo.** Porém, é igualmente evidente o impacto econômico e institucional que exerce a opinião do usuário de um serviço sobre o prestador desse serviço, quando essa prestação está sujeita às regras de concorrência – ainda que essa opinião seja subjetiva.

A aplicação do Fator Xc, considerando os termos da Resolução Normativa nº 55/2004 da Aneel, não encontra sustentabilidade jurídica, dado seu caráter subjetivo. O cálculo do IASC depende preponderantemente da percepção do usuário acerca da imagem da concessionária. Inúmeros fatores podem interferir na satisfação do usuário, independentemente de a empresa apresentar desempenho operacional eficiente ou de estar realizando investimentos e melhorias necessários à prestação do serviço adequado.

Assim, o IASC é influenciado por questões relacionadas à renda do consumidor, ao custo do serviço prestado, aos diferentes graus de exigência de qualidade conforme a região em que a concessionária atua, ao desconhecimento das obrigações e responsabilidades contratuais da concessionária e até mesmo à época de realização da pesquisa. Todos esses fatores introduzem viés na pesquisa, tornando o componente Xc inapropriado à finalidade do Fator X.

Cabe ressaltar ainda que tanto os usuários quanto as empresas são induzidos a adotar comportamento oportunista. Na medida em que os usuários estão conscientes

de que a nota conferida à concessionária pode acarretar redução da tarifa de energia elétrica, não se pode esperar que façam uma avaliação isenta. A concessionária, por sua vez, tenderá a projetar nos usuários, por meio de campanhas publicitárias, a imagem de que presta serviço adequado, de forma a induzi-lo a avaliar positivamente a empresa.

O IASC, nessas circunstâncias, deixa de ser um índice representativo da satisfação do consumidor, desviando-se de sua finalidade. Conseqüentemente, o componente Xc passa a ser influenciado por um índice não-consentâneo com a realidade.

Dessa forma, devido aos fatores mencionados, entendemos que o componente Xc, além de não ter respaldo jurídico, não atende aos objetivos da regulação por incentivos. O controle sobre a qualidade do serviço prestado deve ser feito por meio da regulação técnica, cabendo a aplicação das sanções previstas no contrato para os casos de descumprimento das obrigações da concessionária.

Quanto ao componente Xa, decorrente de determinação do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) à Aneel, está vinculado à manutenção da condição de equilíbrio econômico-financeiro do contrato. O objetivo de se introduzir esse componente no cálculo do Fator X foi tão-somente aplicar ao fator mão-de-obra da Parcela B um índice inflacionário que refletisse mais adequadamente as variações de custo desse insumo. Nesse caso, foi escolhido o IPCA, um indexador mais condizente com a realidade brasileira, não influenciado tão fortemente pelas variações no dólar, como o IGP-M.

298

Um dos problemas relacionados ao componente Xa é que está desvinculado do objetivo do Fator X de ser instrumento de estímulo à eficiência, nos termos originalmente propostos pela Aneel. O outro problema, de ordem formal, diz respeito à competência do CNPE para interferir nos procedimentos de revisão tarifária periódica, uma vez que a fixação desses procedimentos é de competência da Aneel, tal como previsto no art. 3º, *caput*, da Lei nº 9.427/1996⁷² conjugado com o art. 29, V, da Lei nº 8.987/1995⁷³.

O CNPE, criado pela Lei nº 9.478, art. 2º, de 6 de agosto de 1997, é um órgão colegiado de assessoramento do Presidente da República, cujas atribuições estão ligadas à definição e à implementação de política energética do País e não à política tarifária⁷⁴. Portanto, pode-se afirmar que o CNPE exorbitou de sua competência ao editar a Resolução nº 1, de 4 de abril de 2003, que obrigou a Aneel a inserir na metodologia de cálculo do Fator X “[...] índice que refletisse o valor da remuneração da mão-de-obra do setor formal da economia brasileira”. Dessa forma, tal Resolução é ilegal, pois infringe o art. 29 da Lei nº 8.987/1995, invadindo a esfera de competências da Aneel para proceder às revisões tarifárias.

Em face do exposto neste artigo, podemos concluir que o princípio do equilíbrio econômico-financeiro, quando analisado sob o prisma do regime tarifário de preços máximos, vigente nos termos da Lei nº 8.987/1995, possui significado diverso do considerado pela nossa doutrina.

A ótica tradicional do princípio do equilíbrio econômico-financeiro não considera a questão da eficiência e da modicidade tarifária. A questão premente do órgão regulador nesse contexto é recompor o equilíbrio econômico-financeiro, quando ocorrerem perdas para o concessionário decorrentes de alteração unilateral do contrato, fato do príncipe, fato da administração (áreas administrativas) ou que se enquadrem na teoria da imprevisão (álea econômica).

Já no contexto da nova legislação sobre concessões, deve ser observada a questão da eficiência e da modicidade tarifária, pois o usuário do serviço público, alçado à condição do consumidor, recebeu tratamento especial, devendo ser protegido contra abusos de preços e contra arbitrariedades do poder concedente ou da concessionária. O órgão regulador adquire nessas condições legitimidade quando atua com vistas a proteger os usuários-consumidores, o que é o caso da revisão tarifária periódica.

O princípio do equilíbrio econômico-financeiro continua sendo observado no novo regime, mas não se fala mais em intangibilidade da equação, pois o órgão regulador deverá primordialmente se utilizar de sua competência visando à busca do serviço adequado, o que implica modicidade tarifária e proteção dos consumidores.

Dadas as características peculiares da concessão, principalmente a de ser um contrato de longo prazo, de modo que a concessionária está sujeita às variações na economia e às exigências de manter a qualidade do serviço, o equilíbrio econômico-financeiro deve ser avaliado sob um prisma dinâmico, associado à realidade e à perspectiva econômica do momento de cada revisão.

Com exceção do cálculo do Fator X, em que se introduziu o componente X_c, cujo cálculo embute alto grau de subjetividade, e o componente X_a, que padece de vício de ilegalidade, entendemos que os instrumentos regulatórios concernentes ao regime de preços máximos, tal como proposto pela Aneel estão aptos, se aplicados com correção técnica, a cumprir o seu papel de harmonizar os interesses de concessionários e consumidores, garantindo as condições para os investimentos necessários, para a busca da eficiência e, sobretudo, para a modicidade de tarifas. Ressalte-se, ainda, que a utilização de métodos e critérios técnicos, aplicados igualmente a todos os contratos de concessão, reduz o risco de captura do regulador pelas concessionárias.

Em uma interpretação sistemática, entendemos que a revisão tarifária periódica, a despeito de não estar expressa na legislação sobre concessões, encontra respaldo constitucional e legal. O modelo regulatório em questão está de acordo com o princípio da eficiência, referido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal⁷⁵, e com os princípios de defesa do consumidor insertos na mencionada Carta Magna, especialmente no art. 5º, XXXII, e no art. 175, parágrafo único, IV⁷⁶. Também encontra fundamento na Lei nº 8.987/1995, arts. 6º, 7º, 9º, 11 e 29⁷⁷; na Lei nº 9.427/1996, arts. 3º, 14 e 15⁷⁸; na Lei nº 8.078/1990, arts. 4º, *caput* e VII, 6º, X e 22⁷⁹; no Decreto nº 2.335/1997, Anexo I, arts. 4º, 12 e 14⁸⁰.

CONCLUSÃO

A concessão de serviços públicos é um instituto peculiar no Direito Administrativo, da qual podemos destacar como características: a complexidade do ato; a preponderância do interesse público; a essencialidade do serviço prestado; a mutabilidade das condições de prestação do serviço; o longo prazo de duração (com vistas a propiciar a amortização de investimentos e o atendimento do princípio da modicidade tarifária); a remuneração do concessionário, mediante tarifas pagas pelos usuários; e, enfim, o caráter empresarial da execução dos serviços concedidos, em que o empresário assume os riscos do negócio com o fim de auferir lucros.

Essas características revelam o duplo aspecto da concessão: a de estar em execução um serviço público e de ser o concessionário uma empresa capitalista que tem por objetivo

o lucro. Em conseqüência, na concessão, coexistem cláusulas regulamentares, cuja finalidade é a garantia da prestação de serviço de forma mais adequada ao interesse público e cláusulas contratuais, que têm por finalidade garantir o direito do concessionário ao equilíbrio econômico-financeiro.

Os diplomas legais surgidos com base no art. 175 da Constituição Federal de 1988 objetivaram conferir à delegação de serviços públicos um tratamento legislativo sistematizado, pois, até o surgimento da Lei nº 8.987/1995 (Lei de Concessões), a matéria era tratada por meio de dispositivos inseridos em leis esparsas.

Além de fundamentarem os principais instrumentos de delegação de serviço público, as Leis nºs 8.987/1995 e 9.074/1995 possuem o mérito de fixar conceitos, cujo tratamento até então era meramente doutrinário e jurisprudencial, embora alguns conceitos permaneçam indeterminados (como o de modicidade tarifária, por exemplo).

Destaca-se como finalidade básica da Lei nº 8.987/1995 a criação de condições para o pleno atendimento aos usuários de serviços públicos, por meio do recebimento de serviço adequado, nos termos definidos no art. 6º, § 1º, da mencionada Lei. A efetivação desse objetivo tem como pressuposto a perfeita observância aos direitos dos usuários, o que inclui o cumprimento do disposto no Código de Defesa do Consumidor, bem como a formulação de política tarifária, cuja finalidade é garantir o equilíbrio econômico-financeiro das concessões, atendido o princípio da modicidade tarifária.

300 No mesmo sentido, verificamos que a legislação que regulamenta especificamente o instituto da concessão de serviços de energia elétrica, em consonância com as normas gerais, revela como finalidade precípua do legislador a harmonização dos interesses dos concessionários com os dos consumidores, sempre tendo em vista a prestação do serviço adequado, o que implica acesso a serviços eficientes, ao menor custo possível (modicidade tarifária).

A evolução verificada no disciplinamento das delegações e que implica a reestruturação dos serviços públicos representa um novo Direito Administrativo brasileiro, principalmente no que se refere à regulação dos serviços públicos concedidos.

O Direito brasileiro acolheu a Teoria das Áleas oriunda do Direito francês, adaptando-a à nossa realidade. Desse modo, a doutrina reconhece o direito à revisão tarifária quando ocorrerem fatos relacionados a áleas administrativas (alteração unilateral do contrato, fato da administração ou fato do príncipe) e econômica (teoria da imprevisão), que provoquem a ruptura no equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

No que se refere à álea econômica, o desequilíbrio deve ser resultante de fatores imprevisíveis ou de difícil previsão, que causem excessiva onerosidade na prestação dos serviços e aos quais o concessionário não tenha dado causa. Se o concessionário comprova, entretanto, que houve rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o poder concedente não pode se abster de recompor a tarifa do concessionário ou de lhe compensar as perdas por outros meios.

Como não poderia deixar de ser, os contratos de concessão de distribuição de energia elétrica contêm cláusula de revisão extraordinária, desencadeada a pedido do concessionário, caso se verifiquem os fatores acima referidos, além de conterem cláusula de reajuste tarifário anual, com vistas a anular os efeitos da inflação sobre o poder de compra das concessionárias.

Sob o fundamento das Leis nºs 8.987/1995, 9.074/1995 e 9.427/1996, um dos maiores desafios da atividade regulatória é assegurar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, simultaneamente à garantia da modicidade tarifária para os usuários de serviços públicos, tendo para isso que observar as normas sobre política tarifária ajustando-as à realidade econômica do País.

Nesse contexto, a revisão e o reajuste de tarifas são instrumentos de que se vale o ente regulador para atingir sua missão institucional. A revisão tarifária periódica constitui-se em principal instrumento do novo regime tarifário – regime de preços máximos (*price cap*), mediante o qual se pretende assegurar que parte dos ganhos de eficiência empresarial se convertam em modicidade de tarifa.

Nos termos definidos pela Aneel, a principal finalidade do processo de revisão tarifária periódica consiste em: redefinir os níveis das tarifas da concessionária, de modo a atender, simultaneamente, os seguintes objetivos: i) manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, criando as condições para a concessionária auferir receita capaz de cobrir os custos operacionais eficientes e obter retorno adequado sobre os investimentos prudentes; ii) proteger os consumidores cativos contra a prática de preços abusivos; iii) compartilhar com os consumidores os ganhos de produtividade da concessionária; e iv) proporcionar receita suficiente para a prestação de serviços adequados de fornecimento de energia elétrica.

O reflexo da revisão periódica sobre as tarifas é observado em dois momentos: o primeiro, no reposicionamento tarifário, que transfere aos consumidores parte dos ganhos passados; o segundo, na determinação do Fator X, que visa a transferir aos consumidores parte dos ganhos futuros.

O modelo de revisão periódica adotado pela Aneel desvincula-se das concepções do Direito francês, incorporadas pela doutrina nacional, e traz como inovação exatamente a ruptura com a idéia de intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro, em razão da possibilidade de o poder concedente mexer na composição da tarifa. Embora o reposicionamento tarifário, com vistas ao restabelecimento desse equilíbrio, seja um dos objetivos da revisão periódica, não se trata de manter o equilíbrio inicial, mas sim de estabelecer um novo, ajustado às condições da concessionária, do setor elétrico e da economia em geral, vigentes no momento da revisão.

Os procedimentos de revisão tarifária periódica adotados pela Aneel são bastante complexos e exigem profundo conhecimento das técnicas de regulação econômica para que sejam aplicados adequadamente, de forma a cumprir com o objetivo de recompor o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Ressaltamos, entretanto, que não avaliamos a aplicação concreta das técnicas e dos instrumentos regulatórios pela Aneel, o que envolveria análise econômico-financeira, distanciando-nos do escopo deste trabalho.

Do ponto de vista jurídico, os pontos controversos relativos ao processo de revisão periódica e que provocam alteração do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato são: eficiência empresarial e rentabilidade do negócio, o que inclui questões como: definição de custos eficientes (mediante a metodologia da empresa de referência), cálculo de taxa de retorno dos investimentos e, destacadamente, compartilhamento dos ganhos de produtividade com os consumidores (Fator X). Também é relevante a definição do percentual de receitas extraconcessão para fins de modicidade tarifária.

Segundo podemos verificar da comparação da doutrina com a prática da Aneel, o equilíbrio econômico-financeiro pode ser definido sob duas óticas diferentes. A primeira é a

visão da doutrina tradicional que entende por princípio do equilíbrio econômico-financeiro a vinculação do contrato às condições econômicas e financeiras estabelecidas no momento da contratação. Assim, é garantido ao concessionário a manutenção, durante a execução contratual, da relação inicial entre encargos e retribuições. A rentabilidade do contrato, definida no momento da assinatura, fica mantida durante toda a vigência da concessão.

O outro conceito, decorrente da revisão tarifária praticada pela Aneel sob o modelo de regulação por incentivos (RPI-X *price cap*), reequilibra os encargos e as retribuições do concessionário em face das condições conjunturais da empresa e do mercado de atuação. Não há vinculação à rentabilidade da concessão no momento da assinatura do contrato, mas sim definição de uma nova rentabilidade, resultante da recomposição tarifária, não associada a parâmetros estabelecidos no momento da concessão.

Entendemos que não há fundamento para se alegar o desrespeito ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro porque, primeiro, há previsão legal e contratual para a revisão periódica. Segundo, a concessionária tem o poder de participar ativamente da revisão e de discutir todos os procedimentos com o agente regulador. Terceiro, se o concessionário conseguiu no período anterior reduzir os custos de modo a obter lucro maior do que o previsto originalmente, significa que ele embolsou sozinho esses ganhos excedentes no período anterior à revisão. Registre-se, aliás, que no período entre a contratação e a primeira revisão periódica não há metas de eficiência nem previsão de compartilhamento de ganhos, de modo que, nesse ínterim, a concessionária se apropria sozinha dos ganhos excedentes.

302 Mais importante sobretudo é ter em mente que estamos tratando de serviços públicos e que a proteção do consumidor é matéria de ordem pública. É certo que o caráter de prestação de serviços é empresarial e que, pelos riscos assumidos, os concessionários têm direito à remuneração justa (compatível com os investimentos, no sentido de se manter a sustentabilidade econômica do negócio), mas não decorre desse fato que o Estado pode permitir ao particular prestar serviço essencial à coletividade e obter lucros excedentes à custa dos consumidores que pagam as tarifas e que não podem escolher o fornecedor do serviço.

Não se pode assim avaliar a questão da juridicidade da revisão periódica simplesmente sob o aspecto da intangibilidade do princípio do equilíbrio econômico-financeiro, mesmo porque ficou demonstrado que os fatores que interferem nos elementos componentes das tarifas sofrem variações contínuas ao longo do prazo de concessão, de modo que a relação entre encargos e retribuições do concessionário também varia continuamente. O equilíbrio econômico-financeiro, portanto, tem natureza dinâmica.

Assim, há de se analisar a questão da validade jurídica do modelo de regulação por incentivos, inerente às revisões periódicas, de forma sistemática. Tal afirmação implica conjugar o princípio do equilíbrio econômico-financeiro com outros princípios, em especial, o da equidade, que respalda o princípio da modicidade tarifária, e garante ao consumidor manter a equivalência entre direitos e obrigações relativamente ao concessionário.

O equilíbrio econômico-financeiro não é apenas um conceito abstrato e estático, mas sim uma relação concreta e mutante, em que encargos e vantagens oscilam ao longo do prazo de vigência contratual.

Podemos concluir que o princípio do equilíbrio econômico-financeiro, quando analisado sob o prisma do regime tarifário de preços máximos, vigente nos termos da Lei nº 8.987/1995, possui significado diverso do considerado pela nossa doutrina.

A ótica tradicional do princípio do equilíbrio econômico-financeiro não considera a questão da eficiência e da modicidade tarifária. A questão premente do órgão regulador nesse contexto é recompor o equilíbrio econômico-financeiro, quando ocorrerem perdas extraordinárias para o concessionário decorrentes de alteração unilateral do contrato, fato do príncipe, fato da administração (áreas administrativas) ou que se enquadrem na teoria da imprevisão (área econômica).

Já no contexto da nova legislação sobre concessões, deve ser observada a questão da eficiência e da modicidade tarifária, pois o usuário do serviço público, alçado à condição do consumidor, recebeu tratamento especial, devendo ser protegido contra abusos de preços e contra arbitrariedades do poder concedente ou da concessionária. O órgão regulador adquire nessas condições legitimidade quando atua com vistas a proteger os usuários-consumidores, o que é o caso da revisão tarifária periódica.

Dadas as peculiaridades da concessão, principalmente a de ser um contrato de longo prazo, o equilíbrio econômico-financeiro deve ser avaliado de acordo com a realidade e a perspectiva econômica do momento de cada revisão.

Os instrumentos regulatórios concernentes ao regime de preços máximos, tais como propostos pela Aneel, estão aptos, se aplicados com correção técnica, a cumprir o seu papel de harmonizar os interesses de concessionários e consumidores, garantindo as condições para os investimentos necessários, para a busca da eficiência e, sobretudo, para a modicidade de tarifas.

Fazemos apenas a ressalva referente à introdução do componente de qualidade (Xc) e do componente oriundo da Resolução-CNPE nº 1/2003 (Xa), no cálculo do Fator X. Quanto ao componente Xc, ressaltamos o fato de estar embutido em seu cálculo alto grau de subjetividade e de ter caráter punitivo, que foge aos objetivos da revisão tarifária periódica. A obrigação de manter serviço de qualidade deve ser garantida por meio de regulação técnica, sujeitando-se as concessionárias descumpridoras de suas obrigações às penalidades contratuais cabíveis.

Quanto ao componente Xa, entendemos estar destituído de fundamentação legal, uma vez que decorreu de ato do CNPE, cuja esfera de competências não diz respeito à fixação de política tarifária. A competência para o estabelecimento de procedimentos de revisão tarifária é da Aneel, em conformidade com o art. 3º da Lei nº 9.427/1996 conjugado com o art. 29 da Lei nº 8.987/1995.

Em uma interpretação sistemática, entendemos que a revisão tarifária periódica, a despeito de não estar expressa na legislação sobre concessões, encontra respaldo constitucional e legal. O modelo regulatório em questão está de acordo com os princípios de defesa do consumidor insertos na Constituição Federal, especialmente no art. 175, parágrafo único, IV, além do princípio da eficiência, citado no art. 37, *caput*. Também encontra fundamento na Lei nº 8.987/1995, arts. 6º, 7º, 9º, 11 e 29; na Lei nº 9.427/1996, arts. 3º, 14 e 15; na Lei nº 8.078/1990, art. 4º, *caput* e VII, art. 6º, X; e art. 22; no Decreto nº 2.335/1997, Anexo I, arts. 4º, 12 e 14.

O processo de revisão tarifária periódica não fere o princípio do equilíbrio econômico-financeiro nem significa atuação irregular do órgão regulador, pois o direito do concessionário à remuneração justa continua respeitado. Ao contrário, o referido processo é legítimo, pois permite o atendimento precípua do interesse público, induzindo ao compartilhamento com a sociedade de parte dos benefícios auferidos pelas concessionárias na prestação de serviços públicos.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL). Superintendência de Regulação Econômica. *Nota Técnica nº 097/2001-SRE/ANEEL*. Brasília, 2001.

_____. *Nota Técnica nº 095/2004-SRE/ANEEL*. Brasília, 2004.

_____. *Nota Técnica nº 155/2004-SRE/ANEEL*. Brasília, 2004.

BENJÓ, Isaac. *Fundamentos da economia da regulação*. Rio de Janeiro: Thex, 1999.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das agências reguladoras. In: SEMINÁRIO O CONTROLE EXTERNO DA REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, 2002, Brasília. *O Controle externo na regulação de serviços públicos*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2002. p. 55-65.

FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. *A regulação de serviço público concedido*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessão de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.

304 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

MUKAI, Toshio. *Concessões, permissões e privatização de serviços públicos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

PIRES, José Cláudio Linhares; PICCININI, Maurício Serrão. *Mecanismos de regulação tarifária do setor elétrico: a experiência internacional e o caso brasileiro*. Rio de Janeiro: BNDES, 1998. (Textos para discussão, n. 64).

NOTAS

¹ A Aneel informa, na verdade, que aplicará os procedimentos de revisão tarifária às 64 (sessenta e quatro) distribuidoras atualmente existentes. Entretanto, 3 (três) dessas distribuidoras ainda não tiveram seus contratos de concessão assinados, não estando sujeitas, portanto, ao processo de revisão tarifária periódica. (AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>> Acesso em: 27 set. 2004).

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das agências reguladoras*. Brasília: TCU, 2002, p. 55.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 3. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1999, p. 92.

⁴ *Ibidem*, p.92.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das agências reguladoras*. Brasília: TCU, 2002. p. 56.

⁶ Tanto o Decreto-Lei nº 2.300/1986 quanto a Lei nº 8.666/1993, que revogou referido Decreto-Lei, instituíram normas sobre licitações e contratos na Administração Pública Federal. Sobre o equilíbrio econômico-financeiro, o art. 65, II, da Lei nº 8.666/93 assim dispõe:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II – por acordo das partes:

[...]

d) para restabelecer a relação que as partes inicialmente pactuaram entre os encargos e as condições do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1999, p. 99

⁸ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 487; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 99; JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 1993, p. 149.

⁹ A Lei nº 8.987/1995, art. 9º, dispõe da seguinte maneira sobre a fixação de tarifas:

Art. 9. A tarifa do serviço público será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta lei, no edital e no contrato.

§1º A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário.

§2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 418.

¹¹ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1999., p. 92.

¹² WALD, Arnold. Do direito adquirido à equação econômico-Financeira nos contratos administrativos. *Boletim de Direito Administrativo nº 1*, São Paulo: Editora NDJ Ltda, 1998, p. 4.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessão de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1993, p.145.

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 418.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20ª ed. ver. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p.199.

¹⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 253.

¹⁷ AZEVEDO, Eurico de A. e ALENCAR, Maria Lúcia de A. *Concessão de serviços públicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 39.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 93.

¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, p. 424.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessão de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 1993, p. 150.

- ²¹ O art. 11 da Lei nº 8.987/1995 dispõe: No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade de tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.
- ²² Conforme a interpretação, a *contrario sensu*, do art. 17 da Lei nº 8.987/1995: Considerar-se-á desclassificada a proposta de entidade estatal alheia à esfera político-administrativa do poder concedente que, para sua viabilização necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei ou à disposição de todos os concorrentes.
- ²³ BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos*. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2001, p.66.
- ²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 182.
- ²⁵ BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de Serviços Públicos*. 2ª ed, Curitiba: Juruá Editora, 2001, p. 66.
- ²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 482.
- ²⁷ *Ibidem*, p. 483.
- ²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessão de serviços públicos*. Concessão de serviços público. São Paulo: Dialética, 1993, p. 150-151.
- ²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 93-101.
- ³⁰ MUKAI, Toshio. *Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.30-32.
- ³¹ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 27 set. 2004.
- ³² *A regulação de serviço público concedido*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 39.
- ³³ Entre as atividades inerentes ao setor elétrico, geração, transmissão, distribuição e comercialização, temos que a geração e a comercialização são atividades competitivas, enquanto a transmissão e a distribuição são monopólios naturais.
- ³⁴ Kennet Train conceitua monopólio natural da seguinte maneira: “um monopólio natural surge quando a estrutura de custos de produção do setor considerado faz com que o mercado seja atendido com menores preços por uma empresa ao invés de mais de uma.” (*Apud* BENJÓ. *Fundamentos da economia da regulação*. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1999, p. 68.).
- ³⁵ BENJÓ. *Fundamentos da economia da regulação*. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1999, p. 69.
- ³⁶ *Idem*, p. 69.
- ³⁷ PIRES, José Cláudio Linhares e PICCININI, Maurício Serrão. *Mecanismos de regulação tarifária do setor elétrico: a experiência internacional e o caso brasileiro*. Textos para Discussão nº 64. Rio de Janeiro, julho-1998, p.7. Nas palavras dos citados autores, “o conceito de **eficiência produtiva** é entendido como utilização da planta instalada, pelo produtor, com máximo rendimento e menor custo, dada a estrutura de mercado. A eficiência distributiva pode ser definida como a capacidade de redução, pela concorrência ou pela regulação, da apropriação de excedentes econômicos por parte do produtor. A **eficiência alocativa**, por sua vez, é a situação na qual se realiza o maior volume de transações econômicas, gerando a maior renda agregada possível. [...] a **eficiência dinâmica** é um conceito que considera o mercado como ambiente seletivo, ou seja, com a capacidade de selecionar inovações de produto e de processo que resultem em redução futura de custos e preços e em melhoria da qualidade dos produtos” [...].
- ³⁸ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 27 set. 2004.
- ³⁹ *Idem*.
- ⁴⁰ O Contrato de Concessão nº 001/1995, firmado em 17 de julho de 1995, com as Centrais Elétricas do Espírito Santo (Escelsa), em que a União foi representada pelo Ministério de Minas e Energia (MME) e pelo extinto Departamento Nacional de Águas e Energia (Dnae), é diferente dos demais. As disposições contratuais sobre reajuste, revisão e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro contam da

Cláusula Nona. Entretanto, não foram definidos nessa cláusula os critérios e os procedimentos para o reajuste e a revisão dos contratos, conforme preceituam os arts. 18 e 23 da Lei nº 8.987/1995. A sistemática de reajustes das tarifas de fornecimento de energia elétrica da Escelsa, em 2002 e 2003, somente veio a ser estabelecida em 2001, quando da segunda revisão tarifária periódica, mediante Resolução nº 321, de 6 de agosto de 2001, da Aneel.

⁴¹ A transcrição foi extraída do Contrato de Concessão nº 162/98 – Aneel – Metropolitana, relativo à concessionária Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A. (AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>> . Acesso em: 27 set. 2004).

⁴² As subcláusulas transcritas referem-se ao Contrato de Concessão nº 162/1998 para distribuição de Energia Elétrica, que celebram a União e a Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A. Tais subcláusulas constam de todos os contratos de concessão de serviços de distribuição, com exceção do contrato firmado com as Centrais Elétricas do Espírito Santo S.A.(Escelsa). Vale ressaltar que nos contratos firmados com a Light Serviços de Eletricidade S.A. e com a Companhia de Eletricidade do Estado do Rio de Janeiro (CERJ), o texto transcrito consta da Cláusula Sétima – Quinta e Sexta Subcláusulas; no contrato firmado com a Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia (Coelba), o normativo referido está na Sexta e Sétima Subcláusulas. Já no contrato celebrado com a Elektro – Eletricidade e Serviços S.A., o texto consta da Cláusula Oitava – Sétima e Oitava Subcláusulas. (AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>> . Acesso em: 4 out. 2004).

⁴³ Idem.

⁴⁴ A Cláusula Primeira, Subcláusula Quarta, do Contrato de Concessão nº 001/1995 prevê a possibilidade de o concessionário auferir receitas complementares ou acessórias, desde que associadas às atividades de prestação de serviços de energia elétrica, e de que tais receitas sejam computadas para fins de aferição do equilíbrio econômico-financeiro.

⁴⁵ Consumidores regulados são os que não se enquadram no conceito de consumidores livres, que segundo a legislação atual são aqueles com carga igual ou maior que 10MW, atendidos em tensão igual ou superior a 69kV, ou com carga igual ou maior a 3 MW, atendidos em qualquer tensão. (Resolução Aneel nº 249/1998, art.3º-AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>> . Acesso em: 11 nov. 2002).

⁴⁶ Idem. Acesso em: 12 jul.2002.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Superintendência de Regulação Econômica. *Nota Técnica nº 025/2000-SRE/ANEEL*. Brasília,2000, p.4.

⁴⁹ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA, Superintendência de Regulação Econômica. *Nota Técnica nº 097/2001-SRE/ANEEL*. Brasília, 2000, p. 38.

⁵⁰ *Apud* BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 415.

⁵¹ Dispõe sobre a fixação dos níveis das tarifas para o serviço público de energia elétrica, extingue o regime de remuneração garantida [...]. (Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 mar. 1993, p. 2.597).

⁵² Regulamenta a Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993, que dispõe sobre a fixação dos níveis de tarifas para o serviço público de energia elétrica, extingue o regime de remuneração garantida [...]. (Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 mar. 1993, p. 3289).

⁵³ A garantia de remuneração mínima ao concessionário estava inserta no art. 1º da **Lei nº 5.655, de 20 de maio de 1971** (Dispõe sobre a Remuneração Legal do Investimento dos Concessionários de Serviços Públicos de Energia Elétrica [...]), a seguir transcrito:

Art. 1º A remuneração legal do investimento, a ser computada no custo do serviço dos concessionários de serviços públicos de energia elétrica, será de 10% (dez por cento) a 12% (doze por cento), a critério do Poder Concedente.

§ 1º A diferença entre a remuneração resultante da aplicação do valor percentual aprovado pelo Poder Concedente e a efetivamente verificada no resultado do exercício será registrada na Conta de Resultados a Compensar, do concessionário, para fins de compensação dos excessos e insuficiências de remuneração.

- ⁵⁴ Art. 14. O regime econômico e financeiro da concessão de serviço público de energia elétrica, conforme estabelecido no respectivo contrato, compreende:
- I – a contraprestação pela execução do serviço, paga pelo consumidor final com tarifas baseadas no serviço pelo preço, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;
- [...]
- IV – apropriação de ganhos de eficiência empresarial e de competitividade;
- ⁵⁵ Em tradução livre: Índice de Preços no Varejo menos X.
- ⁵⁶ BENJÓ, Isaac. *Fundamentos da Economia da Regulação*. Rio de Janeiro: Thex, 1999, p. 90.
- ⁵⁷ Mecanismos de regulação tarifária do setor elétrico: a experiência internacional e o caso brasileiro. Texto para Discussão 64. Rio de Janeiro: BNDES, jul. 1998, p. 18.
- ⁵⁸ Art.9º [...] §3º. Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, a alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão de tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.
- ⁵⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Regime jurídico dos contratos para fornecimento de energia elétrica com agência reguladora do setor. Interpretação de disposições legais e contratuais, repasses automáticos de aumentos de tributos e encargos legais, parecer. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo: NDJ, nº 5, 2001, p.338-339.
- ⁶⁰ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Superintendência de Regulação Econômica. *Nota Técnica nº 155 – Anexo I*, 2004, p.07.
- ⁶¹ *Fundamentos da economia da regulação*. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1995, p. 93.
- ⁶² *Mecanismos de regulação tarifária do setor elétrico: a experiência internacional e o caso brasileiro*. Texto para Discussão 64. Rio de Janeiro: BNDES, jul. 1998, p. 28.
- ⁶³ Idem.
- ⁶⁴ A cláusula transcrita refere-se ao Contrato de Concessão nº 162/1998 para distribuição de Energia Elétrica, que celebram a União e a Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A. Tal cláusula consta de todos os contratos de concessão de serviços de distribuição, com exceção do contrato firmado com as Centrais Elétricas do Espírito Santo S.A.(Escelsa). Vale ressaltar que nos contratos firmados com a Light Serviços de Eletricidade S.A. e com a Companhia de Eletricidade do Estado do Rio de Janeiro (CERJ), o texto transcrito consta da Cláusula Sétima – Quinta Subcláusula; no contrato firmado com a Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia (Coelba), o normativo referido está na Sexta Subcláusula. Já no contrato celebrado com a Elektro – Eletricidade e Serviços S.A., o texto consta da Cláusula Oitava – Sétima Subcláusula. (AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>> . Acesso em: 4 out. 2004).
- ⁶⁵ Parecer. Curitiba: [s.e], 2000, p.77.
- ⁶⁶ Cumpre esclarecer que a garantia econômica do concessionário na concessão de serviço público não é, contudo, uma proteção total que lhe dá o concedente contra qualquer espécie de insucesso econômico ou diminuição de suas perspectivas de lucro. Com efeito, uma vez que o concessionário exerce um serviço estatal, mas por **sua conta, risco e perigos**, é natural que, à moda de qualquer empreendimento comercial ou industrial, se sujeite a certa álea, a certo risco. Pode, portanto, ser como outro empreendedor, integralmente bem-sucedido, parcialmente bem-sucedido ou malsucedido em suas expectativas legítimas de sucesso econômico (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 10ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, p.484).
- ⁶⁷ Idem, p. 80.
- ⁶⁸ *Weighted Average Cost of Capital (WACC)*.
- ⁶⁹ A ilicitude está configurada na infringência ao princípio da modicidade tarifária, constante do art. 6º, caput e art. 1º da Lei nº 8.987/1995; e ao direito do usuário de receber o serviço adequado, conforme art. 7º da mesma lei. A obrigação do concessionário quanto à prestação do serviço adequado está prevista no art. 31 da Lei nº 8.987/1995.

⁷⁰ *Capital Asset Pricing Model*.

⁷¹ Teoricamente, o Fator X também poderá ser negativo, de modo a ser adicionado ao índice de preços por ocasião dos reajustes tarifários.

⁷² Art. 3º Além das incumbências prescritas nos arts. 29 e 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, aplicáveis aos serviços de energia elétrica, compete especialmente à ANEEL:
[...].

⁷³ Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

[...]

V – homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;

[...].

⁷⁴ O art. 2º da Lei nº 9.478/1997 dispõe o seguinte:

Art. 2º Fica criado o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas destinadas a:

I - promover o aproveitamento racional dos recursos energéticos do País, em conformidade com os princípios enumerados no capítulo anterior e com o disposto na legislação aplicável;

II - assegurar, em função das características regionais, o suprimento de insumos energéticos às áreas mais remotas ou de difícil acesso do País, submetendo as medidas específicas ao Congresso Nacional, quando implicarem criação de subsídios;

III - rever periodicamente as matrizes energéticas aplicadas às diversas regiões do País, considerando as fontes convencionais e alternativas e as tecnologias disponíveis;

IV - estabelecer diretrizes para programas específicos, como os de uso do gás natural, do álcool, do carvão e da energia termonuclear;

V - estabelecer diretrizes para a importação e exportação, de maneira a atender às necessidades de consumo interno de petróleo e seus derivados, gás natural e condensado, e assegurar o adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e o cumprimento do Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis, de que trata o art. 4º da Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991.

VI - sugerir a adoção de medidas necessárias para garantir o atendimento à demanda nacional de energia elétrica, considerando o planejamento de longo, médio e curto prazos, podendo indicar empreendimentos que devam ter prioridade de licitação e implantação, tendo em vista seu caráter estratégico e de interesse público, de forma que tais projetos venham assegurar a otimização do binômio modicidade tarifária e confiabilidade do Sistema Elétrico. (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004).

⁷⁵ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência e, também ao seguinte:

[...]. [sem grifo no original]

⁷⁶ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXII - O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

[...]

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

[...]

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

⁷⁷ Art. 6º. [...]

§1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

[...]

Art. 7º Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I - receber serviço adequado;

II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais e coletivos;

III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre os vários prestadores de serviço quando for o caso, observadas as normas do poder concedente; [Redação dada pela Lei nº 9.648, de 27/5/1999]

IV - comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;

VI - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.

[...]

Art. 9ª A tarifa do serviço público será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta lei, no edital e no contrato.

§1º A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário.

§2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

[...]

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Parágrafo único. As fontes de receitas previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;

II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;

III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei;

IV - extinguir a concessão, nos casos previstos nesta lei e na forma prevista no contrato;

V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;

VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;

VII - zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas;

VIII - declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

IX - declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

X - estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente e da conservação;

XI - incentivar a competitividade; e

XII - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.

⁷⁸ Art. 3º Além das incumbências prescritas nos arts. 29 e 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, aplicáveis aos serviços de energia elétrica, compete especialmente à ANEEL:

I - implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995;

II - promover as licitações destinadas à contratação de concessionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos;

III - definir o aproveitamento ótimo de que tratam os §§ 2º e 3º do art. 5º da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995;

IV - celebrar e gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, expedir as autorizações, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões e a prestação dos serviços de energia elétrica;

V - dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores;

VI - fixar os critérios para cálculo do preço de transporte de que trata o § 6º do art. 15 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e arbitrar seus valores nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos;

VII - articular com o órgão regulador do setor de combustíveis fósseis e gás natural os critérios para fixação dos preços de transporte desses combustíveis, quando destinados à geração de energia elétrica, e para arbitramento de seus valores, nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos.

[...]

Art. 14. O regime econômico e financeiro da concessão de serviço público de energia elétrica, conforme estabelecido no respectivo contrato, compreende:

I - a contraprestação pela execução do serviço, paga pelo consumidor final com tarifas baseadas no **serviço pelo preço**, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

[...]

IV - apropriação de ganhos de eficiência empresarial e de competitividade; [sem grifo no original]

Art. 15. Entende-se por serviço pelo preço o regime econômico-financeiro mediante o qual as tarifas máximas do serviço público de energia elétrica são fixadas:

I - no contrato de concessão ou permissão resultante de licitação pública, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

II - no contrato que prorrogue a concessão existente, nas hipóteses admitidas na Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995;

III - no contrato de concessão celebrado em decorrência de desestatização, nos casos indicados no art. 27 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995;

IV - em ato específico da ANEEL, que autorize a aplicação de novos valores, resultantes de revisão ou de reajuste, nas condições do respectivo contrato.

⁷⁹ Art. 4º. A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem com a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

VII – racionalização e melhoria dos serviços públicos;

[...]

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

[...]

X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

[...]

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

⁸⁰ Art. 4º À ANEEL compete:

[...]

I - implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração de energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica;

II - incentivar a competição e supervisioná-la em todos os segmentos do setor de energia elétrica;

III - propor os ajustes e as modificações na legislação necessários à modernização do ambiente institucional de sua atuação;

IV - regular os serviços de energia elétrica, expedindo os atos necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela legislação em vigor;

XV - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas dos contratos de concessão ou de permissão e do ato da autorização;

XVI - estimular a melhoria do serviço prestado e zelar, direta e indiretamente, pela sua boa qualidade, observado, no que couber, o disposto na legislação vigente de proteção e defesa do consumidor;

[...].

Art. 12. A ação regulatória da ANEEL, de acordo com as diretrizes e competências estabelecidas neste Anexo, visará primordialmente à:

I - definição de padrões de qualidade, custo, atendimento e segurança dos serviços e instalações de energia elétrica compatíveis com as necessidades regionais;

II - atualização das condições de exploração dos serviços e instalações de energia elétrica, em decorrência das alterações verificadas na legislação específica e geral;

III - promoção do uso e da ampla oferta de energia elétrica de forma eficaz e eficiente, com foco na viabilidade técnica, econômica e ambiental das ações;

IV - manutenção da livre competição no mercado de energia elétrica.

[...]

Art. 14. As ações de proteção e defesa do consumidor de energia elétrica serão realizadas pela ANEEL, observado, no que couber, o disposto no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, aprovado pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, na Lei nº 8.987, de 1995, e nº Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997.

Parágrafo único. Objetivando o aperfeiçoamento de suas ações, a ANEEL articular-se-á com as entidades e os órgãos estatais e privados de proteção e defesa do consumidor.

PAULO SISNANDO RODRIGUES DE ARAUJO

INTRODUÇÃO

O equilíbrio econômico-financeiro é um dos pilares da prestação dos serviços públicos delegados pelo Estado às empresas privadas, pois garante que as condições econômico-financeiras acordadas na época da outorga do serviço serão mantidas durante toda a vigência da concessão.

Isso não significa que os contratos de concessão são estáticos, dado que esses observam os princípios do interesse público e da mutabilidade, e têm por objetivo atender as necessidades essenciais da coletividade. No entanto, caberá, em caso de alterações das condições inicialmente acordadas, o restabelecimento do equilíbrio em favor da parte desfavorecida, seja ela os usuários ou o concessionário, através de revisões tarifárias ou de alteração de outros dispositivos dos contratos de concessão, como dilatação de prazo ou novas obrigações impostas aos concessionários.

Entre os serviços públicos delegados pelo Estado, destacam-se os relacionados ao setor de infra-estrutura, que envolvem grandes investimentos e abrangem grande número de usuários. Esses serviços possuem grande impacto na economia brasileira, sendo que o seu bom funcionamento é condição indispensável para o desenvolvimento do País.

Dentro desse contexto, foram criados órgãos reguladores, na esfera federal e estadual, para acompanhar a prestação dos serviços públicos de infra-estrutura e garantir o cumprimento dos objetivos e das obrigações dos contratos de concessão.

Cabe ao órgão regulador promover o equilíbrio entre as prestadoras de serviço e os usuários, garantindo a boa prestação dos serviços outorgados, que por serem públicos têm por finalidade atender o interesse da coletividade, sem, no entanto, desconsiderar os interesses dos agentes econômicos detentores da concessão do serviço público.

O desafio do órgão regulador é então garantir que essa relação ocorra de modo saudável para os dois lados, embora estejam envolvidos interesses antagônicos nessa relação, que são os interesses de maximização de lucros do concessionário e os interesses dos usuários em receber o serviço de forma contínua, com qualidade e com baixo valor da tarifa.

Assim, para desempenhar este papel fundamental no jogo regulatório, as agências reguladoras devem estar tecnicamente capacitadas com recursos humanos e ferramentais que lhes permitam ter um forte conhecimento do mercado do seu setor de atuação, especialmente em relação às condições econômicas dos entes regulados e da operação da concessão, destacando-se as estruturas de custos das empresas. No entanto, ainda assim haverá assimetria de informações entre as empresas e os órgãos reguladores, cujo grau de importância variará de acordo com o modelo de equilíbrio econômico-financeiro implantado.

Outra dificuldade enfrentada pelos órgãos reguladores é a ocorrência, durante a execução contratual, de fatos que não foram previstos inicialmente nos contratos

e regulamentos, que demandam a realização de esforços por parte do regulador para identificar se tais situações estão relacionadas ao risco assumido pelos concessionários ou ensejam o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro.

O objetivo deste trabalho é contribuir para uma melhor compreensão dos mecanismos de equilíbrio-financeiro, através de uma descrição sucinta desses mecanismos em alguns setores de infra-estrutura, fazendo uma comparação com os processos de revisão tarifária em cada um dos setores e com a atuação dos órgãos reguladores.

Serão analisados três dos principais setores de infra-estrutura com forte impacto na vida dos cidadãos, são eles: transporte, energia elétrica e telecomunicações, regulados, respectivamente, pelas Agências ANTT, Aneel e Anatel. Esses setores apresentam características bem distintas em relação aos serviços prestados e ao processo de revisão tarifária, que se encontra em diferentes estágios de evolução em cada uma dessas Agências. A análise dos processos de reajuste e revisão tarifária desses diferentes setores permitirá uma maior compreensão dos mecanismos de equilíbrio econômico-financeiro utilizados e da complexidade da atuação das agências reguladoras nesse aspecto.

Embora se trate também dos setores de energia elétrica e transportes, o enfoque principal do trabalho é o setor de telecomunicações, sendo que a análise dos outros setores servirá de suporte para analisar o modelo de equilíbrio econômico-financeiro do setor de telecomunicações e para utilizar boas práticas dos demais setores como sugestões para esse setor.

Não é escopo deste trabalho analisar em detalhe os modelos econômicos e matemáticos que regem o equilíbrio econômico-financeiro de cada um desses setores, como análises dos métodos de regulação por taxa de retorno, *price cap*, LRIC, entre outras técnicas¹. Ressalta-se que o objetivo do presente estudo não é esgotar os modelos existentes de equilíbrio econômico-financeiro, nem desenvolver teorias econômicas e jurídicas sobre o assunto, mas suscitar uma comparação entre os diversos setores regulados de infra-estrutura com o objetivo de analisar e comparar as principais características dos modelos e princípios utilizados em cada um desses três setores.

O trabalho traz uma abordagem mais voltada para um entendimento da situação atual de cada agência reguladora em relação ao acompanhamento do equilíbrio econômico-financeiro, e em especial para o caso da Anatel. Busca-se neste trabalho finalmente trazer possíveis contribuições para o aperfeiçoamento do modelo de equilíbrio econômico-financeiro utilizado pela Anatel. Nesse intuito serão verificadas as boas práticas existentes nos outros setores, bem com feitas sugestões de cunho perceptivo e indagações sobre a questão da regulação econômica em um setor dinâmico como o das telecomunicações.

Revisão Tarifária das Concessões de Rodovias

O setor de transportes é um dos pilares da infra-estrutura básica de um país e tem por função escoar a produção industrial e agrícola brasileira, seja internamente no Brasil, seja para a exportação, bem como realizar o transporte de passageiros dentro do país ou internacionalmente.

O chamado “Custo Brasil” é muito impactado pela deficiência da infra-estrutura de transporte do nosso País, que é responsável por grandes perdas no percurso da produção à exportação, sendo um gargalo para o escoamento da produção desde a origem (estradas

vicinais e rodovias estaduais) até o local de exportação (fronteiras rodoviárias, portos e aeroportos) ou ao destino final dentro do País (rodovias, aeroportos, hidrovias e ferrovias).

O setor de transporte pode ser dividido em infra-estrutura aeroportuária, portuária, hidroviária, ferroviária e rodoviária, e o transporte de passageiros por esses meios. Alguns desses serviços são caracterizados como serviços públicos e, assim, são objeto de concessão por parte do Estado a entes delegados para prestação do serviço.

Essa atribuição de serviço público está destacada na Constituição Federal, em seu artigo 21, que trata dos serviços que são de competência da União. No caso de concessão de rodovias, essa atribuição é dada pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

Aspectos Gerais das Concessões Rodoviárias

O Brasil possui a segunda maior malha viária do mundo, no entanto apresenta baixíssimo índice de pavimentação e precário estado de conservação das rodovias existentes.

Em face da escassez dos recursos públicos em nosso País, em especial para os setores que demandam altos volumes de investimentos, o Brasil optou por conceder aos entes privados a operação de rodovias. Esse movimento ocorreu tanto em nível federal como estadual.

No Brasil, a prática na delegação de rodovias tem sido a utilização da concessão de serviços públicos precedida de execução de obra pública, pois as rodovias normalmente se encontram em condições inadequadas, estando no edital previstas as obras e atividades a cargo da empresa vencedora da licitação.

No entanto, os investidores do setor privado só terão interesse em rodovias viáveis economicamente, ou seja, que apresentem um tráfego de veículos suficiente para garantir o retorno do investimento através do pagamento de pedágio, em face dos custos de manutenção das rodovias e da disponibilização dos equipamentos previstos nos contratos de concessão.

Com a celebração dos contratos de concessão para as rodovias mais movimentadas, o governo pode concentrar seus esforços e recursos nas rodovias cuja exploração não é lucrativa, beneficiando também os usuários dessas rodovias com melhores condições de trafegabilidade e segurança.

Para aquelas rodovias nas quais as tarifas pagas pelos usuários não são suficientes para cobrir os custos operacionais da concessão, existe a opção de celebração de uma parceria público-privada (PPP), na qual é permitido ao governo subsidiar parte da operação da empresa².

Em 2006, o Brasil possuía cerca de cinco mil quilômetros de rodovias federais concedidos ao setor privado, incluindo-se as rodovias federais delegadas e administradas pelos estados. Essa ação de delegação de rodovias federais teve início em 1994, com a concessão da Ponte Rio Niterói.

As rodovias concedidas concentram-se nas regiões Sul e Sudeste do País que são as que apresentam viabilidade econômica para os investidores em face do fluxo rodoviário presente nessas rodovias e pontes.

O equilíbrio econômico-financeiro das concessões rodoviárias

O pedágio pago pelos usuários na utilização das rodovias é a tarifa prevista na Lei de Concessões, e constitui a receita principal que garante a remuneração do concessionário. O pedágio deve servir tanto para proporcionar o justo lucro do concessionário, como para permitir que os usuários utilizem o bem público (princípio da modicidade tarifária).

Nas concessões rodoviárias, o equilíbrio econômico-financeiro dá-se em torno das condições apresentadas na licitação, através das tarifas apresentadas na proposta vencedora e das especificações do edital de licitação, que estabelecem as condições a serem observadas ao longo da duração do contrato de concessão.

Um dos principais aspectos a serem observados pelos concessionários é o Plano de Exploração de Rodovias (PER), que traz os investimentos e as atividades que a concessionária vencedora da licitação irá assumir com o compromisso de sua total execução, através de serviços de obras, manutenção, conservação e monitoração do trecho rodoviário sob sua responsabilidade. Destacam-se como informações principais do PER o número de praças de pedágio, o plano de investimento a ser realizado, o fluxo de veículos e a utilização de receitas adicionais.

Do ponto de vista do concessionário, a base de remuneração é a receita recebida do pedágio que terá seu valor preservado segundo os mecanismos de reajuste e revisões tarifárias previstos. Os encargos associados à concessão são aqueles previstos no PER do edital de licitação, e a alteração dessas características é pressuposto para realização de revisão tarifária.

316

Destaca-se que no contrato de concessão está previsto que as concessionárias assumem o risco geral de trânsito, ou seja, o risco de trânsito inerente à rodovia, incluindo-se alterações de volume de tráfego, mesmo que seja pela transferência de trânsito para outras rodovias. Assim este fator não pode ser usado pelas concessionárias para provocar uma revisão extraordinária, salvo se ficar comprovado que esta redução decorreu de ato unilateral do concedente que tenha impactado o equilíbrio econômico-financeiro.

Os contratos prevêem um reajuste tarifário anual automático baseado na variação de preços do setor conforme fórmula a seguir:

$$TBR = V \left\{ \left[\frac{0,14(I_{Ti} - I_{To})}{I_{To}} - 0,34 \frac{(I_{Pi} - I_{Po})}{I_{Po}} - 0,32 \frac{(IOAE_i - IOAE_o)}{IOAE_o} + 0,20 \frac{(I_{Ci} - I_{Co})}{I_{Co}} \right] + 1 \right\}$$

Onde:

- TBR é o valor da Tarifa Básica de Pedágio Reajustada;
- V é o valor da Tarifa Básica de Pedágio;
- I_{To} e I_{Ti} são os índices de Terraplanagem, relativo ao mês da data-base e do reajuste respectivamente;
- I_{Po} e I_{Pi} são os índices de Pavimentação, relativo ao mês da data-base e de reajuste respectivamente;

- IOAEo e IOAEi são os índices de Obras de Artes Especiais, relativo ao mês da data-base e de reajuste respectivamente;

- ICo e ICi são os índices de Serviços de Consultoria, relativo ao mês da data-base e de reajuste respectivamente;

- 0,14; 0,34; 0,32; e 0,20 – parâmetros cuja soma é igual a 1 (um)³.

Observa-se que o reajuste tarifário é baseado exclusivamente em índices específicos do setor, que são calculados pela Fundação Getúlio Vargas, e não em índices que medem a variação global da economia como IGP-DI e IGP-M.

O contrato também estabelece as condições que ensejam a revisão tarifária que visa restabelecer as condições iniciais da concessão na data da assinatura do contrato. Essa revisão pode ser provocada pelos concessionários ou pelo órgão regulador, podendo ter como motivadores:

- criação, alteração ou extinção de impostos, exceto imposto de renda;
- acréscimo ou supressão de encargos no PER;
- quando ocorrências supervenientes, decorrentes de força maior, caso fortuito, fato da Administração ou de interferências imprevistas resultem comprovadamente em acréscimo de custos para a concessionária;
- alteração do contrato que comprovadamente altere os encargos da concessionária, para mais ou para menos;
- quando a concessionária auferir receita alternativa, complementar ou acessória ou de projetos associados à concessão.
- sempre que forem constatadas modificações estruturais nos preços relativos aos fatores de produção ou nos preços dos insumos relativos aos custos considerados na formação do valor da tarifa básica de pedágio.

Uma característica importante deste processo de revisão tarifária é que ele é relativo ao fato ou ao evento que lhe deu origem, única, completa e final para todo o período da concessão. Assim, será feito um ajuste ou revisão para cada evento que teoricamente provocar distúrbio do equilíbrio econômico-financeiro.

Destaca-se também a previsão contratual de consideração das receitas adicionais obtidas pelas concessionárias no processo de revisão tarifária com o objetivo de garantir a modicidade tarifária.

Constituem receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, quaisquer receitas da concessionária não advindas de recebimento de pedágio ou de aplicações financeiras, sejam elas direta ou indiretamente provenientes de atividades vinculadas à exploração da rodovia, das suas faixas marginais, acessos ou áreas de serviço e lazer, como postos, hotéis, lanchonetes e *shoppings*, inclusive as decorrentes de publicidade.

Assim, estabelecido o valor da tarifa pelo investidor na proposta vencedora, bem como os custos de operação, a partir de sua oferta de preço e da tarifa de pedágio

apresentada para cada praça de pedágio, calcula-se a taxa de retorno estabelecida para essa concessão que vigorará ao longo do contrato, uma vez que o modelo atualmente utilizado é o equilíbrio das condições iniciais da proposta. Assim, retorna-se sempre a taxa de retorno, que determina a remuneração do empreendimento, calculada na data de assinatura do contrato, baseada na proposta da licitação.

O que se observa, é que tem havido nesse período das primeiras concessões até hoje, um grande número de pedidos de ajustes pelas concessionárias. Por exemplo, a concessão da Rodovia Via Dutra teve de 1995 até 2003 dez adequações e oito processos de revisão, sem considerar os reajustes anuais. Entre os fatores que motivam as concessionárias a buscarem o reequilíbrio, destacam-se alterações das condições da PER, alteração de impostos, liminares no processo de licitações que impactam o fluxo financeiro por atraso na entrada em operação, entre outros.

Desse modo, verifica-se que esse mecanismo de revisões por evento mostra-se pouco efetivo, pois a cada situação de desconforto, as concessionárias buscam seu reequilíbrio econômico-financeiro. Para as revisões, talvez seja mais interessante que ocorram em intervalos maiores de modo a analisar a evolução do equilíbrio em um período, mantendo-se sempre as revisões extraordinárias para casos que necessitam de uma atuação pontual da Agência Reguladora.

O importante é que a Agência não atue a todo momento em desequilíbrios instantâneos, que podem ser apenas situações pontuais que não afetem o equilíbrio do contrato de concessão em um período maior de observação. Assim, deve-se construir um mecanismo que garanta o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, mas com análises mais periódicas, não devendo a concessionária recorrer à ANTT a cada instante de desequilíbrio.

318

Vasconcelos⁴ tece algumas críticas ao modelo de equilíbrio econômico-financeiro utilizado pelas concessões de rodovias federais, pois o modelo de assegurar a taxa de retorno ao investidor não é mais adequado, podendo trazer algumas conseqüências como:

- o investidor é incentivado a realizar investimentos desnecessários nas rodovias, não previstos no PER, pois estes são cobertos com o reajuste de tarifa⁵;
- as condições de análise do equilíbrio econômico-financeiro são baseadas em dados estáticos apresentados na época da licitação, e não há previsão de nenhum mecanismo de ajuste desses valores. Por exemplo, os custos apresentados na proposta, certamente irão reduzir ao longo da duração do contrato, sendo essas reduções de custos apropriadas exclusivamente pelo concessionário;
- as taxas de retorno podem ser estabelecidas em momentos instáveis da economia, por exemplo, as concessões atuais foram previstas em momento de instabilidade econômico com alto risco país;
- não está previsto o repasse da produtividade, ou parcela desta, ao usuário.

Portanto, destaca-se a aplicação das receitas advindas de outras formas que não a tarifa, para a redução, ou um menor aumento, das tarifas de pedágios, que são pagas pelos usuários destas rodovias. Contudo, a não previsão, expressa nos editais das formas de receitas adicionais de cada concessão e a obrigação de buscá-las, não motiva os concessionários a explorar as receitas alternativas, vez que o equilíbrio econômico-financeiro já está delineado

com a cobrança da tarifa, em tese o lucro já está “garantido”, e a remuneração adicional integrará a equação econômico-financeira de ajuste do equilíbrio.

A ANTT está promovendo algumas mudanças nos novos editais para concessão de rodovias federais. Essas mudanças apresentam alguns avanços em relação ao modelo das concessões atuais, como:

- o reajuste da tarifa básica de pedágio será anual e baseado na variação do IPCA;
- a revisão ordinária será anual e se dará em conjunto com o reajuste tarifário. A revisão ordinária é a revisão da Tarifa Básica de Pedágio a ser realizada por ocasião do reajuste tarifário para inclusão dos efeitos de ajustes previstos no Contrato, em decorrência de fatos, tais como: arredondamento, antecipações ou postergações de cronogramas, inclusão ou exclusão de serviços, receitas alternativas, conforme disposto em regulamentação da ANTT;
- revisão extraordinária em decorrência de força maior, ocorrência superveniente, caso fortuito ou fato da Administração que resultem, comprovadamente, em alteração dos encargos da Concessionária;
- revisão que será realizada a cada cinco anos, com intuito de reavaliar o PER em relação a sua compatibilidade com as reais necessidades advindas da dinâmica da rodovia.

Não obstante essas modificações no processo de revisão tarifária, ainda é mantido o conceito de que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato dar-se-á por meio da manutenção da Taxa Interna de Retorno, apresentada na proposta comercial vencedora do certame.

Analisando o equilíbrio econômico-financeiro utilizado nas concessões rodoviárias federais, observa-se que este está baseado nas condições estabelecidas à época do contrato de concessão, não havendo uma evolução dos custos apresentados, mas sim dos encargos de cada concessionária, de forma a preservar o equilíbrio econômico financeiro. Se por um lado a utilização de custos informados no edital de licitação diminui a assimetria, por outro, como já mencionado, prejudica os usuários uma vez que todo o ganho de produtividade e a evolução descrente dos custos de operação não são apropriados pelos usuários.

Um exemplo de assimetria de informações é o número de tráfego de veículos em cada uma das rodovias concedidas, ainda não monitorado diretamente pela ANTT, que depende dos dados informados pelas concessionárias.

Os principais atores envolvidos na concessão de rodovias são os concessionários em si, a ANTT e o Ministério dos Transportes. Outras instituições como Ministério Público e Tribunal de Contas da União também atuam nesse processo, e já tomaram atitudes em prol da legalidade e eficiência das concessões, principalmente no relacionado ao valor e formas de cobranças de pedágio.

REVISÃO TARIFÁRIA DO SETOR ELÉTRICO

O setor elétrico é uma infra-estrutura essencial para o desenvolvimento do Brasil, devendo sempre estar dimensionado para atender a demanda do parque industrial e

demais setores que movimentam a economia do Brasil. Assim, há uma grande preocupação do governo e dos empresários quanto a matriz energética brasileira e sua capacidade de acompanhar o crescimento do País, para que esse setor não se torne um obstáculo para o nosso desenvolvimento.

○ Estado deve assegurar os investimentos necessários para a expansão e manutenção da planta elétrica, seja através de recursos públicos ou de recursos privados. No entanto, a capacidade de investimento do setor público é reduzida e, assim, o governo optou pela delegação dos serviços de energia elétrica ao setor privado.

Essa ação está respaldada pela Constituição Federal, que tem previsão expressa de que o serviço de energia elétrica é de competência da União, podendo esta delegar a sua prestação a entes privados.

○ setor elétrico pode ser dividido nos setores de geração, transmissão e distribuição.

○ setor de geração refere-se à exploração dos potenciais energéticos (hídricos, eólicos ou combustíveis) para a geração de energia e sua revenda para empresas do setor de distribuição. O setor de transmissão é responsável pelo transporte da energia das geradoras até as empresas distribuidoras.

○ setor de distribuição é responsável pela entrega da energia elétrica diretamente às indústrias e às residências, sendo esta a parte da cadeia de produção que lida diretamente com os usuários.

Aspectos Gerais das Concessões de Distribuição de Energia Elétrica

○ serviço de distribuição de energia comporta-se como um monopólio natural, pois é mais viável economicamente, em função dos custos e dos investimentos necessários, o serviço ser prestado através de uma única rede do que duplicar a rede existente usada na distribuição da energia até as casas, como os postes, transformadores e condutores. Esta é a realidade brasileira, embora já se comece a desenhar uma alternativa de prestação desse setor em um cenário de competição para os chamados consumidores livres, que são aqueles com alta demanda e que recebem energia em alta tensão, como indústrias e siderúrgicas.

Em face dessa característica monopolística de prestação do serviço de distribuição de energia elétrica e ao seu caráter essencial à sociedade, com as empresas de distribuição atendendo quarenta e sete milhões de unidades consumidoras, das quais 85% consumidores residenciais, cabe ao Estado regular a prestação do serviço, e, em particular, perseguir o princípio da eficiência e da modicidade tarifária, tendo assim a obrigação de acompanhar o equilíbrio econômico-financeiro dessas concessões.

Contudo, a garantia da remuneração adequada aos concessionários também deve ser considerada, de forma que esses sejam incentivados a realizar investimentos que garantam a prestação do serviço com qualidade, sem interrupções frequentes de energia e dentro dos padrões técnicos que garantam segurança aos consumidores, e permitam o crescimento do País sem a preocupação do gargalo de fornecimento de energia e risco de apagão, como já ocorrido anteriormente.

Esse fato gerou o desequilíbrio econômico-financeiro das empresas de distribuição, uma vez que em face da insuficiência de recursos energéticos, o governo tomou ações que

coibiram a demanda de energia elétrica, e assim as receitas das empresas de distribuição foram diretamente afetadas por essas ações governamentais. A Aneel concedeu aumentos de tarifas, em revisões extraordinárias, às empresas distribuidoras para compensar esse fato, cuja duração da cobrança varia de acordo com as condições de cada empresa à época do apagão. Estudo realizado pelo IPEA⁶ demonstra que somente em 2004 e 2005 é que as concessionárias de distribuição retomaram o retorno de seu capital.

O equilíbrio econômico-financeiro das concessões de distribuição de energia elétrica

No setor de distribuição de energia elétrica optou-se inicialmente por uma regulação por custos, ou com taxa de retorno garantida. No entanto, essa opção não estimulava a eficiência empresarial e preferiu-se por uma regulação por preço máximo (*price cap*), sendo os contratos de concessão adaptados para essa modalidade, com previsão de repasse de ganhos de produtividade para o usuário.

Contudo, a opção do governo, quando da desestatização do setor elétrico, com o objetivo de atrair novos investidores para o setor e aumentar o preço de venda desses ativos, foi fixar em zero o fator de compartilhamento de produtividade a ser repassado aos consumidores na data da assinatura dos contratos até a primeira revisão periódica, que se deu em três anos após a assinatura do contrato. Assim, nesse período, os possíveis ganhos de produtividade ocorridos foram retidos somente pelas concessionárias.

Após essa fase, passou-se a considerar o repasse dos ganhos de produtividade das concessionárias para os consumidores.

O equilíbrio econômico-financeiro previsto nos contratos de concessão das distribuidoras ocorre por meio do reajuste tarifário anual e pelas revisões tarifárias ordinárias (periódicas) ou extraordinárias.

Para os fins de reajuste, a receita das concessionárias é dividida em duas partes:

- Parcela A: inclui os custos sobre os quais a concessionária não tem influência (compra de energia elétrica e encargos tarifários) e que são repassados integralmente para a tarifa.
- Parcela B: inclui os custos de operação, a remuneração dos investimentos e os tributos. É sobre essa última parcela que recai o esforço maior do regulador durante a revisão periódica. Segundo a Aneel, a essência da revisão tarifária consiste em se definir um novo valor para a Parcela B.

O processo de reajuste tarifário ocorre com periodicidade anual, visando recompor as perdas inflacionárias das tarifas e obedece a seguinte fórmula:

$$IRT = \frac{VPA1 + VPBO \times (IM-X)}{RAO}$$

Onde:

- **IRT** = Índice de Reajuste Tarifário;
- **VPA1** = Valor da Parcela A, considerando-se as condições vigentes na data do reajuste em processamento e a energia comprada em função do “Mercado de

Referência”, aqui entendida como mercado de energia garantida da concessionária, nos doze meses anteriores ao reajuste em processamento;

- **RAO** - Receita Anual, calculada considerando-se as tarifas homologadas na “Data de Referência Anterior” e no “Mercado de Referência”.

- **VPBO** = Valor da Parcela B, considerando-se as condições vigentes na “Data de Referência Anterior” e no “Mercado de Referência”, calculado da seguinte forma:

$$- VPBO = RAO - VPAO$$

Onde:

- **VPAO** - Valor da Parcela A, considerando-se as condições vigentes na “Data de Referência Anterior” e a energia comprada em função do “Mercado de Referência”;

- **IVI** - Número índice obtido pela divisão dos índices do IGP-M do mês anterior à data do reajuste em processamento e o do mês anterior à “Data de Referência Anterior”.

- **X** - número índice definido pela Aneel no processo de revisão tarifária referente ao fator de produtividade, a ser subtraído ou acrescentado ao IVI nos reajustes tarifários anuais

322 Observa-se que o índice utilizado para o reajuste tarifário não é um índice setorial, mas um índice geral de preços IGP-M, amplamente utilizado para atualização de valores contratuais. Interessante ressaltar que este índice é aplicado somente na Parte B da receita da empresa, que está ligada mais diretamente ao serviço de distribuição, enquanto a parcela A, ligada a outras fontes de receita não é afetada pela correção desse índice.

Aparece também na fórmula o fator X que é diminuído do índice inflacionário como fator de ganho de produtividade da concessionária, que é repassado aos usuários, pela não majoração das tarifas pela totalidade do IGP-M, sendo assim um aumento menor do que o previsto pela inflação.

A primeira parte da fórmula visa restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, enquanto o segundo, denominado de fator X, visa compartilhar com os usuários, especialmente através da redução dos valores das tarifas, os ganhos de produtividade das empresas.

A revisão tarifária periódica constitui-se em principal instrumento do regime de preços máximos (*price cap*), mediante o qual se visa assegurar que parte dos ganhos de eficiência empresarial converta-se em modicidade de tarifa.

O processo de revisão tarifário pode se dar por revisões extraordinárias e/ ou periódicas (ordinárias).

As revisões extraordinárias podem se dar por motivos de alteração de equilíbrio por áleas extraordinárias, como ocorreu no caso do apagão, ou fatos do príncipe e da administração que afetem o equilíbrio econômico-financeiro das concessões.

Podem ensejar revisões extraordinárias alterações significativas nos custos, incluindo as modificações de tarifas de compra de energia elétrica e encargos de acesso aos sistemas de transmissão e de distribuição de energia elétrica que possam ser aprovadas pela Aneel durante o período. Tanto a concessionária como o poder concedente podem, a qualquer tempo, solicitar a revisão das tarifas, visando manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

A Aneel definiu que as revisões periódicas das tarifas ocorrerão de quatro em quatro anos, e serão consideradas as alterações das estruturas de custos e de mercado das concessionárias, os níveis tarifários observados em empresas similares no Brasil e em outros países (*benchmarking*) e os estímulos à eficiência e modicidade tarifária. A Aneel definiu a utilização da comparação da concessionária com uma empresa de referência com o objetivo de verificar a eficiência das concessionárias e a racionalização de seus custos.

É importante destacar que é no processo de revisão periódica que é definido o valor do Fator X para cada concessionária, que será utilizado na fórmula do reajuste tarifário nos reajustes anuais seguintes, até a definição do valor do Fator X na próxima revisão periódica.

A metodologia definida pela Aneel para o cálculo do Fator X⁷ estabelece que esse fator é composto de três elementos: X_e, X_c e X_a. Nos parágrafos seguintes é apresentado de forma sucinta como são calculados cada um desses componentes.

Componente X_e

O componente X_e reflete os ganhos de produtividade esperados derivados da mudança de escala do negócio tanto por aumento do consumo de energia elétrica quanto por maior consumo dos usuários existentes, e pela incorporação de novos consumidores entre os períodos de revisão tarifária. Como esses ganhos não são devidos a uma maior eficiência na gestão da empresa sobre os seus custos operacionais, com o objetivo de observar o princípio da modicidade tarifária, o efeito dos ganhos na receita deve ser repassado nas tarifas para os usuários.

A Aneel determinou que no cálculo do X_e deve ser utilizado o método de fluxo de caixa descontado (FCD), do tipo *forward looking*⁸. O enfoque do método FCD utilizado considera investimentos estimados para atender o crescimento previsto do consumo (MWh) e do número de consumidores.

De acordo com o método do FCD, o valor do componente X_e é aquele que iguala o valor presente líquido dos fluxos de caixa da concessionária no período tarifário, incluindo o valor dos ativos no final do período, com o valor dos ativos da concessionária no início do período tarifário. Os fluxos de caixa são descontados a uma taxa igual ao custo de capital da concessionária (WACC) estabelecido na revisão tarifária periódica.

Para se utilizar a metodologia de FCD, é necessário construir um cenário com base nas seguintes variáveis: receita, custos operacionais, investimentos e base de remuneração.

a) Receita

A receita tarifária é determinada a partir do mercado de energia elétrica previsto para o período tarifário e pela tarifa média do reposicionamento tarifário. A previsão de mercado de energia elétrica é obtida por meio do mercado do Ano-Teste, informado pela concessionária e validado pela Aneel; pelos valores históricos do consumo de energia; pelo número de consumidores das categorias tarifárias (residenciais, industriais, comerciais, rurais e outros); e pela previsão de crescimento das variáveis macroeconômicas. É importante ressaltar que a previsão de mercado, ajustada pela Aneel, será discutida com cada concessionária.

O mercado de energia elétrica é uma variável de grande relevância na determinação do valor do componente X_e , uma vez que, no momento do reposicionamento tarifário, é assumido que a empresa possui um nível de custos e de investimentos eficientes. Isto implica que a produtividade refletida pelo componente X_e do fator X está ligada aos ganhos de escala que a empresa obterá ao atender uma demanda maior, com custos incrementais menores do que os reconhecidos no momento do reposicionamento tarifário.

b) Custos operacionais

A Aneel adotou em sua metodologia a utilização de uma empresa de referência para calcular os custos “eficientes” de cada concessionária e calcular com os custos praticados na para determinar os valores de X_e na revisão tarifária.

Os custos operacionais eficientes são custos que assegurem a concessionária de obter os níveis de qualidade do serviço exigidos e de os ativos necessários manterem sua capacidade de serviço inalterada durante toda sua vida útil, são definidos pela Aneel a partir da empresa de referência imaginada para atuar na região da concessionária.

324

c) Investimentos

Com a finalidade de realizar o cálculo do componente X_e , é necessário dispor da estimativa dos fluxos de investimentos da empresa no período tarifário. As projeções incluem os investimentos de expansão do sistema, para atender o crescimento do mercado devido à incorporação de novos consumidores e o aumento de carga dos consumidores existentes. Também são projetados os investimentos requeridos para a renovação dos ativos de distribuição que chegaram ao final de sua vida útil.

Vale ressaltar que os investimentos necessários são exclusivamente investimentos em instalações de distribuição, já que os investimentos relacionados à gestão comercial, administração, e outros, como veículos, *software*, etc. são reconhecidos nos custos da “Empresa de Referência”.

d) Base de Remuneração Regulatória

A base de remuneração consiste no nível de investimentos sobre o qual se aplica a taxa de remuneração do capital, para fins de determinação do valor a ser considerado na tarifa, a título de remuneração, sobre os investimentos realizados pela concessionária.

A base de remuneração regulatória a ser considerada é o valor dos ativos físicos da concessionária (que estão efetivamente prestando serviço para o consumidor, como subestações, linhas de distribuição, edifícios, etc.), atualizados na data da revisão tarifária periódica, líquida de depreciação, descontados todos os ativos que estão incluídos nos custos operacionais da Empresa de Referência.

Componente Xc

O componente Xc reflete a avaliação dos consumidores sobre a sua concessionária, sendo obtido mediante o resultado da pesquisa Índice de Satisfação do Consumidor da Aneel (IASC).

O componente Xc que reflete a satisfação do usuário é calculado pela comparação do índice obtido pela concessionária na pesquisa realizada pela Aneel (IASC) e o *benchmarking* de índice de satisfação definido pela Aneel como 0.7 (70%), que segundo a Agência indica que a performance da empresa está perto do ideal, melhor do que o esperado e que seus clientes estão globalmente satisfeitos. Assim, de acordo com o resultado obtido pela empresa em relação ao *benchmarking* de 70%, será punida ou premiada em relação ao índice de satisfação aferida pela pesquisa da Aneel.

Componente Xa

O componente Xa reflete a aplicação do Índice de Preço ao Consumidor Amplo (IPCA) para o componente mão-de-obra da parcela B da concessionária, com o objetivo de refletir o valor da remuneração da mão-de-obra do setor formal da economia brasileira.

É interessante observar que enquanto os valores de Xe e Xc são calculados em cada revisão tarifária periódica, o valor de Xa é aplicado em cada reajuste tarifário anual.

A metodologia visa determinar o valor do componente Xa de modo que a aplicação do Índice (IGPM - Xa), em cada reajuste tarifário anual, assegure a preservação da condição de equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão definida pelo reposicionamento tarifário. Através dessa metodologia, a Agência reguladora tenta assegurar a correta correção dos custos das empresas, ajustando os índices de correção (IGP-M e IPCA) às respectivas parcelas de custos das empresas, evitando-se assim uma correção maior ou menor dos custos das empresas.

Para fins de determinação de Xa, deve-se levar em conta que a Parcela B compõe-se de três elementos:

- i) Custos operacionais da concessionária;
- ii) Remuneração sobre capital e depreciação, baseados na avaliação dos ativos efetivamente necessários para a prestação do serviço de distribuição;
- iii) Tributos.

O método de determinação dos custos operacionais (CO) mediante a denominada Empresa de Referência (ER) permite estabelecer, para cada concessionária distribuidora, as parcelas desses custos que correspondem, respectivamente, a materiais e equipamentos e mão-de-obra. O IGP-M é um índice adequado para refletir a evolução dos custos de materiais e equipamentos durante o período tarifário, enquanto que o IPCA é um índice mais adequado para refletir a evolução dos custos de mão-de-obra. Assim, para ajustar o valor dos Custos Operacionais aplica-se uma ponderação desses índices pelas parcelas de mão-de-obra e custos de materiais e equipamentos em cada ano do período tarifário.

Da mesma forma, a remuneração sobre o capital e a depreciação são proporcionais ao valor de reposição desses ativos ou à base de remuneração regulatória bruta⁹, que

engloba parcelas que se referem a custos de mão-de-obra e de materiais e equipamentos. Os valores dessas parcelas são então ajustadas proporcionalmente pelo IPCA e IGP-M respectivamente. Já o índice de ajuste considerado para os tributos é o IGP-M.

Cabe novamente salientar que essa metodologia de cálculo do Fator X só foi aplicada para as revisões tarifárias periódicas das concessionárias ocorridas a partir de abril de 2003.

Existe uma assimetria de informações entre regulador e regulado, pois o regulador não tem acesso completo às informações da empresa regulada. Ainda que possa realizar auditorias, está em desvantagem em relação à empresa, que pode manipular as informações econômicas e contábeis.

Assim, a Aneel optou pela utilização de uma empresa de referência, adaptada às condições de cada concessionária, com o objetivo de comparar o desempenho operacional de cada concessionária e verificar sua eficiência, em comparação com a empresa de referência. O usuário não deve arcar com a parcela de custos operacionais de uma empresa que é resultado de uma má gestão de sua administração.

Dessa forma, o regulador faz uma análise dos custos das empresas em comparação com os custos de uma empresa de referência, considerada eficiente, e determina o Fator X a ser utilizado no processo de reajuste tarifário.

A Atuação da Aneel

326 A Aneel vem ocupando posição de destaque entre as agências reguladoras no que tange a regulação econômica dos entes regulados e dos contratos de concessão, destacando-se a função de manutenção de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão das empresas de distribuição.

Destaca-se a transparência que a Aneel dá a esse processo com a realização de audiências públicas para cada processo de revisão de tarifária de cada concessionária de energia elétrica.

O modelo de *price cap* utilizado pela Aneel prevê a utilização do Fator X como forma de compartilhar com os usuários os ganhos de produtividade obtidos pelas empresas, mas mantendo-se o estímulo a operação eficiente por parte das empresas, seja através da comparação com a empresa de referência, seja pelo intervalo de quatro anos entre as revisões periódicas que determinam o Fator X a ser utilizado nos reajustes tarifários dos períodos seguintes até a próxima revisão tarifária. Esse intervalo permite que as prestadoras se apropriem dos ganhos de produtividade ocorridos nesse período.

No entanto, a metodologia de revisão tarifária utilizada pela Aneel vem sofrendo críticas por parte dos grupos de interesse, e até mesmo do presidente da Agência que reconheceu em entrevista a jornais de grande circulação¹⁰ a necessidade de revisão da metodologia. Fato é que a metodologia encontra-se em fase de aprimoramento e a Aneel deve colocá-la brevemente em consulta pública.

Uma das principais críticas é em relação ao Fator Xc que utiliza a pesquisa de satisfação do usuário como fator de redução da tarifa. Assim, uma empresa com baixa qualidade na prestação do serviço seria penalizada com a redução de sua tarifa. Embora essa opção tenha um caráter interessante de incentivo à melhoria da qualidade por parte das empresas, questiona-se se a revisão tarifária seria um instrumento de punição às empresas,

uma vez que existem várias outras disposições regulatórias com esse fim, principalmente as relacionadas ao acompanhamento da qualidade na prestação dos serviços, que já prevê medidas sancionatórias para os casos de descumprimentos das obrigações contratuais e regulamentares. Outro aspecto é que os usuários tendo conhecimento de que uma resposta negativa na pesquisa de satisfação tem o poder de afetar o reajuste de tarifária a seu favor, pode simular suas respostas e manipular o resultado da pesquisa.

Outro ponto de crítica das distribuidoras é a utilização de uma empresa de referência para comparar os custos operacionais das concessionárias e o grau de sua utilização no Fator Xe. Observa-se que a Aneel, em revisões tarifárias realizadas, já expurgou custos considerados ineficientes dos cálculos do Fator Xe, como custos de pessoal de uma concessionária bem acima dos praticados no setor.

Cabe destacar que, apesar das críticas sofridas pelas empresas, foi verificado que a rentabilidade das concessionárias de distribuição alcançada em 2004 e 2005 deu-se através dos processos de revisão tarifárias iniciados em 2003. Observou-se também que durante o apagão, foi realizada uma revisão extraordinária com o objetivo de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro.

Fato é que o processo de revisão tarifário é recente em nosso País, e, no caso da Aneel, só foi efetuado plenamente uma vez para a maioria das concessionárias (entre 2003 e 2005), vez que para o primeiro período do contrato de concessão foi estabelecido que o Fator X seria zero. Na próxima rodada de revisões periódicas, a partir de 2007, a Agência terá mais experiência no tema e será possível obter melhores resultados, realizando o aprimoramento da regulamentação no que for necessário.

REVISÃO TARIFÁRIA DO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES

A grande velocidade com que ocorrem as inovações tecnológicas e as alterações nos cenários, econômicos ou técnicos, de prestação dos serviços são duas características marcantes do setor de telecomunicações. A missão do órgão regulador torna-se então ainda mais complexa, pois deve acompanhar *pari passu* todas essas mudanças do mercado e atuar na defesa dos interesses públicos. O fator tecnologia está muito presente no setor de telecomunicações, causando alterações na forma de prestação de serviço, e tornando as regulamentações editadas obsoletas mais rapidamente.

Podemos citar, por exemplo, o *boom* da telefonia móvel, que atualmente possui mais do que o dobro de clientes da telefonia fixa; a televisão digital que deverá quebrar a barreira entre a radiodifusão e os serviços de telecomunicações existentes em nosso País; e a tecnologia Voz sobre IP, que quebra o paradigma dos serviços de longa distância nacional e internacional. Todas essas inovações levam a uma convergência, que significa que não haverá mais impeditivo tecnológico para que uma operadora preste um grande número de serviços através de uma mesma rede¹¹.

A convergência e as inovações tecnológicas estão diretamente relacionadas à questão da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, vez que afetam diretamente o perfil de custos e de receitas das empresas, bem como a demanda pelos serviços regulados e a gestão das empresas, que passam a prestar um grande número de serviços, podendo assim obter maiores ganhos de produtividade. Isso já pode ser verificado nas concessionárias de telefonia fixa pertencentes a grupos empresariais que possuem operações móveis, e, portanto operam serviços prestados em regime público e privado, com níveis de acompanhamento distintos por parte da Agência.

O Modelo Regulatório Brasileiro

Os serviços de telecomunicações são caracterizados na Constituição Federal como serviço público de competência da União, que podem ser delegados a entes privados através dos instrumentos de concessão, permissão e autorização.

A Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, conhecida como Lei Geral de Telecomunicações, classificou os serviços de telecomunicações em dois grandes grupos: serviços prestados em regime público, delegados através de concessão e permissão, e serviços prestados em regime privado, delegados através de autorização.

O serviço prestado em regime público é considerado serviço essencial à sociedade, devendo observar os princípios básicos do serviço público em sua prestação, devendo o órgão regulador garantir a sua prestação (continuidade) e acompanhar de perto a atuação da prestadora, intervindo se necessário.

O serviço prestado em regime privado está sujeito às leis da livre concorrência, obedecendo aos requisitos estabelecidos pelo órgão regulador que podem variar de acordo com as características e a importância para a sociedade de cada serviço.

Assim o controle tarifário e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro estão relacionados somente aos serviços prestados em regime público delegados por concessão. A LGT definiu apenas o Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) como serviço prestado em regime público. Esse serviço pode ser prestado também em regime privado, por autorizações, e compreende as modalidades de serviço local, longa distância nacional e longa distância internacional.

328

Embora seja prestado em regime privado, o Serviço Móvel Pessoal (SMP) é objeto de uma forte regulação, a exceção do aspecto do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e das questões de continuidade. Essa forte regulação do SMP justifica-se pela sua importância no cenário brasileiro e por ser prestado em regime de oligopólio.

Segundo pesquisas realizadas¹², o serviço móvel já está desempenhando o papel de universalização dos serviços de telecomunicações, com um percentual significativo (16,5%) de pessoas só possuindo o telefone móvel como único meio de telecomunicação. No Brasil, o número de celulares ultrapassa a casa dos 90 milhões enquanto o número de telefones fixos se encontra no patamar de 40 milhões (dados de abril de 2006).

Alguns juristas e especialistas do setor questionam que, apesar de o serviço móvel ser delegado por autorização, isso não tem o condão de retirar o caráter público desse serviço, pois deve prever o interesse público em primeiro lugar, cabendo inclusive um maior controle dos preços. Do outro lado, há os que defendem que o serviço móvel é prestado em regime privado, e, como a intervenção do estado deve ser mínima possível, a competição presente no setor assegura a modicidade tarifária.

Fato incontestável é que o serviço móvel tornou-se um serviço essencial para a sociedade, e assim há necessidade de uma atuação mais próxima da Agência em relação a sua prestação. A Anatel já acompanha os índices de reajustes dos preços dos planos básicos, e principalmente as tarifas de interconexão.

No serviço móvel, a competição foi implantada, sendo que o Território brasileiro é atendido em cada região por três ou quatro prestadoras. A dinâmica de mercado e a limitação do espectro de frequência determinaram esse número de concorrentes.

Já o modelo regulatório estabelecido para o serviço de telefonia fixa previa a exclusividade para as concessionárias em um primeiro momento após a privatização, e depois a implantação de um duopólio em cada área de atuação, para finalmente em 2001 ocorrer à liberação do mercado e não haver restrições em relação a novos entrantes nos serviços de telefonia fixa, só que estes operariam em regime privado.

No entanto, o modelo idealizado não teve sucesso em relação à competição na telefonia fixa local, que ainda pode ser caracterizado como uma situação de monopólio, pois a concorrência conquistou parcela insignificativa do mercado em face das dificuldades encontradas pelas empresas entrantes. Houve, sim, uma competição no mercado de telefonia de longa distância nacional e internacional, e com a introdução do código de seleção de prestadora, o usuário pode decidir a cada chamada de modo rápido e fácil, qual a empresa prestará o serviço de longa distância nacional ou internacional.

Assim cabe ao órgão regulador atuar bem de perto no serviço telefônico fixo local, garantindo que a empresa tenha o retorno suficiente, mas defendendo os interesses dos usuários e o princípio da modicidade tarifária, que é um dos pilares da prestação do serviço público.

O equilíbrio econômico-financeiro das concessões de STFC

Anteriormente à privatização das empresas do Sistema Telebrás, o controle tarifário era realizado pela regulação via taxa de retorno, que consiste em limitar os preços de tal maneira que a firma regulada ganhe o suficiente para cobrir seus custos mais uma taxa de remuneração sobre o capital investido.

O antigo Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, estabelecia que as tarifas seriam fixadas pelo Poder Público com base no conceito de custo do serviço, acrescido da justa remuneração do capital. Essa justa remuneração foi fixada em 12% ao ano pela Resolução nº 43/1966 do Conselho Nacional de Telecomunicações, com a redação alterada pela Portaria nº 1.381/1978 do Ministério das Comunicações.

Após a privatização, optou-se pelo modelo de controle tarifário por preço teto (*price cap*), com repasse da produtividade ao usuário (RPI-X), já praticado em outros países do mundo com objetivo de estimular a eficiência na prestação dos serviços.

Assim como ocorreu para o setor elétrico, no primeiro período optou-se por um fator $X=0$ para estimular a participação das empresas no leilão de privatização, aumentar o preço ofertado pelas empresas estatais no leilão de privatização e compensar o esforço a ser realizado para o cumprimento das metas de universalização. Depois dos primeiros anos, resolveu-se estipular como 1% o Fator X a ser aplicado até 2005 para o serviço de telefonia fixa local.

Em face da competição já instalada no mercado de telefonia de longa distância nacional e internacional, será dado destaque neste trabalho às concessões da telefonia local, pois esta permanece como monopólio em sua prestação, contudo grande parte do discutido aplica-se para as concessões de longa distância nacional e internacional.

O contrato de concessão assinado em 1998 trazia previsão expressa de mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão em seu Capítulo 12¹³, afirmando que constitui pressuposto do contrato a preservação, em regime de ampla

competição, da justa equivalência entre a prestação e a remuneração, vedado às partes o enriquecimento imotivado às custas de outra parte ou dos usuários do serviço.

Entende-se por equilíbrio econômico-financeiro o fato de que a receita de prestação do STFC é suficiente para remunerar a despesa de prestação do STFC mais o Custo do Capital empregado na prestação do serviço (capital próprio ou de terceiros).

O contrato de concessão estabelecia o reajuste tarifário, em período não inferior a doze meses, e a possibilidade de revisão extraordinária em caso de ser constatado um desequilíbrio econômico-financeiro da concessão. Não havia previsão da revisão ordinária, pois o contratado assinado seria renovado em 2006, e até lá os índices de ganho de produtividade (Fator X) já tinham sido predefinidos pela Anatel.

Assim, caso a concessionária ou a Anatel não solicitassem a revisão extraordinária até 2005 só haveria reajuste tarifário, situação essa que foi verificada na prática.

O contrato de concessão trazia de forma expressa que não caberia revisão tarifária por ineficiência de gestão da exploração da concessão, incluindo custos operacionais e administrativos excessivos, riscos normais da atividade empresarial, incapacidade de aproveitar as oportunidades do mercado e da negligência ou omissão da prestadora na exploração do serviço.

O contrato previa a revisão extraordinária pelas condições de fato do príncipe, fato de administração, e álea econômica (teoria da imprevisão), conforme estabelecido na Lei de Concessões.

330 O reajuste tarifário estava detalhado no contrato de concessão e não podia ocorrer em intervalos inferiores a doze meses. A fórmula prevista para o reajuste tarifário no contrato de concessão de 1998 era:

$$\frac{(HAB_t + Asst + nto \times Pt)}{36} \leq (1-k) Ft \frac{(HAB_{to} + Assto + nto \times Pto)}{36}$$

Onde:

- **HAB_t** e **HAB_{to}** são os valores médios da taxa de habilitação, líquido de tributos incidentes, da data do reajuste e data do último reajuste respectivamente, e são ponderados pelos percentuais e valores das classes residencial, não-residencial e tronco.

- **Asst** e **Assto** são os valores da assinatura da data do reajuste e da data do último reajuste respectivamente, e são valores ponderados de acordo com os percentuais de clientes e valores de assinatura das classes residencial, não-residencial e tronco.

- **Nto** é o número médio de pulsos faturados por assinatura do Plano Básico do Serviço Local, considerado o intervalo de tempo compreendido entre o último reajuste e o mês anterior à data da proposta do reajuste.

- **Pt** e **Pto** são os valores do pulso na data do reajuste e na data do último reajuste respectivamente.

- FT é o fator de recomposição inflacionário e é dado pela relação do indicador IGPDI da data do reajuste e da data do último reajuste:

$$FT = \frac{IGPD-I_t}{IGPD-I_o}$$

- K é o fator de transferência da produtividade para o usuário, ou seja, o Fator X. No contrato de concessão assinado em 1998, ficou estabelecido que

$K = 0$ até 31/12/2000;

$K=0,01$ (1%) até 31/12/2005.

Já havia a previsão de que o valor de K seria revisto na renovação do contrato de concessão.

Outro aspecto definido no reajuste tarifário é a possibilidade de excursão do valor do reajuste de cada um dos itens estabelecidos na equação acima no valor de até 9%. A fórmula a seguir é explicitada para o valor da habilitação residencial, mas pode ser usado para qualquer um dos termos que compõe a cesta de serviços:

$$HABRest \leq HABResto \times 1,09 \times IGPDI t$$

Interessante observar que para qualquer um dos valores da cesta de serviço: habilitação (residencial, não-residencial e tronco), pulso, ou assinatura (residencial, não-residencial ou tronco), foi estabelecida uma possibilidade de excursão desse valor de 9% em relação ao índice de reposição inflacionário FT.

Este fato poderia ser utilizado desde que a inequação de reajuste tarifário acima fosse mantida para toda a cesta de serviço. Dessa forma, a concessionária teve uma maior flexibilidade para definir o valor de reajuste de cada item da cesta de serviços de acordo com seus interesses comerciais.

Embora esta metodologia trouxesse um incentivo à concessionária, pois propiciaria uma maior flexibilidade na definição das tarifas, ela foi criticada pelas entidades de defesa dos consumidores, dado que as operadoras utilizariam as regras estabelecidas no contrato, e aumentariam mais o valor da assinatura, uma fonte de receita que apresenta baixa elasticidade e reduz valores como habilitação, que já não vinham sendo praticados comercialmente.

Observa-se também que esta fórmula de reajuste trazia a possibilidade de prejuízo dos usuários residenciais, pela utilização da excursão para esses valores, em benefício dos não-residenciais e troncos (grandes clientes das operadoras, sob os quais poderia haver maior competição), o que fere o princípio do serviço público de generalidade e universalização do serviço a todos os cidadãos.

Os valores de tarifa de uso (usados na interconexão de redes) e de longa distância nacional e internacional, traziam valores de fator de transferência (K) maiores, chegando a 20% para tarifa de uso e 15% para longa distância internacional, embora também tenham sido pré-fixados e sem previsão de revisões periódicas.

Durante o período de 1998 a 2005, não houve revisão tarifária periódica, o que representa um longo intervalo que compromete a eficiência do modelo *price cap*, pois o ganho de produtividade de um setor não permanecem constante ao longo do tempo, e sua intensidade é influenciada por inovações tecnológicas, podendo os ganhos de produtividade futuros serem maiores ou menores do que originalmente estabelecido pelo regulador. Ou seja, pode ocorrer que os ganhos da firma cresçam ou se reduzam por um prazo demasiado longo sem que os consumidores se beneficiem ou paguem por isso.

Outro problema que o longo intervalo sem revisões periódicas pode ocasionar é quando o índice de inflação utilizado no reajuste tarifário não retrata a variação de preços dos insumos. Assim, as distorções introduzidas por reajustes inadequados podem se acumular ao longo dos anos de modo a ocasionar tarifas abaixo ou acima dos custos. No caso de tarifas superiores aos custos, não haverá incentivos à eficiência empresarial e, pior, haverá uma injusta transferência de renda dos usuários para a firma. De fato, a empresa pode deixar de buscar a eficiência e a redução de custos se, reiteradamente, as tarifas forem reajustadas em índices superiores à variação de seus custos.

É interessante observar que a fórmula de reajuste descrita acima só é aplicável para o plano básico, que é de oferta obrigatória a todos os usuários do STFC, no entanto, essa fórmula não é obrigatoriamente aplicada para os reajustes e valores dos planos alternativos. Contudo, a realidade é que no STFC, ao contrário do Serviço Móvel, não houve interesse da disponibilização de planos alternativos aos usuários por parte das empresas prestadoras. Essa situação só começou a se modificar, e ainda de forma muito restrita, no último ano, com o grande questionamento sobre a existência e o valor da assinatura básica.

332

Outro destaque é que não havia previsão no contrato de concessão ou na LGT de que as receitas alternativas, complementares e acessórias deveriam ser consideradas no processo de revisão tarifária para garantir a modicidade tarifária.

O governo, por meio do Decreto nº 4.733, de 10 de junho de 2003, estabeleceu as diretrizes a serem observadas na política de telecomunicações e na renovação de contratos das concessionárias. Em relação aos aspectos econômicos, o Decreto apresentou as seguintes diretrizes:

Art. 7º A implementação das políticas de que trata este Decreto, quando da regulação dos serviços de telefonia fixa comutada, do estabelecimento das metas de qualidade e da definição das cláusulas dos contratos de concessão, a vigorarem a partir de 1º de janeiro de 2006, deverá garantir, ainda, a aplicação, nos limites da lei, das seguintes diretrizes:

I - a definição das tarifas de interconexão e dos preços de disponibilização de elementos de rede dar-se-á por meio da adoção de modelo de custo de longo prazo, preservadas as condições econômicas necessárias para cumprimento e manutenção das metas de universalização pelas concessionárias;

II - a definição do reajuste das tarifas de público será baseada em modelo de teto de preços com a adoção de fator de produtividade, construído mediante a aplicação de sistema de otimização de custos a ser implementado pela agência reguladora;

[...]

VII - as modalidades de serviço de telecomunicação - local, longa distância nacional e longa distância internacional - terão contabilidade separada;

(...);

XV - a viabilidade econômica da prestação do serviço em regime público será assegurada, em âmbito nacional, regional, local ou em áreas determinadas, quando concomitante com sua exploração em regime privado.

§ 1º O modelo a que se refere o inciso I deste artigo será construído mediante a aplicação de sistema de otimização de custos, a ser implementado pela agência reguladora, considerando os custos de amortização dos investimentos realizados para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC e as tarifas de interconexão das redes de suporte aos diversos serviços de telecomunicações, de forma sistêmica e balanceada, abrangendo todos os segmentos socioeconômicos e geográficos.

Observa-se então uma política pública que estabeleceu um processo de controle tarifário pelo preço teto (*price cap*) com a adoção do Fator X (fator de produtividade) que deverá ser definido segundo o sistema de otimização de custos a ser estabelecido pela Anatel. Para as tarifas de interconexão também foi previsto a adoção de modelo de custo de longo prazo.

As diretrizes estabelecidas pelo Decreto presidencial deveriam ser observadas na renovação dos contratos de concessão do STFC. De fato, no novo contrato com vigência a partir de 1º de janeiro de 2006 houve modificações significativas nas cláusulas referentes ao reajuste tarifário, no entanto, em relação ao Capítulo XIII - Da Proteção da Situação Econômica da Concessionária e da Revisão das Tarifas, que trata sobre aspectos do equilíbrio econômico-financeiro, foram mantidas as mesmas cláusulas do contrato anterior. Ou seja, não há uma definição explícita de uma revisão periódica e o intervalo regulatório associado. Apenas menciona, quando trata do fator de transferência na fórmula de reajuste tarifário, que os mecanismos de revisão serão estabelecidos em regulamentação específica. Existe a previsão da possibilidade de alteração do contrato em 2005, 2010 e 2015, mas não há menção específica em relação à questão de revisões tarifárias.

Assim, até que seja definida essa regulamentação, e caso nela haja essa previsão, não está clara a regra a ser utilizada a partir de 2008 para a revisão periódica.

No novo contrato de concessão, o critério utilizado para o cálculo do reajuste tarifário passou a ser:

$$(Asst + nto \times Mint) \leq (1-k) \times Ft \times (Assto + nto \times Minto)$$

Onde:

- **Asst** e **Assto** são os valores da assinatura médio da data do reajuste e da data do último reajuste respectivamente, e são valores ponderados de acordo com os percentuais de clientes e valores de assinatura de cada classe (residencial, não-residencial e tronco), e do somatório do valor de percentual de usuários associados ao plano básico e o valores de assinatura dos demais planos de serviço.

- **Nto** é o número minutos faturados por assinatura do Plano Básico do Serviço Local, incluindo o total de minutos equivalentes às chamadas realizadas em horário

reduzido, considerado o intervalo de tempo compreendido entre o último reajuste e o proposto.

- **Mint** e **Minto** é o valor do minuto de utilização do serviço local na data do reajuste e na data do último reajuste respectivamente.

- **FT** é o fator de reposição inflacionário da tarifa e é dado por:

$$FT = \frac{IST_t}{IST_o}$$

O Índice de Serviços de Telecomunicações (IST) é o índice de atualização de tarifas composto por uma combinação de nove índices existentes na economia, com o objetivo de refletir as reais variações de despesas das prestadoras da melhor forma possível.

Entre os seus principais formadores estão o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), com peso de 44%, e o Índice de Preços por Atacado - Oferta Global/Máquinas e Equipamentos Industriais (IPA-OG/Máquinas), com peso de 32%. A seleção dos índices que compõem o IST foi realizada em um trabalho conjunto entre a Anatel e o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

A Anatel, ao definir IST, mitiga as críticas em relação ao índice a ser utilizado no reajuste tarifário, pois a utilização do IGPD-I nos contratos de concessão anteriores foi duramente criticada por repassar às tarifas o impacto da variação cambial ocorrida no período de duração do contrato, e por outro lado a utilização de índices específicos do setor possibilitam a manipulação desses índices pelos agentes. Assim, o IST sendo um índice composto de vários índices com pesos e características variados, tentando refletir o mais próximo possível a variação dos custos das empresas apresenta-se como solução satisfatória.

334

$$- K = X + FA$$

Onde:

- **FA** é um fator de amortecimento que será aplicado em caso de a variação apresentar índices altos, que significa uma alta inflacionária no período de reajuste tarifário considerado, tentando proteger os usuários dos efeitos nocivos de uma alta dos índices que compõem o IST. O valor de FA foi definido para os seguintes patamares de variação do IST:

- 0, para variações do IST, no período considerado, até 10%;
- 0,01, para variações do IST, no período considerado, acima de 10% e até 20%;
- 0,02, para variações do IST, no período considerado, acima de 20% .

- **X** é o fator de produtividade a ser utilizado no reajuste tarifário com o objetivo de compartilhar os ganhos de produtividade com os usuários. O valor de X ainda será definido pela Anatel, a partir de 2008, utilizando a metodologia de otimização de custos, conforme definido no Decreto nº4.733, de 10 de junho de 2003.

A Anatel, no novo contrato de concessão, manteve a figura da excursão dos valores dos componentes da cesta de tarifas, mas reduziu esse valor de 9% para 5%. A Anatel

também estabeleceu que a assinatura residencial seja sempre menor que as assinaturas das classes não-residencial e tronco.

Para o período de 2006 e 2007, a Agência estabeleceu que o Fator X será definido com base em uma metodologia simplificada, enquanto ocorre a definição do modelo definitivo a ser utilizado, que em face da sua complexidade demanda longos estudos e contratação e capacitação de técnicos especializados. Essa metodologia simplificada inclui, dentre outros, os dados físicos e econômicos referentes aos produtos de assinatura mensal e de minuto de utilização, bem como os referentes aos fatores materiais, pessoal, serviços e depreciação.

Cabe destacar que no reajuste tarifário, a Anatel definiu que o valor do Fator X nunca será inferior à zero, mesmo que os resultados dos cálculos definidos na metodologia indiquem valores negativos para o Fator X, que representaria um repasse dos custos das empresas não remunerados para as tarifas paga pelos usuários. Essa medida, louvável do ponto de vista social e da diminuição das desigualdades sociais, traz problemas para a estabilidade regulatória dos contratos de concessão, pois a mesma não apresentou limites para tais valores de X negativos. No entanto, caso constatado, na análise dos custos, receitas e despesas, que o valor do Fator X é negativo, a concessionária terá direito a solicitar revisão tarifária extraordinária como forma de manter o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Observa-se então um avanço em relação ao contrato anterior, já que há uma previsão de cálculo do Fator X e não um valor arbitrado pela Anatel, embora ainda não esteja previsto o intervalo a ser utilizado nesta condição.

No entanto, a Anatel emitiu resolução para o cálculo simplificado do Fator X nesse período de dois anos, 2006 e 2007.

Conforme a Anatel, as premissas utilizadas para estabelecimento da metodologia simplificada foram: estímulo à eficiência e a maximização dos ganhos a serem compartilhados, transparência, auditabilidade e confiabilidade, transitoriedade até a introdução de metodologia com a otimização de custos (2008), e utilização do IST.

O ganho econômico das empresas, resultante da modernização, expansão ou racionalização, pode ser definido pela relação entre produtos e fatores de produção. O Fator X foi definido para o período 2006/2007¹⁴ pela seguinte fórmula:

$$X = c \times (1 - 1/IPTF)$$

Onde:

c - é o fator de compartilhamento do ganho de produtividade e determina a proporção de compartilhamento dos ganhos econômicos entre os usuários e a concessionária. No caso do período específico, a Anatel definiu este fator como 0,5, determinando que 50% do ganho de produtividade das empresas seja repassado para os usuários e 50% retido pelas empresas.

IPTF - é o índice que representa a variação do fator de produtividade e é dado pela relação entre a produtividade do período de reajuste e do período anterior. Esse fator de produtividade pode ser calculado pela divisão da quantidade de produtos (P) de uma concessionária e a quantidade de fatores de produção utilizadas (F) no período determinado.

$$\text{IPTF} = \frac{P_t/F_t}{P_{t0}/F_{t0}} = \frac{P_t/P_{t0}}{F_t/F_{t0}} = \frac{\text{IQP}}{\text{IQF}}$$

A metodologia utilizada para o cálculo do IPTF foi índice de *Fisher*¹⁵ e é baseada nas receitas, despesas e quantidades dos produtos e fatores de produção, definidos pela Anatel em regulamentação específica.

O cálculo do Fator X considera o IPTF do biênio anterior, assim, o cálculo do Fator X para 2006 utilizará o IPTF do biênio 2004-2005, e o Fator X para 2007 usará os valores do IPTF de 2005-2006. Para isso as empresas terão de fornecer os dados de receitas e despesas dos produtos e fatores de produção a partir de 2004 para a Anatel.

Outro aspecto interessante é que a Anatel definiu um Fator X médio calculado a partir dos valores de Fator X das concessionárias, ponderado pelo número de terminais em serviço de cada uma. O Fator X a ser aplicado para cada uma das empresas nunca poderá ser inferior ao Fator X médio, mesmo que o cálculo do Fator X da concessionária tenha levado a um número menor.

Dessa forma, as concessionárias que não apresentarem bons índices de produtividade IQTF e, conseqüentemente, tiveram um Fator X menor, serão penalizadas, pois o Fator X a ser utilizado será o Fator X médio do setor. A Anatel buscou por esse dispositivo criar um incentivo para as concessionárias aumentarem a eficiência na prestação do serviço e na produtividade, que será compartilhada em 50% com o usuário.

Assim no período de transição (2006/2007), a Anatel vai considerar os custos totais da empresa, tais como material, pessoal, serviços e depreciação, pelo método FAC¹⁶, que avalia de um ano para o outro a variação das receitas e das despesas. Se o resultado for positivo, define-se, em seguida, o percentual a ser compartilhado com os usuários dos serviços.

336

A partir de 2008, a metodologia a ser aplicada é um índice de produtividade que inclui a otimização de custo e deverá considerar o custo incremental de longo prazo de uma empresa (*Long Run Incremental Costs* (LRIC). Um importante pressuposto na metodologia de construção do LRIC corresponde ao princípio *forward-looking* de otimização, isto é, o LRIC será baseado em critérios de contabilidade de custos correntes, que levam em conta a utilização de ativos e recursos de maneira eficiente, tendo por base a rede real do grupo¹⁷. A determinação do custo médio ponderado de capital (WACC) é parte da metodologia LRIC. A Anatel definirá em regulamentação específica o cálculo do Custo Médio Ponderado de Capital (WACC).

A Agência ainda não definiu as regras que serão válidas a partir de 2008, mas será necessário que as defina o mais breve possível, para permitir que a proposta seja devidamente discutida com a sociedade (usuários e prestadoras), e assim minimizar a insegurança regulatória, pois o contrato de concessão já foi assinado por vinte anos, e nem operadoras nem usuários sabem como se dará o reajuste tarifário a partir da data de 2008.

A Atuação da Anatel e a Regulação Econômica

Nesses quase dez anos de existência, a Anatel demonstrou um grande esforço em implantar o modelo regulatório estabelecido na Lei Geral de Telecomunicações,

promovendo revisão/edição de regulamentos aderentes às novas orientações legais. Essa atuação teve um enfoque especial na regulação técnica dos serviços, com a edição de regulamentos e ações de caracterização dos serviços e suas características técnicas, sendo que a regulação econômico-financeira não foi uma prioridade da Agência nesses primeiros anos de funcionamento.

Essa é uma das críticas que a Anatel sofre da sociedade, e a Agência vem tentando reverter tal situação com a contratação de consultorias especializadas e a emissão de regulamentos específicos sobre o acompanhamento econômico-financeiro da prestação dos serviços.

Somente com a regulação econômico-financeira bem executada é que se pode realizar uma análise do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de forma a garantir a remuneração adequada às empresas e preços razoáveis aos usuários.

A Anatel tem atuado no sentido de cumprir o estabelecido no contrato de concessão, como forma de manter a estabilidade regulatória, procurando não tomar ações populistas ou expropriação dos lucros das empresas, mantendo o interesse dos investidores no setor de telecomunicações.

Esta postura pode ser observada na defesa da manutenção da assinatura básica e da utilização do IGP-DI para a correção das tarifas. Este ponto de vista foi muito criticado por toda sociedade, inclusive pelo próprio Ministério das Comunicações, que incentivou o questionamento dos sobre tal posicionamento no judiciário. A Anatel, ao assim se posicionar, atuou de fato como órgão regulador que deve se preocupar com a prestação do serviço, analisando os aspectos dos prestadores e dos usuários, sem se dobrar a pressões governamentais com interesses políticos.

No entanto, como já mencionado, a Agência não se preocupou com o acompanhamento econômico-financeiro das concessões. Uma das críticas que se faz ao modelo regulatório utilizado é justamente a não-previsão explícita de revisão tarifária ordinária em um setor tão dinâmico e sujeito a ganhos de produtividade, como o de telecomunicações.

O modelo de controle tarifário de fixação de preços máximos e o repasse da produtividade requerem de forma essencial a realização de revisões tarifárias periódicas, para que esse modelo venha a produzir os incentivos e os efeitos desejados, como a redução de custos e o compartilhamento de ganhos de produtividade, bem como é essencial para assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro ao longo do período de duração do contrato.

Assim, os órgãos reguladores ao adotarem o mecanismo de controle tarifário por preço teto devem fixar o período regulatório, indicando a data em que se procederá à revisão contratual. A ausência da revisão ordinária ou periódica pode gerar efeitos devastadores sobre o equilíbrio do contrato e, por isso, não é usualmente adotada pelos reguladores de serviços públicos.

Em relação à questão do reajuste tarifário das tarifas pelo índice IGP-DI que apresentem valores bem superiores ao IPCA à época, a Anatel tomou a decisão correta de defender a correção por este índice conforme previsto no contrato. Deve-se lembrar que esse índice IGP-DI foi adotado por apresentar, na época da assinatura do contrato, variação menor que a dos índices oficiais de inflação, situação que não se repete na atualidade.

Apesar dessa previsão contratual, havia indícios de que o IGP-DI não estava refletindo a variação dos custos dos insumos das concessionárias do STFC, e essas poderiam estar se apropriando de ganhos não decorrentes de sua eficiência empresarial. Assim, a Anatel poderia ter iniciado um processo de revisão tarifária para verificar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão após esses reajustes, e caso constatado o desequilíbrio, proceder à revisão das tarifas para garantir o retorno à condição de equilíbrio.

O reajuste tarifário deve recompor o número que exprime os custos da empresa. Em outras palavras, ainda que o índice de reajuste possa alterar nominalmente as tarifas, não deverá modificá-las em termos reais. Evidencia-se que o direito assegurado aos concessionários, assim como a qualquer outro que celebre contrato com a Administração, refere-se à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro pactuado e não à correção de suas tarifas por determinado índice. Vale dizer, o que é assegurado ao contratante é o direito à manutenção da relação de proporcionalidade entre as prestações e as respectivas remunerações. O índice pactuado é mero instrumento pelo qual se procura resguardar o equilíbrio contratual. Evidentemente que, se insuficiente, a sua utilização pode ocasionar onerosidade excessiva ao concessionário, rompendo-se então o equilíbrio e ensejando a revisão tarifária. De igual modo, se excessivo o índice, oneram-se os usuários, caracterizando-se, assim, igual desproporção entre a remuneração e o serviço prestado.

Conforme visto anteriormente, foi assegurada na LGT a transferência integral, aos usuários, dos ganhos econômicos que não decorressem diretamente da eficiência empresarial. O contrato, por sua vez, foi ainda mais rígido e proibiu o concessionário de auferir ganhos para os quais não tenha contribuído diretamente. Vale dizer, os ganhos econômicos não advindos da eficiência empresarial são considerados, nos termos da lei e do contrato, ganhos indevidos, imotivados e devem ser repassados integralmente aos usuários de forma a assegurar proteção ao consumidor e garantir a razoabilidade tarifária, vez que o concessionário deve repassar às tarifas quaisquer ganhos para os quais não tenha concorrido.

338

Face ao exposto acima, verificou-se uma falha na atuação da Anatel, ao não realizar uma análise mais detalhada do impacto dos reajustes tarifários ocorridos em relação ao equilíbrio econômico financeiro, garantindo que não houve ganho indevido de uma das partes (usuário ou da prestadora) em detrimento da outra parte. Essa atuação da Anatel sofreu críticas das entidades de defesa do consumidor, do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União.

Outra crítica a ser feita em relação ao modelo utilizado é o longo período sem revisão periódica, de 1998 a 2005, que descaracteriza as premissas do modelo de controle tarifário com repasse de produtividade, de forma a incentivar a eficiência da empresa. O valor do Fator X foi estipulado em 0 e 1% durante o período de 1998 e 2005. Caso constatado em uma análise do equilíbrio econômico-financeiro da concessão que os reajustes determinados pela aplicação do IGP-DI foram maiores do que a variação dos custos das empresas, e superiores à inflação medida pelo lado do consumidor (IPCA), na prática, os consumidores não teriam recebido nenhum benefício tarifário real, ao contrário, teria ocorrido um aumento real de tarifas que propiciariam ganhos econômicos pelos concessionários (a menos de 1%). Assim, caso as tarifas tenham sido reajustadas acima da variação dos custos das concessionárias, a aplicação do Fator X de 1% foi inócua como forma de garantir o repasse do ganho de produtividade ao usuário e garantir a modicidade tarifária.

Ademais, o Fator X de 1%, arbitrado para compartilhar os ganhos de produtividade das empresas com os usuários, também parece ter sido subestimado pelo regulador, pois

os valores de X adotados em outros países se apresentam bem superiores, variando de 3 a 8%.

A Anatel vem tomando ações no sentido de priorizar o acompanhamento econômico-financeiro da prestação dos serviços, de modo especial do STFC, que lhe permitirá verificar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e estabelecer os critérios e valores de remuneração de redes a serem praticados. No entanto, tais ações vêm encontrando obstáculos na falta de pessoal especializado, decorrente do atraso da implantação de uma política de recursos humanos com contratação de pessoal próprio, e do forte contingenciamento, o que vem, atrasando, ou até mesmo impedindo, a contratação de consultorias especializadas necessárias para definição dos modelos a serem utilizados e para capacitação do pessoal da Agência.

Um exemplo dessa nova postura da Anatel é a definição do IST, que é um índice que reflete melhor as variações dos custos das empresas e está mais próximo de um índice de variação de preços sob o ponto de vista do consumidor.

A Anatel durante essa fase de transição (2006-2007), para um modelo de controle tarifário baseado em otimização de custos, terá a oportunidade de se capacitar nesse aspecto regulatório em que ainda apresenta deficiências, melhorando, assim, sua atuação como órgão regulador.

No entanto, é essencial para a transparência do processo e para a estabilidade regulatória que os novos dispositivos a serem utilizados a partir de 2008 como regulamento do WACC sejam definidos com a antecedência necessária. É fundamental também que a regulamentação a ser editada defina explicitamente o intervalo regulatório a ser utilizado entre as revisões periódicas.

Análise Comparativa dos Processos de Revisão tarifária dos setores de transporte, energia elétrica e telecomunicações

Os setores de transporte, energia elétrica e telecomunicações representam uma parcela significativa do PIB¹⁸ e são essenciais ao desenvolvimento da economia do País. As concessões analisadas nesse trabalho afetam diretamente os cidadãos, usuário desses serviços, e especificamente a questão do equilíbrio econômico-financeiro, por meio dos valores das tarifas praticadas.

Os setores apresentam realidades distintas

Embora os três tipos de concessões analisadas neste trabalho sejam relativos a serviços públicos da área de infra-estrutura, a realidade de cada um desses setores é bem distinta, e exige uma atuação diferenciada das agências reguladoras para cada caso.

As concessões de rodovias federais, em geral, são concessões precedidas de obras públicas de reconstrução ou de aparelhamento de rodovias, e estão relacionadas a um setor de infra-estrutura mais ligado à indústria da construção civil, com grupos controladores constituídos por grandes empreiteiras acostumadas a realizar obras para o Estado.

O setor de construção e manutenção de rodovias não é um setor que apresenta inovações tecnológicas freqüentes modificantes das características do serviço prestado,

mas apresenta sim inovações que afetam os custos operacionais e administrativos das empresas, como a utilização de novas técnicas e de materiais de pavimentação e de novas tecnologias que automatizam as praças de pedágio.

As concessões de rodovias federais existentes, embora se refiram a estradas com maior movimento do País, ainda representam um pequeno percentual da malha viária brasileira com potencial para ser explorada pelo setor privado, pois diferentemente de outros setores, as concessões são específicas por rodovia, e grande parte das rodovias brasileiras não apresenta viabilidade econômica devido ao baixo tráfego de veículos.

As concessões de distribuição de energia elétrica por sua vez são relativas a um monopólio natural, com uma só empresa tendo a concessão para distribuição de energia elétrica por cada área de atuação. No entanto, o número de concessões, em um total de sessenta e quatro, permite uma maior pulverização dos grupos controlados, sendo que grande parte dessas concessões ainda são empresas estatais estaduais.

Embora seja um setor que envolva mais tecnologia que o de rodovias, essas mudanças tecnológicas são relacionadas a questões de segurança, custos e eficiência das empresas, e não configuram alterações na prestação do serviço. O serviço é bem definido, como a distribuição de energia elétrica nas residências, indústria e comércio, e seu produto é a disponibilização de energia medida em KWatt por hora.

Embora tenha a característica de monopólio e sem um produto substituto, o setor de distribuição de energia elétrica sofreu bastante com o “apagão” que alterou as condições de demanda do mercado, por questões de falta de oferta e imposição de penalizações nas contas por consumo excessivo, que permaneceram após a crise como fator de comportamento dos consumidores, e somente agora os padrões da demanda de consumo voltam a se estabilizar nos patamares observadas antes da crise do apagão.

340

O setor de telecomunicações apresenta inovações tecnológicas freqüentes que afetam não somente os custos operacionais das empresas, mas principalmente a forma de prestação do serviço, e até mesmo propiciam a criação de novos serviços e a extinção de outros serviços. Por exemplo, o serviço de radiochamada (*paging*) foi praticamente extinto pelas inovações tecnológicas da telefonia celular que propiciaram o serviço de envio de mensagens e o celular pré-pago.

O serviço de telefonia fixa comutado (STFC) é o único serviço de telecomunicações prestado em regime público, e sua delegação é realizada por concessão atendendo aos requisitos e características de um serviço público. Embora o arcabouço regulatório estabeleça a competição no serviço de telefonia fixa, na prática ainda há monopólio na prestação do serviço de telefonia fixa local em cada uma das três regiões de prestação.

No entanto, o número de usuários do STFC se estagnou em um patamar de 40 milhões, enquanto o número de usuários de serviços de telecomunicações vem aumentando a altas taxas, o que demonstra que a necessidade dos serviços de telecomunicações vem sendo suprida por serviços prestados em regime privado, como o serviço móvel, ou a telefonia utilizando tecnologia IP¹⁹, que ainda é objeto de discussão sobre sua regulamentação nos serviços de longa distância.

Assim, ao contrário da distribuição de energia elétrica e das rodovias federais, o serviço de telefonia fixa, embora não sofra a concorrência de outros prestadores do

mesmo serviço, sofre sim a concorrência de outros serviços de telecomunicações que podem afetar as receitas das concessionárias de STFC.

Dessa forma, caso o governo tenha o interesse de manter um serviço de telecomunicações prestado em regime público, é necessário que se preocupe em estimular a competição sem prejudicar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. Outra preocupação é que os grupos controladores das concessões do STFC são também detentores de grande parte do mercado dos serviços prestados em regime privado, com menor submissão às regras de regulação, e podem assim focar suas ações para estes serviços em detrimento do serviço público considerado essencial para a sociedade.

Percebe-se então que o setor de telecomunicações apresenta uma maior diversidade de serviços e de aspectos de competição, que tornam bem mais complexa a atuação da Agência na regulação econômico-financeira do mercado, e dificultam a análise do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão desse setor.

Comparação dos Processos de Revisão Tarifária

Na seção anterior observamos que existem diferenças marcantes entre os três setores analisados, e essas diferenças também se fazem presentes nos processos de garantia do equilíbrio econômico-financeiro desses setores. Cada um deles está em um estágio de evolução diferente em relação a esse aspecto, que demonstra uma não-uniformidade do tratamento da questão do equilíbrio econômico-financeiro entre os serviços públicos de infra-estrutura.

Nos contratos de concessão de rodovias, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é verificada pela preservação da taxa de retorno definida na proposta vencedora da licitação, enquanto para os setores de distribuição de energia elétrica e de telefonia fixa, que anteriormente também já foram regulados por taxa de retorno, o controle tarifário é realizado via preço teto (*price cap*), com previsão de repasse de produtividade (Fator X) para os usuários.

Esses dois setores, apesar de usarem o controle tarifário por preço teto, encontram-se em fases bem distintas na sua aplicação nos reajustes tarifários e na análise do equilíbrio econômico-financeiro das concessões.

Os contratos de setor elétrico já trazem a metodologia de cálculo do reajuste tarifário do Fator X, e já foram realizadas revisões periódicas para as empresas concessionárias, sendo observados problemas em sua execução, como erros na pesquisa de satisfação que invalidaram seu resultado na aplicação do Fator X_c, e o uso de resultados ainda não definitivos para cálculo dos valores de X_e.

Nos primeiros três anos, o Fator X foi estabelecido como 0%. Para o setor de distribuição de energia elétrica, o Fator X é composto de três parcelas, sendo uma relacionada à avaliação das empresas pelo usuário (pesquisa de satisfação), a segunda referente à ponderação dos índices de reajuste IPCA e IGP-M para reajuste de custos de mão-de-obra, e a terceira referente a uma análise da eficiência das empresas, comparando seus custos com os de uma empresa de referência com as mesmas características das concessionárias.

O setor de distribuição elétrica é o único que utiliza a opinião do usuário como um dos parâmetros de cálculo do Fator X, embora este ponto seja objeto de contestação das empresas concessionárias e de alguns especialistas do setor.

Já para os contratos de concessão de telefonia fixa, o processo de revisão tarifária somente se inicia em 2006, já que desde 1998 só houve reajustes tarifários e os valores do Fator X aplicados desde 1998 foram fixados em 0% e 1% na assinatura do contrato de concessão.

O processo de revisão tarifária a ser aplicado em 2006 e 2007 é baseado em uma metodologia simplificada, fundamentada em custos alocados (FAC), e com compartilhamento de 50% do valor da produtividade aos usuários. A Anatel ainda irá definir as regras a serem utilizadas no processo de revisão tarifária a partir de 2008, que deverá obedecer aos critérios de otimização de custos (conforme definido pelo Decreto nº 4.733, de 10 de junho de 2003), e, assim como ocorre no setor de distribuição de energia elétrica, deverá utilizar uma empresa de referência para analisar a eficiência dos custos das concessionárias.

Em relação ao índice utilizado no reajuste tarifário também são observadas diferenças entre os três setores. Nas concessões de rodovias, o índice de reajuste do valor das tarifas (pedágio) é formado por uma cesta composta por quatro índices específicos do setor de construção (custos de terraplanagem, pavimentação, obras de artes especiais e serviços de consultoria). Existem críticas relacionadas à utilização de índices específicos de um setor no processo de reajuste tarifário, pois esses podem ser manipulados pelos agentes desse mercado, especialmente em um mercado com forte concentração. No entanto, a ANTT já prevê nas minutas dos próximos de contratos de concessão a serem celebrados, a utilização do índice IPCA, que embora possa não refletir a variação de custos do contrato de concessão, é um índice blindado à manipulação por parte dos agentes que atuam no setor de transporte.

342

No setor de distribuição de energia elétrica, o índice utilizado no processo de reajuste tarifário é o IGP-M que é um índice geral da economia para atualização de valores. Especificamente no cálculo do Fator X, é realizada uma ponderação do IGP-M com o IPCA, pois foi considerado que o IGP-M não é um índice adequado para a correção dos custos referentes à mão-de-obra, sendo o IPCA mais apropriado para a correção desse componente dos custos.

No setor de telecomunicações, foi utilizado até o fim de 2005, o índice IGP-DI para a correção dos valores da cesta de tarifas da telefonia fixa. Esse índice foi motivador de embates entre o Ministério das Comunicações e a Anatel, pois embora na época de definição dos contratos de concessão fosse o índice com menor variação, a alteração da situação cambial no período 1999 a 2003 provocou valores bem superiores aos dos demais índices utilizados para correção da economia como o IPCA. Com a situação cambial atual, o IGP-DI apresenta novamente valores inferiores ao IPCA.

Em face dessa grande controvérsia, a Anatel estabeleceu o novo índice IST específico para o setor de telecomunicações, baseado em nove índices de reajuste de preços, que busca ao mesmo tempo refletir de melhor forma os custos dos insumos aplicados nas concessões de telefonia fixa, bem como não ser influenciável pelas operadoras do setor. Destaca-se o esforço da Anatel na definição em desse novo índice em cooperação com o IBGE, o qual divulga o resultado do índice mensalmente no sítio da Anatel.

Outro aspecto a ser observado é o intervalo regulatório utilizado em relação às revisões tarifárias, pois como visto neste trabalho, o período entre as revisões tarifárias é um fator crítico nos resultados (sucesso ou fracasso) da metodologia de *price cap* para incentivar uma maior eficiência por parte das empresas.

Somente no setor elétrico é que foi definido o intervalo de quatro anos entre as revisões tarifárias periódicas, valor este compatível com os intervalos utilizados em outros países.

Nos setor de transporte, assim como no setor de telecomunicações, não havia previsão de revisões periódicas, e assim não foi estabelecido um intervalo regulatório para a ocorrência de revisões tarifárias. Observou-se um comportamento bem distinto entre esses dois setores, pois enquanto no setor de concessão de rodovias, as concessionárias apresentaram um grande número de solicitações de revisões extraordinárias para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, no setor de telecomunicações não foi realizada nenhuma revisão extraordinária desde 1998.

Na minuta do novo contrato de concessão a ser utilizada nas novas licitações de rodovias, a ANTT estabeleceu um intervalo anual para a revisão tarifária referente aos efeitos de arredondamento, antecipações ou postergações de cronogramas, inclusão ou exclusão de serviços e receitas alternativas, e um período quinquenal para revisão do PER em relação a sua compatibilidade com as reais necessidades advindas da dinâmica da rodovia.

A Anatel ainda não estabeleceu as regras a serem utilizadas a partir de 2008 no processo de revisão tarifária, e, portanto, ainda não é possível saber qual a regra a ser utilizada em relação ao intervalo entre as revisões periódicas.

Essas duas situações opostas podem provocar distorções na análise do equilíbrio econômico-financeiro, pois tanto um período curto como um longo demais podem não trazer incentivos à eficiência por parte das empresas, embora este aspecto seja mais aplicado à metodologia *price cap*, do que à regulação por taxa de retorno usada nas rodovias.

Outro aspecto é a utilização das receitas acessórias, complementares, alternativas, acessórias ou de projetos associados à concessão do serviço público como forma de promover a modicidade tarifária. Nas concessões de rodovias há a previsão expressa da utilização dessas receitas para a redução do valor das tarifas, contudo, como essas concessões são reguladas por taxa de retorno, estipulada na assinatura do contrato de concessão, não há um incentivo para que as concessionárias busquem essas receitas alternativas, uma vez que a taxa de retorno já está garantida e não será alterada.

Nos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica, também há a previsão de destinação parcial de receitas auferidas com outras atividades empresariais exercidas pela empresa concessionária para proporcionar a modicidade das tarifas de energia ao usuário final.

Já no setor de telecomunicações, não há essa previsão expressa na LGT, e nem nos contratos de concessão (antigos e novos), de que as receitas complementares, alternativas e acessórias devem ser consideradas no processo de revisão tarifária, com vistas a proporcionar a modicidade tarifária. Como não foram definidas ainda as regras a serem

aplicadas a partir de 1998, não é possível conhecer se estas receitas serão consideradas no cálculo do Fator X.

Diferenças na atuação das Agências

A atuação dos órgãos reguladores é fundamental para garantir o equilíbrio econômico-financeiro, para incentivar as empresas a serem mais eficientes em sua operação, e para que os ganhos de produtividade sejam repassados aos usuários.

Neste trabalho, verificou-se distintas atitudes da ANTT, da Anatel e da Aneel em relação ao acompanhamento equilíbrio econômico-financeiro das concessões, bem como se encontram em diferentes estágios de evolução em relação a esse tópico.

A ANTT, que foi criada em 2001, está em uma fase de conclusão de estudos de viabilidade e definição dos editais e contratos de concessão para a licitação de novos trechos de rodovias federais. As minutas desses novos dispositivos, embora mantenham a regulação por taxa de retorno, já apresentam melhorias em relação aos contratos anteriores, como a definição do IPCA como índice de reajuste e a definição do intervalo para a ocorrência de revisões periódicas.

Essas novas licitações são uma oportunidade para que a ANTT corrija algumas falhas dos contratos existentes, como a utilização, em todas as revisões tarifárias, ao longo da duração do contrato, dos custos operacionais informados à época da licitação, de modo que todo o ganho de produtividade seja assimilado pelas concessionárias, sem que o usuário tenha qualquer benefício. Assim as concessionárias teriam sua rentabilidade aumentada sem observação do princípio da modicidade tarifária. Outro aspecto é uma melhor definição no edital sobre a utilização de receitas acessórias criando mecanismos que incentivem as concessionárias a buscarem essas receitas.

344

A Aneel foi a agência pioneira no processo de acompanhamento econômico-financeiro das concessões, e, portanto, a que tem maior experiência no processo de revisão tarifária. A Aneel estabeleceu um Fator X em 0% nos primeiros três anos da concessão, e em seguida passou a definir o valor desse fator. Apesar das dificuldades iniciais encontradas, a Aneel seguiu o processo de revisão tarifária gradualmente, tendo que, inclusive, estipular índices de fatores de correção de tarifas, enquanto a regulamentação ainda não estava pronta.

Embora muito criticada pelas concessionárias, a Aneel adotou um modelo de revisão tarifária com a utilização de uma empresa de referência eficiente, com o objetivo de analisar se os custos praticados nas empresas eram eficientes e deveriam ser considerados, total ou parcialmente, no processo de revisão tarifária. No entanto, após as primeiras rodadas de revisão tarifária, com o método estabelecido, os próprios dirigentes da Agência admitem a necessidade de ajustes nos mecanismos regulamentados que provocaram críticas das concessionárias, como a utilização da pesquisa de satisfação para redução das tarifas e a utilização de resultados preliminares das empresas para definição do Fator X, o que provocou uma instabilidade regulatória em relação aos valores das tarifas reajustadas. A Aneel está aprimorando o processo de revisão tarifária, devendo submetê-lo à consulta pública em um curto espaço de tempo.

A Aneel passou por um processo muito complexo durante a crise do apagão, na qual teve de administrar uma oferta de energia limitada e impor regras que limitassem a demanda, e, dessa forma, afetar diretamente o equilíbrio econômico-financeiro das

concessões de distribuição, que tiveram um processo de revisão extraordinária específico para a reposição das perdas referentes à crise do apagão.

A recuperação da rentabilidade das empresas distribuidoras ocorreu após o período de revisão tarifária, que demonstra que esse processo tende a restabelecer o equilíbrio na concessão a níveis adequados, podendo beneficiar os usuários ou as concessionárias, dependendo da situação das tarifas que podem estar remunerando adequadamente ou não as empresas prestadoras de serviço.

Já a Anatel, que foi criada sete meses após a Aneel, teve uma postura menos proativa em relação aos aspectos de revisão tarifária e análise do equilíbrio econômico-financeiro das concessões, pois estabeleceu um período de oito anos sem a previsão de revisões tarifárias, prefixando os valores de X em 0 e 1% durante essa fase. Os esforços da Anatel concentraram-se na adaptação da regulamentação existente à nova orientação da LGT e à implantação do modelo regulatório.

No entanto, a competição não foi estabelecida e o mercado de telefonia fixa local é monopólio de empresas privadas. A Anatel, então, está buscando adquirir conhecimento e experiência nessa área de regulação e fiscalização econômico-financeira, capacitando seus quadros e contratando consultorias especializadas. Essa tarefa vem sendo duramente afetada pelos contingenciamentos orçamentários que a Anatel sofre nos últimos anos. A missão da Anatel é bastante complexa em face da grande dinamicidade do setor e das inovações tecnológicas que mudam as características dos serviços de telecomunicações.

A Anatel definiu uma metodologia simplificada a ser aplicada em 2006 e 2007, o que já mostra uma maior maturação da Agência em relação a este tema, e está atualmente em um processo de definição na metodologia de revisão tarifária, baseada em otimização de custos a ser aplicada a partir de 2008. A Agência enfrenta dificuldades devido à falta de cultura de acompanhamento econômico-financeiro das concessões, que não foi realizado nesses oito anos, e como separar custos e receitas das diversas modalidades de serviço da prestadora.

Assim, a Anatel está elaborando um arcabouço regulatório concernente à regulação econômico-financeira que compreenda não só os aspectos de revisão tarifária, mas também os critérios para determinação de preços de tarifas de uso de rede, e o tratamento a ser dado a empresas com poder de mercado significativo, tendo como objetivo estimular a competição no setor.

Outra dificuldade enfrentada pela Aneel, e em breve pela Anatel, é a definição dos custos eficientes para a empresa de referência e de remuneração adequada do capital, uma vez que na definição do valor a ser utilizado do WACC, é necessária a utilização de dados dos Estados Unidos para a definição do risco do setor, pois no Brasil não há ainda séries históricas sobre o desempenho das empresas, e são poucas as empresas com capital aberto que possam ser utilizadas na definição consistente desses índices.

Melhorias possíveis no processo de revisão tarifária do Setor de Telecomunicações

A Anatel está em processo de definição do novo arcabouço regulatório a ser utilizado no processo de revisão tarifária, uma oportunidade para incorporar as boas práticas que são empregadas em outras agências reguladoras no processo de revisão tarifária. Observa-se que cada um dos modelos empregados apresenta vantagens e desvantagens, e o setor de telecomunicações, que está em uma fase de definição do

modelo a ser utilizado a partir de 2008, pode se apropriar das boas práticas utilizadas em outros setores

O setor de telecomunicações possui especificidades que tornam o acompanhamento mais complexo, mas isto não impede a utilização de alguns mecanismos utilizados em outros setores de infra-estrutura.

Assim, verificamos a importância da definição de um intervalo regulatório adequado no novo processo de revisão, de forma a dar maior estabilidade regulatória ao modelo e maior incentivo à eficiência por parte das empresas, que poderiam assimilar os ganhos de produtividade existentes entre os intervalos de definição do Fator X.

Outro ponto complexo é a adoção de uma empresa de referência que retrate os custos eficientes dos serviços de telefonia fixa e a comparação das concessionárias reais com esta empresa hipotética, em face da grande diversidade de serviços prestados pelas empresas. Assim, a metodologia de análise de custos e receitas das empresas deve ser elaborada visando expurgar custos e receitas não associados diretamente ao serviço concedido, no caso telefonia fixa, na comparação com a empresa eficiente.

Por outro lado, pode ser contemplada no novo modelo de revisão tarifária a utilização das receitas acessórias, alternativas ou complementares ao serviço STFC, a fim de promover a modicidade tarifária. A Anatel poderá definir quais são essas receitas e em que proporção contribuirão para redução das tarifas finais aos usuários, possivelmente no cálculo do Fator X. É importante que a regulamentação crie incentivos efetivos para que as empresas busquem o aumento das receitas acessórias, pois, embora essa opção esteja prevista no contrato de concessão de rodovias, tal prática não ocorre.

346

O novo modelo deve preconizar a transparência em todo o processo de revisão tarifária, resguardados os dados reservados das operadoras sobre custos e receitas, envolvendo, pelos processos de consulta e audiência pública, toda a sociedade, em especial usuários e suas entidades representativas. Essa ação dá maior credibilidade ao processo e minimiza os questionamentos posteriores aos índices de reajustes das tarifas.

Deve ser também melhorado o processo de fiscalização econômico-financeira dos contratos de concessão que possibilitará dar maior confiabilidade aos dados fornecidos pelas empresas, fornecendo, assim, uma maior credibilidade a todo processo de revisão tarifária.

Face ao maior dinamismo do setor e da possibilidade de alterações nas características de prestação do serviço de telefonia fixa, a nova regulamentação deve estabelecer regras que sejam flexíveis e não se apliquem somente às características atuais dos serviços e das concessionárias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Alguns serviços do setor de infra-estrutura são classificados como serviços públicos, inclusive de forma expressa no texto constitucional, devido a sua fundamental importância para a sociedade brasileira, devendo assim observar os princípios que regem a prestação dos serviços públicos em nosso País.

Foi observado que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro serve para preservar, durante a vigência do contrato de concessão, as condições estabelecidas na proposta vencedora do edital de licitação, que se mostra atraente para a empresa

proponente, vez que esta elaborou a proposta, e para o Estado, que escolheu a melhor proposta para as condições do edital de licitação.

No transcorrer do trabalho, observou-se que o reajuste e a revisão tarifária são instrumentos destinados a realizar a manutenção desse equilíbrio, e também compartilhar com os usuários os ganhos econômicos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços. Além disso, a metodologia utilizada nesses dois processos deve propiciar incentivos adequados à eficiência da prestação dos serviços que trará benefícios tanto para os usuários quanto para as concessionárias.

Compete ao órgão regulador realizar o acompanhamento dos serviços delegados, inclusive no que tange as questões econômico-financeiras das concessões. A atuação do órgão regulador deve ter a efetividade necessária para enfrentar os problemas de assimetria de informações, conhecendo os custos e receitas das operações das concessionárias, de forma a obter uma análise do equilíbrio econômico-financeiro. Este deve refletir de forma precisa a situação das concessões para que possa atuar no processo de controle tarifário, resguardando os interesses dos usuários e das prestadoras, sendo que esta última já dispõe de recursos e de capacitação necessária para a defesa de seus interesses.

Cada um desses setores de infra-estrutura abordados neste trabalho possui características próprias que lhes confere distintas formas e técnicas de acompanhamento do equilíbrio econômico-financeiro, embora o objetivo seja comum, de propiciar a modicidade tarifária e incentivar uma maior eficiência na prestação dos serviços por parte das empresas.

As agências reguladoras encontram-se em diferentes estágios de evolução no que diz respeito ao acompanhamento dos aspectos tarifários da concessão, e enfrentam desafios de diferentes complexidades, sendo observado que é necessário um período para o aprimoramento dos processos de acompanhamento do equilíbrio econômico-financeiro das concessões pelas agências.

No caso do setor de telecomunicações, foi observado que a Anatel, durante os primeiros oito anos das concessões de telefonia fixa, não teve uma atuação efetiva na regulação econômico-financeira desses contratos, até mesmo porque não havia uma previsão expressa de revisões ordinárias no marco regulatório, embora existisse a previsão da revisão extraordinária em caso de verificação de desequilíbrio econômico-financeiro.

No entanto, a Anatel está em processo de definição de um novo arcabouço regulatório para regulamentar o disposto pelo Ministério das Comunicações em relação à política pública de controle tarifário, que foi incorporado aos novos contratos de concessão.

Assim, a Anatel está em um momento que lhe confere a oportunidade de avançar e aprimorar o processo de revisão tarifária existente em outros setores e em outros países, utilizando o aprendizado dos erros e acertos de outras agências (nacionais e internacionais), e incorporando as boas práticas observadas na nova regulamentação a ser definida.

A Anatel, atuante de um setor bem mais dinâmico do que outros setores de infra-estrutura, deve utilizar novas técnicas e metodologias eficientes que permitam incentivar a eficiência das empresas prestadoras de serviço, mitigando os problemas de assimetria de informações e não permitindo que fatos estranhos à concessão contamine seus custos.

A Anatel já iniciou esse processo de regulamentação com a edição de regulamentos a serem utilizados no acompanhamento econômico-financeiro das concessões e

autorizações, como o regulamento de separação de contas, o estabelecimento do conceito de empresa detentora de poder significativo de mercado, a definição da metodologia simplificada a ser utilizada no processo de revisão tarifária dos anos 2006 e 2007, entre outros.

Alguns desafios a serem enfrentados pela Anatel no seu papel de regulação econômico-financeira do mercado de telecomunicações, que devem ser objeto de estudos detalhados por especialistas do setor, são: a convergência tecnológica dos serviços; a consolidação do mercado em um pequeno grupo de prestadores; e a situação do serviço de telefonia fixo comutado.

A questão da definição e manutenção do serviço telefônico fixo comutado como o único serviço prestado em regime público deve ser objeto de preocupação da Anatel, e mais especialmente do Ministério das Comunicações, que é o órgão formulador de políticas públicas do setor. Esse serviço sofreu uma estagnação de crescimento e vem sendo substituído por outros serviços que apresentam novas tecnologias, como a telefonia celular, que detém mais que o dobro de usuários que o STFC e já se apresenta como alternativa para a universalização das telecomunicações, e a tecnologia Voz sobre IP, que permite a realização de chamadas telefônicas pela rede *internet*.

Assim, diferentemente do serviço de distribuição de energia elétrica, o serviço de telefonia fixa pode ter gradativamente diminuída sua essencialidade para o cidadão brasileiro. Pode, então, ser dado mais liberdade para o órgão regulador identificar os serviços essenciais para a sociedade e passar a regular mais fortemente esses serviços, inclusive em relação ao controle de tarifas e preços cobrados dos usuários e de outras empresas, caso a competição não seja eficiente para garantir a modicidade tarifária.

348

Outro aspecto que deve ser objeto de estudo é o acompanhamento econômico-financeiro das concessões frente à convergência tecnológica e de serviços, que permite a prestação de vários serviços utilizando a mesma infra-estrutura e a oferta de uma enorme gama de serviços a um mesmo usuário. Assim, o controle dos custos, receitas e de outros dados relativos à concessão do STFC torna-se ainda mais complexo, e pode até mesmo não fazer mais sentido considerá-lo isoladamente na busca do incentivo à eficiência empresarial.

Soma-se a convergência, a grande concentração do setor de telecomunicações, em que os grupos existentes já operam praticamente todas as modalidades de serviços de telecomunicações disponíveis. Assim, cabe estudar e analisar a melhor alternativa para a atuação da Agência neste cenário, considerando o caráter atual de monopólio do serviço de telefonia fixa local, e a evolução do setor, tendo como preocupação maior garantir os direitos dos cidadãos na prestação dos serviços de telecomunicações, que são serviços públicos delegados pelo Estado aos entes privados.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL). *Contrato de Concessão n.º 003/97 – CEMIG – ÁREA SUL*. Brasília, 1997. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=43>>. Acesso em: 8 out. 2007.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding regulation*. New York : Oxford University Press, 1999.

BENJÓ, Isaac. *Fundamentos da economia da regulação*. Rio de Janeiro: Thex, 1999.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos: comentários à Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e à Lei 9.074, de 7 de julho de 1995 com as inovações da Lei 9.427 de 27 de dezembro de 96 e da Lei 9.648, de 27 de maio de 1998*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

BRASIL. *Constituição* (1988). 35. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L8987cons.htm>>. Acesso em: 10 out. 2007.

_____. *Lei n.º 9.074, de 7 de julho de 1995*. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.soleis.com.br/L9074cons.htm>>. Acesso em: 10 out. 2007.

_____. *Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997*. 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/leis/L9472.htm>>. Acesso em: 10 out. 2007.

_____. Ministério dos Transportes. Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER). *Contrato de concessão de serviço público precedida de obra pública entre a União, por intermédio do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) e da Concessionária Nova Dutra S.A.* Brasília: DNER, Procuradoria Geral, [1996?].

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira. Concessões de serviços públicos. In: CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM REGULAÇÃO E TELECOMUNICAÇÕES, 5., 2005. *Curso de Especialização em Regulação e Telecomunicações*. Brasília, 2005. Apostila de Economia.

COUTINHO, Maria do Amparo. *Revisão tarifária periódica dos contratos de concessão de serviços de distribuição de energia elétrica: a questão do equilíbrio econômico-financeiro*. Brasília, [s.n.], 2004.

DAMODARAN, Aswath. *Avaliação de investimentos: ferramentas e técnicas para determinação do valor de qualquer ativo*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das agências reguladoras. In: SEMINÁRIO O CONTROLE EXTERNO DA REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, 2002, Brasília. *O Controle externo na regulação de serviços públicos*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2002. p. 55-65.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.
- _____. *Concessão de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1993.
- LITTLECHILD, Stephen. *Regulation of British telecommunications profitability*. London: HMSO, 1983.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto Azevedo. *Curso Aspectos Jurídicos da Delegação de Serviços Públicos* [notas de aula]. Brasília, 2003. Curso de Pós-Graduação em Controle Externo.
- MATTOS, César. Regulação econômica das telecomunicações: conceitos básicos. In: CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM REGULAÇÃO E TELECOMUNICAÇÕES, 5., 2005. *Curso de Especialização em Regulação e telecomunicações*. Brasília, 2005. Apostila de Economia.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- 350 PIRES, José Cláudio Linhares. *Políticas regulatórias no setor de telecomunicações: a experiência internacional e o caso brasileiro*. Rio de Janeiro: BNDES, 1999.
- PIRES, José Cláudio Linhares; PICCININI, Maurício Serrão. *Mecanismos de regulação tarifária do setor elétrico: a experiência internacional e o caso brasileiro*. Rio de Janeiro: BNDES, 1998.
- ROSSI, André. Elementos de interconexão e preço de acesso. In: CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM REGULAÇÃO E TELECOMUNICAÇÕES, 5., 2005. *Curso de Especialização em Regulação e telecomunicações*. Brasília, 2005. Apostila de Economia.
- SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos de concessão de serviços públicos: equilíbrio econômico-financeiro*. Curitiba: Juruá, 2002.
- SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo : Malheiros: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2002.
- VASCONCELOS, Adalberto Santos. *O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias federais no Brasil*. 2004. Trabalho de conclusão de curso (Especialização em Controle Externo) - Instituto Serzedello Correa, Tribunal de Contas da União, Brasília, 2004. Disponível em: <<http://www2.tcu.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/TCU/PUBLICACOES/LISTAPUBLICACOES/PGCE/EQUI.PDF>>. Acesso em: 10 out. 2007.

NOTAS

- ¹ MATTOS, César. Apostila de Economia. V Curso de Especialização em Regulação e Telecomunicações. Brasília, 2005.
- ROSSI, André. Elementos de Interconexão e Preço de Acesso. Apostila de Economia do V Curso de Especialização em Regulação e Telecomunicações. Brasília, 2005.
- MATTOS, César. Regulação Econômica das Telecomunicações: Conceitos Básicos. Apostila de Economia do V Curso de Especialização em Regulação e Telecomunicações. Brasília, 2005.
- PARDINA, Martin Rodriguez. Transformación del Sector Eléctrico. Apostila do Curso de Pós-Graduação em Controle Externo. Brasília, 2004.
- ² SILVA, Paulo Bernardo. Parceria Público-Privada: desafios e oportunidades. Brasília: TCU, 2005.
- ³ Os pesos estabelecidos para cada um destes índices variam de concessão para concessão e, ainda, dentro do prazo de execução contratual, como por exemplo, após as obras de reforço e de recuperação de estruturas da rodovia.
- ⁴ VASCONCELOS, Adalberto Santos. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias federais no Brasil. Brasília: [s.n.], 2004. 157 p
- ⁵ Conhecido na literatura como efeito Averch-Johnson.
- ⁶ ROCHA, Kátia; CAMACHO, Fernando; FIÚZA, Gabriel. Custo de Capital das Concessionárias de Distribuição de Energia Elétrica no Processo de Revisão Tarifária 2007-2009. Rio de Janeiro: PEA, 2006.
- ⁷ Aneel, Resolução Normativa n°55, de 5 de abril de 2004.
- ⁸ MATTOS, César. Apostila de Economia do V Curso de Especialização em Regulação e Telecomunicações. Brasília, 2005.
- ⁹ Aneel, Resolução n°. 493/2002.
- ¹⁰ Matéria publicada no jornal Folha de São Paulo, em 14 de setembro de 2005 e no Valor Econômico, em 11 de março de 2005.
- ¹¹ Infra-estrutura que dá suporte aos serviços de telecomunicações.
- ¹² A Pesquisa Nacional de Amostra de Domicílios (PNAD) é realizada anualmente pelo IBGE. Para a PNAD de 2004, foram pesquisadas 139.157 unidades domiciliares distribuídas por todas as Unidades da Federação, num total estimado de 51.752.528 domicílios brasileiros.
- ¹³ Contrato de Concessão de Telefonia Fixa – Modalidade Local, celebrado entre a Anatel e a Telemig, em 1998.
- ¹⁴ Anatel, Resolução n° 418/2005.
- ¹⁵ Anatel, Apresentação realizada na Audiência pública sobre a metodologia simplificada para revisão tarifária
- ¹⁶ Full Allocated Cost.
- ¹⁷ BRAGANÇA, Gabriel Fiuza. A Remuneração de redes nas telecomunicações e a nova orientação a custos: avaliação e perspectivas para a telefonia fixa brasileira. Rio de Janeiro: IPEA, 2005.
- ¹⁸ Aproximadamente R\$220 bilhões segundo dados do IBGE, da Anatel, da Aneel e da ANTT.
- ¹⁹ Tecnologia Voz sobre IP que permite a transmissão de sinais de voz pela internet.

DEMÓSTENES TRES DE ALBUQUERQUE

1 INTRODUÇÃO

Muito se tem debatido, atualmente, acerca dos chamados riscos regulatórios no Brasil. Afirma-se que um dos principais fatores de elevação deste risco seria a insegurança jurídica decorrente da falta de clareza a respeito das regras de regulação da prestação de serviços públicos por terceiros, estranhos aos órgãos e entidades do Estado, via concessão ou permissão. Assevera-se, ainda, que a possibilidade, sempre latente, de desrespeito aos termos contratuais, firmados pelo Estado, enseja o temor de empresas, estrangeiras ou nacionais, em investir grandes somas no Brasil.

Esta questão ganha destaque, ademais, uma vez que não há previsão na Lei nº 8.987/1995, que dispõe acerca das concessões em gerais, nem mesmo em normas específicas que regem as concessões em determinadas áreas específicas, sobre a possibilidade de a Administração Pública alterar unilateralmente os contratos de concessão e permissão.

Dentro do vazio normativo e ante a relevância da segurança jurídica em um Estado Democrático de Direito, surge a dúvida: poderia o Poder Público, diante de razões de interesse público efetivamente comprovadas, determinar a alteração unilateral do contrato? Caso afirmativo, estaria o concessionário obrigado a aceitar as alterações ou poderia pleitear a rescisão contratual por culpa da administração, uma vez que não teria sido respeitado o princípio do *pacta sunt servanda*? Mais ainda, não estaria a Administração vedada a alterar unilateralmente os contratos, uma vez que, pelo princípio da legalidade, somente poderia agir segundo os ditames legais? Poderiam ser utilizados, por analogia, os comandos normativos estabelecidos pela Lei nº 8.666/1993, como forma de superar a ausência de lei a respeito?

Várias são as perguntas que emergem a partir do tema proposto e que o ordenamento positivo específico não responde de modo satisfatório. Daí a necessidade de se aprofundar o estudo do tema, buscando soluções dentro do Direito que não firam direitos individuais e que não acarretem prejuízo ao interesse público adjacente a toda concessão e permissão de serviço público.

Nesse contexto, caberia aos Tribunais de Contas examinar a legalidade das alterações contratuais eventualmente ocorridas de forma unilateral? Poderiam, a exemplo do que ocorre na Lei nº 8.666/1993, as concessionárias representar às Cortes de Contas acerca de ilegalidades ocorridas na execução de tais contratos?

Cumprе enfatizar que o TCU já vem enfrentando problemas similares aos apontados acima e tem decidido pela possibilidade de alteração unilateral. Estende, ainda, sua fiscalização também às concessionárias de serviço público.

O presente trabalho busca estudar as normas que regem a matéria, na procura de respostas juridicamente fundamentadas às questões suscitadas, partindo, sempre que possível, do estudo de casos concretos que se apresentam aos Tribunais de Contas.

Dessa forma, inicia-se com uma rápida síntese acerca da evolução histórica da atuação do Estado Moderno, a partir da concretização dos ideais revolucionários do final do século XVIII. Na mesma assentada, mostra-se que, acompanhando as mudanças do Estado, o próprio conceito de serviço público experimentou uma evolução, notadamente a partir do final do século XIX.

No capítulo seguinte, são trazidos os conceitos tradicionais e modernos de contrato como gênero. Alguns princípios gerais que podem ser aplicados tanto aos contratos privados como em relação aos denominados contratos de Direito Público. A importância da manutenção, sempre que possível, das regras contidas nos instrumentos celebrados entre as partes, sejam elas públicas ou privadas. Nesse sentido, faz-se rápida ponderação sobre a relevância do princípio da segurança jurídica para a estabilidade das relações sociais e a importância dos contratos para a manutenção deste princípio.

Em etapa posterior, examinam-se os chamados contratos de Direito Público, suas espécies, princípios aplicáveis, características que lhes diferenciam dos demais contratos. Nesse ponto, verifica-se a inserção dos contratos de concessão nesta modalidade de ajuste. A presença das chamadas cláusulas exorbitantes, a justificar a classificação do contrato de concessão de serviço público como de Direito Público.

Passa-se, então, a analisar a possibilidade de alterações contratuais no âmbito das concessões, máxime, diante da normatização incompleta no que pertine às concessões e permissões de serviço público. A ausência de dispositivos na norma específica autoriza a aplicação subsidiária das regras contidas na Lei de Licitações e Contratos acerca das alterações unilaterais da administração. Todavia, não são extensíveis os limites quantitativos e qualitativos impostos pela Lei nº 8.666/1993 aos contratos de concessão de serviço público. Há de se ponderar, ainda, a incidência do princípio da segurança jurídica como garantia às partes contratantes de manter incólume os termos avençados.

354

Examinada a questão referente à modificação unilateral dos contratos de concessão como efetivação de prerrogativa inerente aos contratos administrativos, são estudados, no Capítulo seguinte, os limites ao exercício deste poder-dever. Há barreiras legais a serem respeitadas pela Administração Pública que não podem ser, licitamente, transpostas sem a anuência da concessionária. Faz-se um apanhado geral na doutrina e na jurisprudência acerca destes limites.

Em tópico específico, é analisado o equilíbrio econômico-financeiro, principal direito do concessionário e que está imune ao poder de alteração unilateral do contrato de concessão. Se não cabe ao concessionário obstar o exercício legítimo deste poder por parte do Estado, assegura-lhe o direito de manutenção da equação econômico-financeira estabelecida originalmente no contrato de concessão. São trazidas lições de autores acerca do tema, bem como decisões judiciais que corroboram este entendimento.

Por fim, com base nos estudos desenvolvidos ao longo do trabalho, são extraídas as principais conclusões acerca da questão, em que se busca responder aos problemas levantados e que se constituíram nos objetivos a serem perseguidos.

A principal questão a ser examinada no presente trabalho, portanto, é a possibilidade jurídica de a Administração Pública alterar unilateralmente os contratos de concessão de serviço público, sem que isso implique o direito do concessionário em obter a rescisão da avença, por desrespeito a cláusula contratual.

Nesse contexto, são trazidos alguns exemplos jurisprudenciais da Corte de Contas da União, em que foram discutidas modificações ocorridas em contratos de concessão e suas repercussões no mundo jurídico.

O objetivo geral do texto, portanto, é situar a questão da possibilidade de alteração unilateral dos contratos de concessão junto ao ordenamento positivo vigente e eventuais soluções admitidas em Direito para superar os problemas a serem enfrentados nesta seara.

O objetivo específico é examinar as decisões dos tribunais de contas a respeito do assunto e, a partir delas, fornecer sugestões para o deslinde das questões jurídicas que exsurgem da problemática associada ao tema, como, por exemplo, antecipar-se a eventuais questionamentos judiciais acerca de eventuais alterações promovidas pela administração pública nos contratos de concessão e canceladas pelas cortes de contas.

Para isso, centra-se o trabalho em pesquisa bibliográfica acerca das matérias tratadas, com espeque, principalmente, em autores que estudam as questões relacionadas com o Direito Administrativo em geral, sem embargo de trazer rápidas pinceladas acerca da teoria geral dos contratos. Também buscou-se informações em livros e artigos publicados em revistas especializadas que versam sobre temas específicos ligados à concessão de serviços públicos. Utilizou-se, ainda, como fonte de pesquisa, da jurisprudência dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União sobre os contratos de concessão de serviço público e a possibilidade de sua alteração unilateral.

2 A EVOLUÇÃO DO ESTADO PRESTADOR DE SERVIÇOS

O atual estágio de desenvolvimento do Estado não mais permite a atuação arbitrária e sem limites dos agentes públicos. Desde a concepção moderna de Estado de Direito, do Estado sujeito às normas, em contraposição ao Estado absolutista, não há espaço para a irresponsabilidade administrativa.

Configura o Estado de Direito como o Estado de subserviência às leis, ao ordenamento jurídico. Paralelamente, a república consubstancia o princípio da coisa pública, de todos e para todos. Não mais se confunde o Estado absolutista, regaliano, em que havia nítida confusão entre o patrimônio da Coroa com o patrimônio público.

Hoje, o Estado tem, por sua razão final de existir, a busca do bem comum, da efetiva concreção do interesse público. Evidente que, para a realização deste mister, necessita de recursos financeiros que vai buscar no seio da sociedade para, em última análise, retornar, na forma de incentivos, poder de polícia, prestação de serviços, a esta mesma sociedade.

Com a passagem do Estado liberal, de nítido conteúdo negativo e minimalista, para o Estado do bem-estar social, as funções e as atividades estatais sofreram fortes transformações. Antes, a administração limitava-se a garantir, a assegurar as liberdades individuais diante do poder estatal. Todavia, esta função mínima do Estado *gendarme* mostrou-se insuficiente para assegurar a verdadeira igualdade jurídica aos indivíduos e, em última análise, a própria liberdade individual.

Surgem, então, com a evolução para o Estado social, novas necessidades públicas, que requerem atuação positiva do Poder Público, a fim de garantir a plena realização do interesse público e da justiça social. Assume o Estado postura ativa, tendo que realizar

diversas ações, de forma a assegurar, ou buscar assegurar, a dignidade da pessoa humana.

Verifica-se, contudo, que estas novas necessidades não poderiam ser plenamente satisfeitas com instrumentos e limitações tradicionais do Poder Público. Torna-se imprescindível, então, que se aparelhe o Estado com os meios adequados para atingir e realizar seus novos objetivos. Percebe-se que as amarras tradicionais, e necessárias, frise-se, que tornam a atividade estatal extremamente burocratizadas, não se mostram compatíveis com os desafios de um Estado agente, empreendedor. Eram perfeitamente adequadas ao Estado ausente, mas incongruentes com o Estado promotor do equilíbrio social.

Nesse contexto, buscaram-se formas alternativas de se propiciar que a administração pública melhor desempenhasse seu papel. Aparecem, então, as chamadas empresas estatais, juntamente com as autarquias. Estas de direito público, aquelas organizadas como pessoas jurídicas de direito privado. Criam-se meios para que a atuação estatal possa, de maneira mais ágil, atingir seu fim último: a realização do interesse público.

Tais empresas foram criadas, basicamente, para que pudessem prestar serviços públicos que o Estado, em sua organização tradicional, não conseguia realizar de forma ágil e eficaz. As estatais surgiram para satisfazer as necessidades públicas latentes que o Estado não mais era capaz de atender, por meio de seus mecanismos até então existentes.

2.1 Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista

356 Inicialmente, o Estado, ao buscar novas formas de atuar diretamente na prestação de serviços públicos, buscou a criação de pessoas jurídicas distintas do Ente político, porém ainda com personalidade jurídica de direito público. Surgiram, nesse contexto, as autarquias.

Não obstante, tais pessoas administrativas ainda estavam vinculadas, de uma forma mais tênue, reconheça-se, a normas de direito público. Dessa forma, buscando uma atuação mais eficiente e menos burocrática, surgiram as chamadas empresas estatais. Pessoas jurídicas de direito privado com o objetivo de realizar determinado interesse público, que, livre das amarras tradicionais da Administração Pública, poderiam desempenhar sua função de forma mais efetiva.

Pela expressão empresas estatais pode-se designar, na precisa lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

todas as sociedades, civis ou comerciais, de que o Estado tenha o controle acionário, abrangendo a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras empresas que não tenham essa natureza e às quais a Constituição faz referência, em vários dispositivos, como categoria à parte (arts. 71, II, 165, § 5º, III, 173, § 1º).¹

Cumpra enfatizar, desde logo, que tais entidades podem constituir-se sob qualquer forma admitida em direito e, até mesmo, inovarem no ordenamento, respeitada a autorização legal para sua criação. Contudo, esta possibilidade de inovação é restrita à União, posto que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, apesar de poderem criar suas próprias estatais, não podem fugir da tipicidade societária estabelecida em norma federal.

Isso, porque, nos termos do art. 22, I, da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre direito comercial. Ora, o estabelecimento de empresas estatais, pelos referidos entes políticos, em modalidade societária diversa daquela prevista pela lei federal, implicará, de forma reflexa, previsão de outro tipo de sociedade, matéria típica de direito comercial, que o constituinte originário entendeu por bem deixar para a União, de forma privativa, a competência para legislar.

Neste trabalho, contudo, cingir-se-á a examinar as duas principais figuras existentes na administração pública: as empresas públicas e as sociedades de economia mista. A partir da definição legal dada pelo Decreto-Lei nº 200/1967 e suas alterações, de aplicação obrigatória restrita ao âmbito federal, a doutrina busca definir as duas instituições, sem embargo de tecer ponderáveis críticas a respeito do conceito legal.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, empresa pública

é a pessoa jurídica criada por lei como instrumento de ação do Estado, com personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob quaisquer das formas admitidas em Direito e cujo capital seja formado unicamente por recursos de pessoas de Direito Público interno ou de pessoas de suas Administrações indiretas.²

Mais adiante, o ilustre Professor esclarece que sociedade de economia mista pode ser entendida como

a pessoa jurídica criada por lei, como instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes desta sua natureza auxiliar da atuação governamental, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou entidade de sua Administração indireta, sobre remanescente acionário de propriedade particular.³

Do conceito acima exposto, do qual não diverge, no essencial, a maioria da doutrina e é acolhido, inclusive, pela jurisprudência, percebe-se a existência de grandes semelhanças entre empresas públicas e sociedades de economia mista. Ambas são instrumentos auxiliares de ação governamental. Possuem personalidade jurídica de direito privado, porém sujeitas a restrições decorrentes de sua missão institucional. Sua criação depende de prévia autorização legal. Estão ambas submetidas ao controle estatal. Vinculam-se aos fins definidos na lei instituidora.

Contudo, apresentam diferenças essenciais que as distinguem umas das outras. Em relação à forma de organização, enquanto que as empresas públicas podem adotar qualquer tipo societário, as sociedades de economia mista somente podem organizar-se sob a forma de sociedade por ações.

Quanto à composição do capital, as empresas públicas apresentam capital integralmente público, podendo ter a participação de diversos membros da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ou de qualquer de seus entes. Já as sociedades de economia mista, necessariamente, apresentam participação acionária mista, do Poder Público e de particulares, devendo a administração possuir o controle acionário votante da entidade.

Na esfera federal, ademais, as empresas públicas, quando em juízo na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, são processadas e julgadas perante a Justiça Federal, ressalvadas as exceções expressas na Carta Política, nos termos do art. 109, inciso I, da CF. As sociedades de economia mista, por seu turno, na esfera federal, têm suas ações judiciais sob a competência e jurisdição da justiça estadual ou distrital comum, salvo se o ente político ingressar no feito e demonstrar interesse no deslinde da questão, consoante Súmula nº 42 do E. Superior Tribunal de Justiça.

Assim, uma das formas encontradas pelo Estado para alcançar maior efetividade na prestação de serviços públicos foi a criação das estatais, com a conseqüente outorga do direito de atuar na área respectiva. Todavia, este não foi o único meio de se buscar maior eficácia na prestação de serviços públicos. Buscou-se, também, passar para a iniciativa privada a exploração de determinados serviços que não eram exclusivos do Estado, via contratos de concessão e de permissão de serviço. Antes de aprofundar mais o estudo do tema, contudo, mostra-se oportuno fazer um rápido histórico da evolução do conceito de serviço público.

2.2 Serviço Público

O conceito de serviço público varia conforme o tipo de sociedade em que se insere o ordenamento jurídico respectivo. Assim, em países que adotam, historicamente, regimes liberais, a noção de serviço público é mais limitada se comparada com aquela obtida em nações com maior pendor para o socialismo.

358 | Acompanha, ainda, a evolução do Estado ao longo do tempo. Corolário lógico do Estado liberal, pós-revolucionário, de atribuições mínimas, é uma definição mais restrita de serviço público. O aumento das atribuições estatais observadas na passagem do Estado liberal para o chamado *welfare state* foi acompanhado pela ampliação da noção de serviço público. E, com a retração do Estado que se observa atualmente, novamente tende-se a restringir o alcance da expressão.

Tamanha é a relevância do entendimento a ser conferido à expressão que, nos primórdios do desenvolvimento do Direito Administrativo como ramo autônomo do Direito, sua definição confundia-se com a própria acepção a serviço público. Isso é facilmente justificável, pois a evolução desta área da Ciência Jurídica acompanhou a própria evolução do Estado que, conforme já realçado, também experimentou um avanço dos serviços públicos.

Modernamente, a doutrina não é unívoca no sentido de se definir, com precisão, o que seja serviço público e quais atividades materiais do Estado podem ser consideradas efetivamente como integrantes do conceito. Não obstante, há consenso quanto às diversas acepções que se têm sobre o tema. Basicamente três são os aspectos considerados, o objetivo, o subjetivo e o formal.

Sob uma visão objetiva, ganha relevo definir a matéria a ser desenvolvida e o grau de essencialidade para as pessoas em geral. Dentro de uma perspectiva subjetiva, o importante é verificar qual a pessoa que presta o serviço, se for um ente estatal o serviço é público. Por fim, sob a ótica formal, o essencial para a definição seria o regime jurídico em que é prestado o serviço.

Para Hely Lopes Meirelles,

serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.⁴

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, após tecer interessantes conclusões acerca das diversas acepções dadas para a expressão, dá sua contribuição ao debate, propondo também sua conceituação. Explicita que o serviço público é

toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.⁵

Para Celso Antônio Bandeira de Mello,

serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhes faça as vezes, sob um regime de Direito Público - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.⁶

Já José dos Santos Carvalho Filho, seguindo a mesma linha de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, procura dar uma configuração ampla à definição, abarcando os três aspectos principais do conceito. Para o autor carioca, serviço público é "toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade".⁷

Também Diógenes Gasparini busca conceituar a expressão englobando os três sentidos por ela comportados. Baseando-se na lição de Celso Antônio, lança sua definição como

toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade fruível preponderantemente pelos administrados, prestada pela Administração Pública ou por quem lhes faça as vezes, sob um regime de Direito Público, instituído em favor de interesses definidos como próprios pelo ordenamento jurídico.⁸

Verifica-se, das definições trazidas acima, que se está diante de tema que admite diversas acepções e que está a sofrer diretamente as influências culturais e ideológicas daqueles que buscam conceituá-lo. Não obstante, caminha-se, atualmente, para se deixar as discussões acerca da melhor definição do instituto para os meios acadêmicos. Isso, porque cabe à lei definir quais atividades devem ser prestadas, com exclusividade ou não, pelo Estado.

Na feliz síntese de Marçal Justen Filho, pode-se afirmar que

abandonou-se a concepção global e ampla do serviço público para refugiar-se em um conceito mais restrito, ainda que de maior precisão jurídica. Trata-se de limitar serviço público às atividades que satisfazem necessidades primordiais

ou essenciais dos habitantes por meio de prestações de natureza econômica, antecedida de declaração legislativa.⁹

Se cabe ao ordenamento definir quais são os serviços a serem prestados pelo Estado em regime de Direito Público com o objetivo de atender a necessidades materiais fruíveis pela população, deve, também, a norma estabelecer de que forma e em que circunstâncias tais serviços devem ser prestados. Nesse contexto, determina o art. 175, *caput*, que o poder público tem o dever de prestar os serviços públicos, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação.

Permite, portanto, que o legislador infraconstitucional regulamente as concessões de serviço público, e transfere ao gestor político a decisão sobre qual a melhor forma de prestar os serviços respectivos, se diretamente ou se via terceiros, pela concessão de serviços públicos. Hipótese em que serão formalizados os respectivos contratos, sempre precedidos de licitação.

Aqui cabe um pequeno comentário a respeito. Diferentemente do que ocorre com as obras, compras, serviços e alienações, em que o inciso XXI do art. 37 da CF permite expressamente e que a norma infraconstitucional estabelece hipóteses de dispensa, o art. 175 é expresso no sentido de que os contratos de concessão ou permissão serão precedidos necessariamente de licitação. Aqui, não há falar em hipóteses de dispensa de licitação ou de licitação dispensada. Tomada a decisão política de transferir a terceiros, estranhos à Administração, a prestação dos serviços, imprescindível se faz a prévia licitação. A única exceção possível é nas hipóteses em que for materialmente impossível o certame.

360 Assim, uma vez que o poder público adote a decisão de conceder ou permitir que terceiros realizem os serviços públicos respectivos, faz-se necessária a abertura de procedimento licitatório pertinente, nos termos da legislação específica, com a sucessiva assinatura do contrato de concessão ou de permissão. Contratos estes que, em que pese celebrados pela Administração Pública e sujeitos a regime de direito público, não deixam de ser um ajuste de vontades. Assim, serão efetuadas, a seguir, algumas considerações acerca dos contratos em geral, seus princípios e principais características que podem servir de subsídio na interpretação das regras contratuais, sempre que as normas e princípios de Direito Público forem insuficientes para solucionar os eventuais problemas que surjam.

3 CONTRATOS EM GERAL

Os contratos de concessão e de permissão de serviços públicos são típicos contratos de Direito Público, regulados por regime próprio, caracterizado pela existência de cláusulas exorbitantes que permitem ao Poder Público, diante de determinadas situações previamente estabelecidas por lei, alterar e, até mesmo, extinguir o vínculo contratual.

Dessa forma, conceitos, características e princípios que regem os contratos em geral não são inteiramente aplicados aos contratos de concessão e de permissão. Todavia, importa reconhecer que, apesar das particularidades que os distinguem dos contratos de Direito Privado, as noções básicas acerca dos ajustes, seus elementos e princípios, podem servir de fonte de informações para o deslinde de questões referentes ao correto entendimento deste tipo de avença.

Nesse contexto, cobra relevo trazer algumas definições doutrinárias acerca do instituto contratual. Sílvio Rodrigues, ancorado em Clóvis Beviláqua, afirma que “o contrato é o acordo de vontade para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos”¹⁰.

Para Maria Helena Diniz, contrato

é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.¹¹

Orlando Gomes ensina que

na concepção tradicional, o contrato é todo acordo de vontades destinado a constituir uma relação jurídica de natureza patrimonial e eficácia obrigacional. (...omissis...) É uma ação humana de efeitos voluntários, praticado por duas ou mais partes, da qual o ordenamento jurídico faz derivar um vínculo.¹²

Historicamente, pode-se afirmar que o contrato é um instituto que sempre esteve presente nas sociedades organizadas. Não haveria grande impropriedade em se afirmar que o contrato é inerente às comunidades jurídicas. Onde há convivência social, o contrato surge como importante fonte de obrigações a regular a vida em coletividade. Suas características básicas podem sofrer alterações conforme o nível de interferência do Estado nas relações intersubjetivas. Nesse contexto, varia o grau de dirigismo contratual no tempo e no espaço. Quanto maior a intervenção estatal na vida individual, maiores as restrições à liberdade das partes em regular seus ajustes.

Não obstante, importa reconhecer, com base no ordenamento jurídico vigente, a existência de alguns elementos constitutivos básicos dos contratos em geral que podem ser perfeitamente aplicados aos contratos de concessão e de permissão, com as devidas adaptações ao regime de Direito Público a que estão submetidos, em que o dirigismo contratual mostra-se mais acentuado.

Na feliz lição de Arnaldo Rizzardo, pode-se afirmar que os elementos que fornecem condições de existência e de validade aos contratos, a partir do regime estabelecido pelo Código Civil, são a capacidade das partes, o objeto lícito, a forma prescrita ou não-defesa em lei e o consentimento.

Podem ser citados, ainda, como princípios fundamentais do regime contratual, na esteira de Orlando Gomes, a autonomia da vontade, o consensualismo, a força obrigatória e a boa-fé. Para o referido autor, a autonomia da vontade

particulariza-se no Direito Contratual na liberdade de contratar. Significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. No exercício desse poder, toda pessoa capaz tem aptidão para provocar o nascimento de um direito, ou para obrigar-se. (...omissis...) O conceito de liberdade de contratar abrange os poderes de auto-regência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade. Manifesta-se, por conseguinte, sob tríplice aspecto: a) liberdade de contratar propriamente dita; b) liberdade de estipular o contrato; c) liberdade de determinar o conteúdo do contrato.¹³

Princípio básico do direito contratual privado, a autonomia da vontade sofre sérias restrições no âmbito do regime de Direito Público, em todas as três vertentes citadas acima. Isso, porque a Administração Pública está adstrita a dois valores fundamentais, a indisponibilidade do interesse público e a supremacia deste em relação ao interesse privado.

Dessa forma, mesmo a liberdade em contratar, sob a ótica interna da Administração, encontra-se relativizada. Não pode o administrador público contratar se quiser, como quiser, quando quiser e o que quiser. Está adstrito ao atendimento do interesse público e deve obediência às normas que regem os contratos administrativos. Nesse contexto, o princípio da autonomia da vontade tem pouca relevância no âmbito do Direito Público.

Também o princípio do consensualismo, segundo o qual basta o simples consentimento para sua formação, tem campo de aplicação restrito nos contratos administrativos, que são, via de regra, solenes. Somente em casos específicos, expressamente previstos pela lei, admite-se a celebração de ajustes com a Administração Pública sem a observância das formas prescritas em lei. Todavia, estas são hipóteses excepcionais. Exceções estas que, a princípio, não têm aplicação no campo das concessões e permissões de serviços públicos. Nesta seara, impera a regra do formalismo dos contratos, segundo as regras contidas na Lei Geral das Concessões.

A força obrigatória é princípio geral de contratos na esfera do Direito Privado e que também tem grande repercussão nos contratos administrativos. É decorrência natural da segurança jurídica que permeia todo o ordenamento jurídico. Consubstancia-se na máxima de que o contrato faz lei entre as partes. Na lição de Orlando Gomes, “celebrado que seja, com observância de todos pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos”¹⁴.

Tais preceitos também são válidos para os contratos de concessão e de permissão de serviço público, ainda que em um patamar diverso, uma vez que comporta exceções em uma maior amplitude se comparado com os contratos de Direito Privado. As normas de ordem pública que regulam as concessões e permissões de serviço público e os contratos celebrados pela Administração Pública permitem a alteração unilateral dos contratos, sempre que esta medida seja necessária para a satisfação do interesse público adjacente à avença, configurando verdadeiras exceções à regra geral da força obrigatória do ajuste. Todavia, devem ser tidas como medidas de caráter excepcional e, sempre que possível, devem ser evitadas, buscando-se, dentro dos limites legais estabelecidos, buscar-se um acordo com a parte contrária, evitando-se a utilização do *jus imperium* pelo Poder Público. Maiores considerações a respeito do tema serão expendidas mais à frente, quando se enfrentará a questão central do presente trabalho: as alterações nos contratos de concessão de serviço público.

362

O princípio da boa-fé tem plena incidência nos contratos tanto na esfera privada quanto na pública. As partes têm o dever de agir com lhanza ao celebrar seus ajustes, sem buscar vantagens indevidas. Não pode uma parte se aproveitar de situações privilegiadas que, porventura, possua em relação à outra para obter ganhos absurdos. Devem agir com lealdade e confiança. No âmbito do Direito Público, ademais, tal princípio ganha relevância face à constitucionalização do princípio da moralidade administrativa que tem, como corolário necessário, a boa-fé nas relações do Estado com seus administrados. Todavia, tal princípio não é exclusivo da Administração, também aqueles que com ela contratam devem agir com honestidade, lealdade, confiança, máxime quando estão executando serviços de interesse de toda a coletividade.

Outro princípio geral da teoria dos contratos aplicável, também, aos contratos de Direito Público é o da relatividade dos contratos, segundo o qual, na feliz síntese de Maria Helena Diniz, “o contrato somente produz efeitos entre os contratantes. (...omissis...) Assim, ninguém se submeterá a uma relação contratual, a não ser que a lei o imponha ou a própria pessoa o queira”¹⁵.

Arnaldo Rizzardo elenca, ainda, como princípios regedores dos contratos em geral a equivalência das prestações, que veda a possibilidade de se ter vantagens escandalosas a partir de um contrato válido. Não se permite a vantagem escandalosa. Referido autor traz, ainda, o princípio da supremacia da ordem pública, como verdadeira limitação à liberdade contratual. Afirma que

embora a regra mais importante seja a autonomia da vontade, há restrições impostas por lei de interesse social, impedindo as estipulações contrárias à moral, à ordem pública e aos bons costumes, as quais não ficam subjugadas à vontade das partes.¹⁶

3.1 Contratos Administrativos

Não obstante a existência de diferenças relevantes entre os contratos de Direito Público e os ajustes de Direito Privado, pode-se afirmar que os contratos administrativos constituem espécie do gênero contrato, máxime diante da classificação dos atos jurídicos em geral. Isso porque, apesar das peculiaridades que possui este tipo de avença, configura verdadeiro negócio jurídico.

Diferenciam-se, basicamente, pela impossibilidade de a Administração Pública dispor livremente acerca do conteúdo, da forma, do objeto do contrato. Não possui plena liberdade contratual, típica dos contratos privados. Na lúcida lição de Lucas Rocha Furtado,

os contratos celebrados pela Administração Pública distinguem-se daqueles celebrados no âmbito do direito privado porque em relação a estes últimos vale, como regra, a disponibilidade da vontade. Normalmente, no campo do direito privado, têm as partes ampla liberdade de contratar, ao passo que, ao celebrar contratos, a Administração Pública deve ter toda sua atuação vinculada à plena realização do interesse público.¹⁷

Nesse contexto, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello que o contrato administrativo

é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.¹⁸

Hely, ressaltando a atuação da Administração nos contratos como tutora do interesse público, define o contrato administrativo como o

ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração.¹⁹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, após trazer a clássica distinção entre contratos da Administração - gênero - e contratos administrativos - espécie -, define estes como "os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público"²⁰.

Cabe ressaltar, como o fez a ilustre professora paulista, que, tradicionalmente, os autores que tratam do tema, admitem a hipótese de a Administração Pública firmar contratos em que se despe de parcela de suas prerrogativas e privilégios que se encontra diante dos particulares, estando em situação de relativa igualdade com a contratada. Nestas hipóteses, diz-se que a Administração, a par dos chamados contratos administrativos acima definidos, também celebra ajustes de Direito Privado, sujeitando-se às regras e princípios válidos a tais avenças.

Muito embora se deva reconhecer a existência de tais situações, não se pode olvidar que a Administração, mesmo quando celebra contratos deste jaez, está a defender interesses públicos indisponíveis. Portanto, ainda que não estejam presentes todas as características que marcam os contratos administrativos, a supremacia do interesse público determina que o Poder Público se imponha diante do particular, sempre que houver confronto de interesses na execução contratual.

Carlos Ari Sunfeld, por sua vez, nem sequer admite a existência de contratos privados da Administração. Afirma que, mesmo nos contratos em que haja predominância de interesses particulares, não se despe totalmente o Poder Público de suas prerrogativas, está sujeito às derrogações impostas por normas de ordem pública, não ficando imunes, tais ajustes, aos controles a que se submetem os atos da Administração. Assevera que

os contratos da Administração Pública são contratos administrativos, submetidos ao regime de direito administrativo e informados pelos princípios e regras que lhe são próprios. Inexistem contratos privados da Administração, porquanto a ausência, para ela, de liberdade negocial impede que seus atos bilaterais pertençam ao sistema do direito privado.²¹

364

Importa reconhecer, entretanto, que a Administração Pública celebra alguns ajustes de caráter eminentemente privado, muito embora, como bem colocou o professor paulista acima, não possa se afastar dos princípios constitucionais que regulam o regime administrativo. A própria Lei de Licitações admite a possibilidade de haver contratos celebrados pela Administração Pública regidos, predominantemente, por normas de direito privado, tais como a locação, o financiamento e o seguro. Porém, mesmo nestas hipóteses determina a Lei que sejam obedecidas as regras de forma do contrato, estabelecidas nos arts. 55, 60 e 61.

Resta examinar, então, quais são os fatores a serem considerados para se evidenciar a existência de um contrato administrativo típico, em que a Administração é parte, regulado por um regime próprio, que afasta a incidência das regras próprias do direito comum. Na esteira de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, podem ser citadas oito características específicas que marcam os contratos administrativos: a) Administração Pública como parte privilegiada; b) fim público; c) forma prescrita em lei; d) procedimento legal; e) contrato de adesão; f) *intuitu personae*; g) cláusulas exorbitantes; h) mutabilidade.

O privilégio da Administração na relação contratual decorre diretamente dos princípios fundamentais que regem as relações jurídicas administrativas, a supremacia do interesse público frente ao particular e a indisponibilidade da coisa pública. É o Poder Público o tutor deste interesse maior e, como tal, ao celebrar seus ajustes com terceiros, apresenta-se com uma série de prerrogativas que garantem sua supremacia sobre o particular.

A finalidade pública é característica que deve estar presente em toda e qualquer atividade administrativa. Seja na prática de atos ou na celebração de contratos, de

qualquer espécie, o administrador deve sempre ter como fim último a busca da satisfação plena do interesse público.

Os contratos administrativos são, via de regra, formais, solenes. Devem obedecer às regras estabelecidas por lei para sua formalização. Somente a norma, portanto, pode excepcionar as exigências legais para a correta instrumentalização dos ajustes celebrados pela Administração Pública. Dessa regra geral não escapam os contratos de concessão e de permissão, regulados pela Lei nº 8.987/1995.

A celebração de contrato administrativo decorre, obrigatoriamente, de um procedimento legal específico. Decorre de uma seqüência de atos predeterminados pelas diferentes normas que regem os diversos tipos de contratos administrativos. A própria Constituição Federal estabelece, em seu art. 175, a necessidade de prévia licitação para a concessão e a permissão de serviços públicos. A Lei de Concessões dispõe acerca da matéria estabelecendo diversas regras a serem respeitadas para a celebração do ajuste.

Os contratos administrativos são verdadeiros contratos de adesão, em que não há margem para discussão acerca do objeto a ser contrato, do conteúdo da avença, da forma a ser estabelecida para sua instrumentalização.

Todas as cláusulas dos contratos administrativos são fixadas unilateralmente pela Administração. Costuma-se dizer que, pelo instrumento convocatório da licitação, o poder público faz uma oferta a todos os interessados, fixando as condições em que pretende contratar; a apresentação de propostas pelos licitantes equivale à aceitação da oferta pela Administração.²²

Os contratos administrativos são celebrados em função das condições pessoais do contratado, a serem apuradas durante o curso do procedimento licitatório. Importa para a Administração celebrar ajustes com quem tenha plenas condições de executar a contento a avença, evitando-se as indesejáveis interrupções na realização do contrato. Tal característica ganha relevo em relação aos contratos de concessão, que têm por objeto a prestação de serviços à coletividade. Nessa hipótese, a interrupção da execução do ajuste pode levar à paralisação da prestação destes serviços. Daí a importância fundamental de a Administração Pública estabelecer critérios rigorosos para permitir a participação de interessados no processo de seleção da proposta mais vantajosa.

Ressalta-se, apenas, que o personalismo dos contratos administrativos não pode ser confundido com preferências pessoais, sob pena de se ferir de morte o princípio constitucional da impessoalidade. Há de se evitar a adoção de critérios subjetivos de habilitação dos interessados em participar dos certames, que possam ensejar a escolha dos contratados por considerações pessoais do agente público.

Cláusulas exorbitantes são aquelas que não estão presentes, em regra, nos chamados contratos comuns e que, algumas delas poderiam ser consideradas ilícitas no âmbito do regime privado. Conferem privilégios à Administração Pública em detrimento do contratado, colocando-a em posição de supremacia em relação a ele. Tal fato não representa afronta ao princípio da igualdade, uma vez que tem seu fundamento de validade na busca do interesse público que se encontra, ou deve se encontrar, adjacente a todo contrato celebrado pela Administração Pública. Mais adiante, serão examinadas as cláusulas exorbitantes previstas pela Lei de Concessões que conferem prerrogativas ao Poder Público na execução dos contratos de concessão, sempre com a finalidade de melhor atender aos interesses da coletividade abrangida pelos serviços concedidos.

Decorrencia lógica e natural das cláusulas exorbitantes é a mutabilidade dos contratos administrativos. Todavia, a possibilidade de alteração unilateral dos contratos não decorre apenas do poder da Administração, podem surgir hipóteses de modificação oriundas de outras fontes. Nas palavras de Zanella Di Pietro,

Um dos traços característicos do contrato administrativo é a sua mutabilidade, que, segundo muitos doutrinadores, decorre de determinadas cláusulas exorbitantes, ou seja, das que conferem à Administração o poder de, unilateralmente, alterar as cláusulas regulamentares ou rescindir o contrato antes do prazo estabelecido, por motivo de interesse público.

Segundo entendemos, a mutabilidade pode decorrer também de outras circunstâncias, que dão margem à aplicação das teorias do fato do príncipe e da imprevisão.²³

O alcance desta característica marcante dos contratos administrativos nas concessões e permissões de serviço público, possibilitando que a Administração Pública, em nome do interesse público presente em tais avenças, altere unilateralmente os contratos será objeto de exame mais acurado.

4 CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

366 A fim de melhor delimitar o tema a ser tratado no presente Capítulo, impende destacar que o termo concessão, no âmbito do Direito Administrativo, comporta duas categorias jurídicas distintas: a concessão de uso de bem público, real ou simples, e a concessão de serviços públicos. São institutos diversos, regulados por regimes jurídicos bem diferentes e que visam regulamentar coisas distintas.

Na precisa definição de Hely Lopes Meirelles, concessão de uso “é o contrato administrativo pelo que o Poder Público atribui a utilização exclusiva de um bem de seu domínio a particular, para que o explore segundo sua destinação específica”²⁴.

Já a concessão de direito real de uso, também utilizado para transferir a utilização de bem público a terceiros, é definida pelo saudoso Mestre como sendo

o contrato pelo qual a Administração transfere o uso remunerado ou gratuito de terreno público a particular, como direito real resolúvel, para que dele se utilize em fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo ou qualquer outra exploração de interesse social.²⁵

Já a concessão de serviços públicos versa sobre a forma como o Poder Público transfere a terceiros a prestação de serviços públicos. Celso Antônio Bandeira de Mello a define como

o instituto através do qual Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.²⁶

Marçal Justen Filho, ao explicitar as distinções entre concessão de serviço público e concessão de uso de bem público, ensina que “a concessão de serviço público consiste na delegação temporária da prestação de serviço público a um particular, que passa a atuar por conta e risco próprios”²⁷.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao tratar das diversas formas de parceria entre Administração Pública e particulares, define a concessão de serviço público como

o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.²⁸

Diógenes Gasparini não discrepa, na essência, dos conceitos acima indicados. Segundo o autor,

concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere, sob condições, a execução e exploração de certo serviço, que lhe é privativo, a terceiro que para isso manifeste interesse e que será remunerado adequadamente mediante a cobrança dos usuários de tarifa previamente por ela aprovada.²⁹

Por fim, cumpre citar que a Lei nº 8.987/1995, ao determinar regras gerais sobre concessões e permissões de serviços públicos, distingue duas espécies de concessões, conforme sejam ou não precedidas de obras públicas. A par das críticas feitas à conceituação legal, fato é que norma há, válida, uma vez que não foi impugnada até o momento, e, portanto, deve ser aplicada e corretamente interpretada.

367

Nos termos do inciso II do art. 2º da referida Lei, a concessão é a delegação da prestação de serviço público, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado. A concessão precedida de obra pública é a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.

Importa destacar, das definições acima, que a natureza contratual integra o próprio conceito de concessão. A única possibilidade de haver transferência de serviço público a terceiros é via contrato, seja de concessão, com todas as regras estabelecidas em lei, seja de adesão, caracterizando o instituto da permissão, nos termos do art. 40 da Lei Geral de Concessões.

A concessão é contrato de direito administrativo, com todas as características que particularizam esta espécie contratual. Seu objeto é sempre a prestação de um serviço público que pode, ou não, ser precedido da construção de obra pública. Diferencia-se dos demais contratos administrativos, basicamente, pelo fato de que a execução do contrato, por parte da contratada, faz-se diretamente à coletividade. O interesse público está diretamente associado à plena realização do objeto contratado. Nos demais contratos

administrativos, em regra, o objeto visa a atender interesse da própria Administração, de modo a permitir que esta execute suas atividades essenciais à população. O interesse público, no caso, está adjacente ao ajuste.

A existência de um interesse público latente nos contratos de concessão de serviço público enseja a plena incidência das cláusulas exorbitantes e da mutabilidade contratual, que, na hipótese, tem por objetivo primordial buscar concretizar os princípios que regem a prestação dos serviços públicos. Assim, sempre que for necessário modificar-se o ajuste, de forma a melhor atender aos princípios norteadores da prestação do serviço público objeto do contrato, tem o poder concedente o dever de promover a alteração suficiente para se atingir o interesse público visado, sempre respeitando os direitos da concessionária e dentro dos estritos limites permitidos pela lei.

4.1 Princípios Norteadores da Prestação de Serviços Públicos

Mostra-se imprescindível para se entender o alcance das alterações contratuais permitidas por lei a compreensão adequada dos princípios que regem os serviços públicos e que, portanto, devem balizar a execução dos contratos de concessão respectivos. Em verdade, no caso dos contratos de concessão, a mutabilidade da avença e as cláusulas exorbitantes têm por objetivo último a concretização de tais princípios.

Frise-se, apenas, que tais princípios, em que pese estarem positivados na Lei que rege as concessões e permissões de serviço público, aplicam-se, também, às hipóteses em que o Estado entende por bem prestar diretamente os serviços.

368

Maria Sylvia Zanella Di Pietro elenca como princípios inerentes à concessão a continuidade dos serviços públicos, a mutabilidade do regime de concessão e a igualdade dos usuários. A continuidade deve ser entendida como a vedação da interrupção da prestação dos serviços, salvo nas estritas hipóteses permitidas em lei e no contrato.

O § 1º do art. 6º da Lei nº 8.987/1995 estabelece a continuidade como um dos requisitos essenciais para que o serviço seja considerado adequado ao pleno atendimento dos usuários. O § 3º, por sua vez, dispõe que a interrupção do serviço em determinadas hipóteses não configura descontinuidade. Assim, é lícita a não-prestação em situação de emergência ou após aviso prévio, se motivada por razões técnicas ou de segurança das instalações ou se por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Decorrem da continuidade a imposição de prazos rigorosos ao contratado, o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a não-incidência da exceção de contrato não cumprido contra a Administração. Somente as hipóteses acima descritas podem ensejar a interrupção válida da prestação do serviço. O descumprimento de cláusula contratual por parte do Poder Concedente não é motivo válido para ensejar a interrupção no fornecimento dos serviços contratados.

A mutabilidade, aplicável tanto aos concessionários quanto aos usuários, permite que as chamadas cláusulas regulamentares do contrato podem ser unilateralmente alteradas pela Administração Pública, sempre que assim o indicar o interesse público. Não há para os usuários e concessionários direito adquirido à manutenção do regime jurídico inicialmente ajustado, pelo menos no que pertine às cláusulas regulamentares, que são aquelas inerentes ao próprio objeto do contrato. O mesmo não ocorre em relação às

cláusulas de natureza contratual, que possuem reflexos econômicos. Estas somente podem ser alteradas em comum acordo com o concessionário e respeitados os direitos dos usuários.

A igualdade dos usuários decorre naturalmente da igualdade jurídica e da impessoalidade. Assim, a prestação dos serviços deve ser equânime para todos que estiverem em situação idêntica. Tratamentos diferenciados somente podem ser admitidos na medida em que os usuários também estiverem em situações diferenciadas e, nestas hipóteses, a discriminação deve ser proporcional aos limites das desigualdades apuradas.

Ainda sobre os princípios, cabe trazer interessante lição de Marçal Justen Filho que tem como fundamental às concessões de serviço público a composição harmônica de interesses públicos e privados. Nessa seara, deve-se sempre buscar a integração dos diversos princípios envolvidos em uma relação jurídica com conteúdo econômico e que visa a atender interesses distintos.

Ao mesmo tempo em que se reconhece a incidência plena dos dois princípios fundamentais do Direito Público: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade de bens e interesses públicos, há de se admitir a coexistência de princípios, também com esboço constitucional, que garantem ao particular a intangibilidade de seus bens.

Como ensina o mencionado autor paranaense,

a concessão é um instrumento de composição dialética entre princípios e interesses de diversa ordem (...omissis...)

Por isso, o poder concedente dispõe da prerrogativa de introduzir modificações no conteúdo do vínculo e, mesmo, intervir no controle do concessionário, tal como lhe incumbe reprimir condutas inadequadas dos cidadãos. Mas a supremacia e indisponibilidade do interesse público não garante ao poder concedente a possibilidade de eliminar o lucro privado ou de impedir a fruição do serviço público pelos usuários.³⁰

A Lei nº 8.987/1995 positivou princípio básico, norteador de toda a concessão e que deve ser obedecido durante toda a execução da avença, ao estabelecer, no art. 6º, que toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários.

O § 1º do citado dispositivo esclarece o que seja serviço adequado, prevendo requisitos a serem obedecidos pelos prestadores de serviço. Deve, portanto, satisfazer a condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Diógenes Gasparini traz uma rápida síntese dos elementos essenciais a serem preenchidos na prestação dos serviços públicos. Regularidade é a observância de padrões mínimos de qualidade e quantidade estabelecidos pelo concedente, em decorrência do número e exigências dos usuários.

Eficiência deve refletir a prestação dos serviços da melhor forma possível, com o menor custo, evitando-se desperdício. Deve-se buscar, aqui, a menor tarifa que possa remunerar corretamente a concessionária, sem trazer prejuízos à qualidade dos serviços.

Segurança na prestação dos serviços implica a redução de riscos aos usuários e também aos concessionários. Não deve haver falhas na operação das tecnologias utilizadas, de forma a garantir a integridade física e patrimonial dos beneficiários dos serviços, bem como dos operadores respectivos.

A atualidade exige dos concessionários a utilização das técnicas mais modernas disponíveis para a prestação dos serviços, sem que isso implique redução no lucro devido. Nesse contexto, obriga-se o concessionário a manter-se constantemente atualizado com as novas tecnologias oferecidas.

A generalidade é forma de expressão do princípio da igualdade. O oferecimento dos serviços deve ser amplo, equitativo, somente permitidas as discriminações devidamente justificadas pelas características individuais de cada usuário ou grupo de usuários.

A cortesia na prestação dos serviços exige de quem os oferta um tratamento urbano, com limpeza, educação, sem rispidez no trato com o público.

A modicidade nas tarifas impede que os serviços públicos sejam prestados mediante a cobrança de valores exorbitantes. Deve obedecer ao menor valor que possibilite ao concessionário obter a taxa interna de retorno acordada no contrato de concessão. Não pode permitir que as tarifas tragam lucros indevidos aos concessionários.

A execução dos contratos deve, ao longo do período de sua vigência, buscar sempre atender aos princípios acima elencados de forma que os serviços públicos mantenham-se adequados, obedecidos os requisitos estabelecidos em lei. Todavia, cumpre ressaltar que, em regra, os contratos de concessão possuem longo prazo de vigência, em virtude dos altos investimentos envolvidos e que não podem ser recuperados em curto prazo de tempo. Isso, porque a remuneração dos concessionários ocorre via tarifa paga diretamente pelos usuários e que deve ser módica, consoante visto supra.

Assim, caso os prazos de concessão fossem curtos, conforme os previstos na Lei de Licitações, os valores que as tarifas deveriam ter para possibilitar a amortização dos investimentos efetuados seriam muito altos, o que dificultaria a modicidade tarifária buscada pela Norma Legal. Ademais, tarifa elevada representa sério óbice à universalização dos serviços, pois pode inviabilizar que pessoas com menos recursos tenham acesso aos serviços, ante a impossibilidade econômica de arcar com estas despesas.

Não é de difícil previsão que, em contratos de longo prazo, as situações previstas inicialmente, por ocasião de sua assinatura, venham a se modificar. O próprio contorno do interesse público envolvido pode alterar-se no decorrer da avença, a demandar alterações de rumo no contrato. Enfim, diversas são as hipóteses que podem ocorrer a ensejar a necessidade de modificação contratual unilateralmente pela Administração Pública, de forma a possibilitar o melhor atendimento ao interesse público.

Resta, então, examinar como esta matéria encontra-se regulada no ordenamento positivo e quais os limites impostos ao poder concedente para sua atuação imperativa perante o contratado. Antes, contudo, importa discorrer rapidamente sobre a questão da segurança jurídica, relevante garantia de respeito aos termos contratados e que serve de pilar de sustentação dos direitos dos concessionários.

5 SEGURANÇA JURÍDICA

O Direito tem sido um dos grandes pilares do desenvolvimento da civilização ao longo da história. Por meio da ordem jurídica previamente estabelecida, as expectativas de conduta das pessoas inseridas em determinado tecido social podem ser mais facilmente previstas, tornando o convívio intersubjetivo mais harmonioso.

Desempenha o Direito, nesse contexto, importante papel de pacificação social, pois busca estabelecer regras gerais de condutas a serem obedecidas pelos integrantes de um determinado grupo de pessoas. Na sempre atual lição de Miguel Reale, “aos olhos do homem comum o Direito é lei e ordem, isto é, um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros”³¹.

Para que a ordem jurídica consiga atingir de forma eficaz seu objetivo de manutenção do convívio pacífico e harmonioso dos cidadãos por ela regidos, alguns princípios basilares devem ser obedecidos. A estabilização das relações jurídicas presentes no seio social é uma das formas de se assegurar a eficiência do Direito como regulador das liberdades individuais.

Nesse contexto, ganha proeminência a segurança jurídica, princípio acolhido implicitamente pela Carta Magna, a partir de diversas regras constitucionais espalhadas por todo o texto da Lei Maior. Tão grande sua importância que o constituinte vedou ao legislador infraconstitucional a possibilidade de editar ato normativo que possa violar direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI), consagrando tal regra como garantia fundamental da pessoa humana, imune, inclusive, à emenda constitucional, consubstanciando-se em verdadeira cláusula pétrea. É princípio fundamental destinado a resguardar a incolumidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas.

371

Diversos fatores são essenciais para se alcançar a segurança jurídica e com ela a tendência de estabilização das relações sociais, fundamental para a manutenção do convívio das pessoas em comunidade. Um dos pilares da segurança jurídica é exatamente o respeito aos termos firmados nos contratos. Frustrariam as expectativas de todos aqueles que celebrassem acordos, essenciais ao convívio social, a possibilidade irrestrita de que as avenças pudessem ser alteradas a qualquer tempo pela vontade exclusiva de uma das partes.

Nesse contexto, ganha relevo a necessidade que os contratos têm de apresentarem-se como negócios jurídicos dotados de certa estabilidade. Mesmo em relação aos contratos administrativos, que tem por fim último a satisfação do interesse público, há de se buscar, sempre, a integralidade do acordado originariamente.

No campo das concessões de serviço público, esta característica mostra-se fundamental. Não são pequenos, em regra, os investimentos que as empresas interessadas na prestação dos serviços objeto dos contratos devem fazer para dar cabo aos princípios que regem a matéria. Ademais, não podem obter retorno imediato destes investimentos, uma vez que, para isso, teriam que ser estabelecidas tarifas elevadas, impossíveis de serem arcadas pela maioria da população, frustrando um dos princípios basilares que marcam a prestação de serviços que é a sua universalização ou generalização.

Por isso, conforme já comentado, o retorno deve ser buscado a longo prazo e os ajustes devem ser respeitados. Poucos aventurar-se-iam a gastar somas vultosas de dinheiro em investimento sem que tivessem a certeza de que um mínimo de estabilidade ser-lhes-ia assegurado. Fundamental, para isso, que os contratos sejam respeitados. Há de se possibilitar um grau de certeza e segurança nas relações jurídicas em que o Estado integra, a fim de evitar que terceiros percam o interesse de celebrar acordos com a Administração Pública.

Por outro lado, não é menos verdadeiro que os contratos de concessão buscam a plena satisfação da comunidade pela realização dos serviços públicos a serem prestados indiretamente por terceiros estranhos à Administração Pública. Importa reconhecer, ainda, que, muitas vezes, o pleno atendimento ao interesse público que permeia as concessões de serviço público somente é atingido com mudanças nos contratos respectivos. Pode-se, inclusive, chegar a situações extremas em que melhor atende ao fim público a própria extinção do contrato de concessão.

Tem-se, então, duas situações conflituosas. A segurança jurídica, a requerer a estabilidade das relações jurídicas, e a necessidade de alteração contratual para melhor atender ao interesse público. Neste caso, não há dúvida, há de se dar preferência à busca do fim público colimado pela concessão. Incide, de forma direta e incisiva, o princípio da supremacia do interesse público, basilar do Direito Administrativo.

Todavia, para que se possa conferir um mínimo de segurança aos contratos, estas alterações necessárias à plena realização dos serviços públicos devem estar previamente estabelecidas em lei. Não se pode deixar ao talante deste ou daquele administrador a decisão de modificar esta ou aquela cláusula contratual. Os contratos de concessão possuem prazos demasiadamente longos que, necessariamente, passarão por diversas equipes de Governo, representativas de diversas correntes ideológicas.

Mostra-se imperioso evitar que mudanças de orientações políticas daqueles que estão à frente do Poder Concedente possam ensejar alterações contratuais, única e exclusivamente por entendimento particular deste ou daquele governante. Para isso, é necessário que as normas jurídicas abstratas, preexistentes, estabeleçam as hipóteses em que poderá a Administração Pública fazer valer de suas prerrogativas públicas, lançando mão das chamadas cláusulas exorbitantes. É nesse contexto que deve ser entendido o princípio da mutabilidade do regime jurídico das concessões.

6 ALTERAÇÕES UNILATERAIS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

Importa reconhecer a necessidade de se manter a estabilidade das relações jurídicas oriundas dos contratos de concessão. Máxime quando se entende que tais contratos devem caracterizar-se por um verdadeiro acordo de vontades, não em busca de objetivos contrapostos, antagônicos. Devem refletir acordo de vontades associativas, como bem destacado por Marçal Justen Filho.

O Poder Concedente, ao tomar a decisão política de perpassar à iniciativa privada a execução de determinado serviço público, tem por objetivo primordial o atendimento à finalidade pública decorrente da prestação dos serviços concedidos. Conclui-se que a melhor forma de atender a esta finalidade, por razões distintas, é conceder a terceiros, via licitação, a execução dos serviços.

Ao concessionário, por seu turno, interessa obter lucro na atividade que irá desenvolver por conta do contrato de concessão. Lucro que será obtido com a prestação adequada dos serviços objeto da avença. Os contornos finais que darão legitimidade à obtenção do lucro por parte do concessionário, ao mesmo tempo que permite que os serviços públicos sejam prestados adequadamente, atendendo aos requisitos legais, serão dados pelo respectivo contrato.

Impõe-se, então, que concedente e concessionário busquem atuar de forma associativa, cooperativa, de forma a melhor atender aos interesses envolvidos. Todavia, há situações que, a princípio, mostram-se inconciliáveis. Haveria dificuldade em se obter solução negociada frente a determinadas hipóteses que impediriam, ou ao menos demandariam longo tempo de negociação, a solução acordada.

Assim, a fim de evitar que estas situações possam acarretar prejuízo ao serviço público concedido, afetando, em última análise, o interesse público que envolve a concessão, confere-se ao Poder Concedente, como gestor deste interesse, prerrogativas de fazer valer sua decisão de alterar determinadas cláusulas contratuais, a fim de melhor atender ao fim público.

Nesse contexto, cumpre sempre lembrar que, ao se celebrar contrato de concessão, transfere-se a execução dos serviços a terceiros, estranhos à Administração Pública. Todavia, a titularidade destes serviços permanece com o ente político incumbido constitucionalmente, ou mesmo por normas infraconstitucionais, de prestá-los à comunidade.

Permanecendo o Poder Concedente com a titularidade dos serviços, é lícito permitir-lhe que, diante de situações concretas que ocorram durante a vigência do contrato de concessão, possa alterar os termos da avença, a fim de melhor ajustar a execução contratual aos interesses públicos tutelados pelo Estado. Decorrência lógica desta titularidade é a possibilidade de, nos termos da lei, alterar-se regras contratuais, ainda que sem a anuência do concessionário. Aliás, não fosse conferida esta prerrogativa ao Poder Concedente, a solução a ser dada, sempre que houvesse a necessidade de se adaptar o interesse público à dinâmica da prestação dos serviços seria a extinção da avença, pelas formas previstas no ordenamento jurídico.

Não é outro o entendimento de Marçal Justen Filho, para quem

a competência estatal para regulamentar o serviço não desaparece em virtude da outorga da concessão. Daí deriva que as condições originais fixadas pelo Estado podem ser alteradas supervenientemente, ao longo do tempo. Aliás e considerando as circunstâncias características da outorga de uma concessão, essas condições originais deverão ser modificadas ao longo do prazo de vigência da concessão.

É que as características do serviço público impõem não apenas sua continuidade, mas sua adequação permanente. Isso significa incumbir ao poder concedente o dever-poder de estabelecer, por ocasião da outorga, identificar as condições mais satisfatórias e adequadas para a prestação do serviço por parte do concessionário. Mas essa solução não basta. É indispensável que o serviço mantenha as características de adequada satisfação ao interesse público concreto, ao longo do prazo da concessão. Portanto, se eventos supervenientes produzirem modificações no estado de fato, incumbirá a introdução de inovações nas

condições do serviço, adequando-o às novas características ou às necessidades surgidas.³²

Como bem acentuou o ilustre professor paranaense, a possibilidade de alteração unilateral dos contratos de concessão de serviço público não se constitui mera prerrogativa do Poder Concedente, mas verdadeiro dever legal imposto ao administrador público, pois, sempre que houver modificação na situação de fato ou de direito durante a execução do ajuste que implique a necessidade de alteração na concessão de forma a melhor atender ao interesse público, tem o gestor a obrigação de efetuar esta mudança contratual, independentemente da anuência do concessionário.

Não poderia o interesse público ficar à mercê da vontade do particular para ser melhor atendido. É nesse contexto que tem a Administração o poder-dever de produzir as alterações necessárias à satisfação do interesse público. Frise-se que uma das características dos contratos de concessão é o seu dinamismo. Novas tecnologias são apresentadas a todo o momento nas diversas áreas determinadas pelo ordenamento como dever do Estado em atendê-las mediante a prestação de serviços. Tecnologias estas que devem ser incorporadas às concessões em andamento, como forma de manter o serviço adequado de que trata a Lei de Concessões.

Não obstante, a natureza contratual das concessões de serviço público confere certas garantias ao concessionário. Por conseguinte, não são todas as cláusulas contratuais que podem ser licitamente alteradas unilateralmente pela Administração Pública. A doutrina é unívoca no sentido de reconhecer esta prerrogativa ao Poder Concedente apenas em relação às chamadas cláusulas regulamentares.

374

Consoante já afirmado anteriormente, o contrato de concessão é uma das espécies de contrato administrativo. Possui alguns pontos de distinção em relação aos demais tipos deste gênero contratual. O principal talvez seja seu objeto específico que é a prestação de serviço público. Trata-se, contudo, de contrato administrativo típico e, como tal, apresenta algumas de suas características essenciais. Apresenta, como leciona Justen Filho,

duas categorias de cláusulas contratuais. Existem aquelas que versam sobre o desempenho das atividades de prossecução do interesse público e são denominadas 'regulamentares' ou 'de serviço'. Além delas, há as cláusulas que asseguram a remuneração do particular e que são ditas econômicas. As primeiras podem ser unilateralmente alteradas pela Administração Pública; as outras, não.³³

Ensina Maria Sylvia que o caráter contratual da concessão não afasta o fato de se tratar de

uma forma de prestação de serviço público; em conseqüência, tudo o que diz respeito à organização do serviço é fixado unilateralmente pelo Poder Público e pode ser alterado também unilateralmente para adaptação às necessidades impostas em benefício do interesse público.

Essa parte que é disciplinada unilateralmente pelo Poder Público impõe-se ao particular não tanto como decorrência do contrato, mas por tratar-se de normas que decorrem do poder regulamentar da Administração. Muitas vezes, essas normas constam da própria lei que disciplina o serviço, de tal modo que, ao assinar o contrato de concessão, o concessionário está se sujeitando a uma situação estatutária regulamentar, que não admite qualquer discussão ou

alteração, ainda que com a concordância das partes. Essa parte regulamentar da concessão, que diz respeito à forma de gestão do serviço, consta das chamadas cláusulas regulamentares do contrato de concessão. Elas definem o objeto, a forma de execução, a fiscalização, os direitos e deveres das partes, as hipóteses de rescisão, as penalidades, os direitos dos usuários etc.³⁴

Por se tratarem de verdadeiras normas de ordem pública, ainda que presentes no contrato, não podem ser afastadas pela vontade das partes. Ademais, configuram verdadeiro regime jurídico das concessões, razão pela qual não conferem direito adquirido aos concessionários de mantê-lo insuscetível de mudanças ao longo da execução da avença. É questão já sedimentada na jurisprudência e na doutrina o fato de que não há direito adquirido a regime jurídico.

Todo aquele que mantém relação jurídica com o Estado submete-se às regras que orientam esta relação, inclusive a eventuais mudanças que possam ser validamente operadas unilateralmente pelo Estado. As cláusulas regulamentares dos contratos de concessão integram o regime jurídico aplicável à concessão. Podem e devem ser modificadas pelo Poder Concedente, sempre que o interesse público assim o exigir, sem que o concessionário possa legitimamente recusar-se a submeter-se ao novo regime advindo desta alteração.

Há decisões judiciais dos Tribunais Superiores que corroboram a tese doutrinária supra, entendendo lícitas alterações unilaterais de contratos de concessão. O Supremo Tribunal Federal, já em 1968, reconheceu a existência das cláusulas exorbitantes e da mutabilidade dos contratos de concessão como traço distintivo em relação aos demais contratos, consoante se depreende da ementa da decisão proferida em sede de Agravo Regimental nº 42.854, relatada pelo Ministro Aliomar Baleeiro, publicada no Diário Oficial da União, de 28 de junho de 1968: “Os contratos sobre concessões de serviço público administrativos distinguem-se dos civis pela mutabilidade e pela ‘cláusula exorbitante’: o Estado-Cliente não deixa de ser o Estado-Príncipe.”

No mesmo sentido, a decisão proferida no Mandado de Segurança nº 17.957: “Na concessão de serviço público é lícita a modificação, pelo poder concedente, do funcionamento do serviço, desde que fique assegurado o equilíbrio financeiro do contrato.” (RDA 95/132).

Também a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça tem este entendimento, conforme se depreende de decisão adotada em Recurso em Mandado de Segurança - RMS nº 3.161-6/RJ, relator Ministro Demócrito Reinaldo, publicada na imprensa oficial em 11 de outubro de 1993, cuja ementa é do seguinte teor:

É lícito ao poder concedente alterar, unilateralmente, as cláusulas objetivas do serviço, e, até agravar os encargos ou as obrigações do concessionário, desde que reajuste a remuneração estipulada, evitando a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A Lei nº 5.153, de 1991, do Município de Campos - RJ não é inconstitucional, posto que, embora imponha a gratuidade nos transportes coletivos de servidores municipais que indica, acobertou esse ônus como aumento concreto do itinerário concedido às linhas de ônibus do Município, bem como com o reajuste das tarifas. Recurso a que se nega provimento.

Interessante decisão foi adotada pelo E. Tribunal de Contas da União, ao examinar representação formulada por parlamentar para que fosse investigada a correção da cobrança de ISSQN sobre os valores cobrados no pedágio de rodovias que tiveram

sua exploração concedidas a terceiros. Na oportunidade, o Tribunal entendeu que não havia leis municipais que permitissem a referida cobrança, razão pela qual determinou a imediata suspensão da referida cobrança, bem como a aplicação dos recursos ilegalmente cobrados em melhorias na rodovia, não previstas no contrato. Deixou assente o relator, Ministro Walton Alencar Rodrigues, ao apreciar pedido de prorrogação de prazo por parte do extinto DNER, a possibilidade de alteração unilateral das cláusulas dos contratos de concessão que não disponham sobre o equilíbrio econômico-financeiro, consoante se verifica do excerto de seu Voto:

Note-se que não há nenhum obstáculo de ordem legal ou contratual que impeça o DNER de proceder imediatamente à diminuição do valor das tarifas, uma vez que os contratos de concessão das rodovias permitem alteração unilateral por parte do Poder Público, desde que preservado seu equilíbrio econômico-financeiro, que, na hipótese, restaria incólume, visto que a receita subtraída das concessionárias não lhes pertence de direito e a elas não corresponde nenhuma obrigação. (Acórdão nº 139/99 - Plenário).

Decorre esta prerrogativa do Poder Concedente do princípio da mutabilidade das concessões, já comentado anteriormente, que impede que o regime jurídico vigente no momento da assinatura do contrato transforme-se em algo estanque, impossível de ser alterado. Novamente, é Maria Sylvia Zanella Di Pietro quem confere os contornos da alteração, *in verbis*:

Essa necessidade de alteração - que deve ser devidamente motivada - pode decorrer da mudança na situação de fato, ou seja, de circunstâncias de variada natureza que recomendem a mudança de cláusulas regulamentares, como, por exemplo, o progresso científico, que torna superadas técnicas anteriores, ou a diminuição ou acréscimo da demanda pelo serviço. E também pode decorrer de alterações na situação de direito: a lei que disciplinava o serviço sofre alterações, que acarretam a necessidade de alterar as cláusulas regulamentares do serviço.³⁵

Cabe, apenas, esclarecer que o fato de não haver direito adquirido para o concessionário e também para os usuários à manutenção integral do regime jurídico vigente no momento da assinatura do contrato de concessão, não implica a inexistência de direito adquirido em relação ao que foi pactuado e perfeitamente operado antes da modificação do regime. Ou seja, na vigência das cláusulas regulamentares, preenchidos todos os requisitos previstos pelas mencionadas cláusulas para que o concessionário ou o usuário possam legitimamente usufruir de determinado direito, posterior alteração destas cláusulas não podem afetar a fruição deste direito. Neste caso, não há direito adquirido a regime jurídico, mas direito adquirido ao que foi regulamentado validamente por determinado regime em determinado momento.

A Lei nº 8.987/1995 não dispõe expressamente acerca do poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares por parte da Administração. Todavia, em diversos artigos estabelece conseqüências e até mesmo disciplina alguns direitos decorrentes da modificação contratual operada unilateralmente pelo Poder Concedente. Nesse ponto, esclarecedora a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, a seguir transcrita:

Embora a lei, ao relacionar 'os encargos' do concedente, não se refira de modo taxativo a tal poder de alteração unilateral, pois o omitiu na referida catalogação, indubitavelmente o acolheu de modo expresso ou implícito em diferentes artigos. Com efeito, o art. 9º, § 4º, estatui que, 'em havendo alteração

unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro', deverá concomitantemente restabelecê-lo. Outrossim, tal poder está implicado na disposição constante do inciso VII do art. 18 (atinentes a cláusulas do edital) e no inciso V do art. 23, precitado (o qual arrola as cláusulas essenciais do contrato de concessão). É que ambos se reportam a direitos e obrigações do concedente (assim como do concessionário) relacionados às 'previsíveis necessidades de futura alteração e expansão dos serviços e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações'. De toda sorte, já o art. 6º e §§ 1º e 2º implicavam o reconhecimento de tal poder. É que neles, havendo sido exigida a 'atualidade' do serviço (a lei, certamente, quis falar em 'atualizado' ou em 'atualização', mas desconhecia a expressão adequada em nosso idioma), aí está, evidentemente, pressuposto o poder de impor as alterações para isto requeridas.

O fato é que, estivesse ou não mencionado o poder de alteração unilateral das condições de prestação do serviço, haver-se-ia sempre de considerá-lo implícito na própria natureza do instituto. É que, por estar em pauta um serviço público - ou obra pública, como resulta da já mencionada dicção desabrida do art. 2º, II -, jamais poderia o concedente despojar-se do elemento dever jurídico de ajustar o serviço ou a obra ao interesse público, sempre que suas cambiantes necessidades o impusessem.³⁶

Marçal Justen Filho concebe a possibilidade de alteração unilateral concebidas para a outorga, desde que versem sobre as condições da prestação do serviço.

São as chamadas cláusulas regulamentares ou de serviço, que disciplinam o conteúdo das prestações, o modo de sua execução, os padrões de qualidade, os limites qualitativos e quantitativos e outras características da atividade em que se materializa a prestação do serviço público. Quando se tratar de concessão de serviço relacionada com obra pública, a competência estatal examinada abrangerá inclusive o conteúdo e a programação original dessa obra.³⁷

Toshio Mukai, ao admitir a possibilidade de alteração unilateral, entende como objeto principal deste poder regulamentar as questões referentes ao modo, à forma e às condições de pagamento. É do autor a lição:

As cláusulas essenciais de modo, forma e condições de prestação do serviço, exigidas pelo inc. II do art. 23, já estavam previstas para qualquer modalidade de contrato administrativo pelo art. 55, inc. II, da Lei nº 8.666 (regime de execução e forma de fornecimento).

As cláusulas que determinarem estes itens serão o fulcro principal do que estará sujeito ao poder regulamentar da Administração Pública, ou seja, ao poder de alteração unilateral, respeitado sempre o equilíbrio econômico-financeiro.³⁸

Não há grande divergência doutrinária acerca da possibilidade de o Poder Concedente alterar unilateralmente o contrato de concessão apenas no que diz respeito às chamadas cláusulas regulamentares. Prerrogativa esta que pode, inclusive, ser exercida até mesmo antes da assinatura do contrato. Seria um contra-senso admitir-se a legitimidade de modificação do contrato já celebrado imposta pela Administração e, ao mesmo tempo, ter por irregular que estas mudanças sejam efetuadas antes de o contrato se aperfeiçoar. O mesmo fundamento jurídico que permite a alteração da avença também torna lícita a mudança anterior à formação do ajuste.

Questão que vem sendo colocada perante os Tribunais diz respeito à necessidade de se ouvir a concessionária antes de se efetuar a alteração unilateral. Importa saber se incide o princípio da ampla defesa também nas hipóteses em que o Poder Concedente deve utilizar sua prerrogativa de modificar o ajuste para melhor atender ao interesse público. Marçal Justen Filho, ao abordar o problema, dispõe que

um limite fundamental a ser observado pelo poder concedente a propósito de modificações das condições originais da outorga envolve a observância do devido processo legal. Não é cabível que o poder concedente, invocando a titularidade da competência, produza ato modificatório sem submissão ao processo e ao procedimento cabíveis.³⁹

As 1ª e 2ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça vêm adotando o mesmo entendimento esposado pelo autor supra, concluindo pela impossibilidade de a Administração Pública prescindir da ampla defesa e do contraditório ao alterar unilateralmente as cláusulas de contratos de concessão de serviço público. É o que se depreende das decisões adotadas no ROMS nº 2539/TO - 2ª Turma e ROMS nº 1903/TO - 1ª Turma, respectivamente, *in verbis*:

Mandado de Segurança. Recurso. Transporte Coletivo. Exploração de Linha de Ônibus. Contrato de Concessão. Alteração Unilateral, pela Administração. Impossibilidade. A concessão dos serviços de transportes coletivos para exploração de linha de ônibus, gera direitos e só pode ser alterada com observância do devido processo legal, assegurada ampla defesa. (Diário da Justiça, de 10 de outubro de 1994, p. 27138).

378

O contrato de Administração com terceiros, para a realização de serviço público, constitui ajuste de Direito Administrativo, bilateral e oneroso, inalterável unilateralmente, especialmente em relação a cláusulas que ocasionem manifesto prejuízo ao concessionário. A concessão de serviço público, nos termos da legislação pertinente, só é alterável com dano ao concessionário, se observado o devido processo legal, em que se assegure a ampla defesa ao contratante prejudicado. É ineficaz a alteração de cláusulas financeiras do contrato de concessão, com prejuízo para a concessionária, sem que aquela alteração tenha sido efetivada mediante procedimento licitatório. (Diário da Justiça de 29 de março de 1993).

Reconheça-se que, de um lado está a necessidade de estabilidade da relação contratual, corolário da segurança jurídica, requisito essencial para que as empresas privadas tenham interesse em realizar grandes aportes de capital suficientes para garantir os investimentos que irão propiciar a prestação de um serviço adequado. De outro, há a possibilidade, sempre latente, de que o Poder Concedente, durante a vigência do contrato de concessão, possa alterar unilateralmente determinadas cláusulas, chamadas regulamentares, da avença, de forma a adaptar as regras contratuais às mudanças fáticas ou jurídicas novas e que reclamam mudanças a serem efetuadas de forma a melhor atender ao interesse público.

A fim de propiciar um equilíbrio possível a estes dois princípios que parecem antagônicos, o inciso V do art. 23 da Lei nº 8.987/1995 estabelece, como cláusula essencial do contrato de concessão, o fato de o Poder Concedente já antever os direitos

e obrigações que decorram de futuras alterações e expansões do serviço, de sua modernização, do aperfeiçoamento das tecnologias envolvidas.

Cumpra trazer a lume ensinamento a respeito da questão da lavra de Luiz Alberto Blanchet, a seguir transcrito:

O administrador, a elaborar o edital - e seus anexos, com a minuta do futuro contrato -, deve fazê-lo com o mais rigoroso critério, procurando, inclusive, antever as necessidades futuras do universo de usuários, tais como as necessidades futuras da expansão proporcional ao aumento da população usuária, ou de substituição e modernização do equipamento necessário à prestação do serviço em razão do desgaste natural em função do tempo e também da normal e progressiva modernização da espécie a que pertence o equipamento utilizado. Inúmeras, enfim, seriam as situações, mas qualquer delas deverá ter os efeitos - direitos, garantias e obrigações do concedente e do concessionário - regulados no contrato.⁴⁰

Busca-se, dessa forma, reduzir ao máximo as surpresas que podem advir ao concessionário e também aos usuários, em decorrência do exercício do poder-dever da Administração Pública de alterar unilateralmente a parte regulamentar dos contratos de concessão de serviço público. Todavia, nem sempre é possível antever todas as situações que poderão ensejar a necessidade desta modificação. Nestes casos, não resta dúvida que as mudanças se impõem, para que o fim público seja alcançado.

Importa reconhecer que tanto a doutrina majoritária quanto a orientação dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União admitem a possibilidade de haver modificação unilateral nos contratos de concessão de serviço público por parte do Poder Concedente, sempre que necessário para melhor atender o interesse público, desde que obedecido o devido processo legal, nos termos da orientação jurisprudencial do STJ. Todavia, esta prerrogativa estatal não é absoluta, ilimitada. Encontra limites e condicionantes ao seu exercício, conforme será abordado a seguir.

379

7 LIMITES À ALTERAÇÃO UNILATERAL DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

A primeira grande restrição que vem sendo colocada pela jurisprudência, a partir de uma interpretação extensiva da garantia do devido processo legal insculpida no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, diz respeito à necessidade de se assegurar a ampla defesa e o contraditório ao concessionário, antes de se promover as modificações no contrato. Não pode, nos termos da orientação do STJ acima indicada, o Poder Concedente efetuar as alterações unilaterais nos contratos de concessão de serviço público sem antes assegurar ao concessionário a possibilidade de apresentar suas razões.

Pode perfeitamente impor unilateralmente as modificações que se mostrarem necessárias ao atendimento do interesse público. Porém, para que isso ocorra, é necessário que seja obedecido o devido processo legal. Ou seja, antes de se efetuar as mudanças, tem que ser dada oportunidade à contratada de se manifestar a respeito. O simples fato de ouvir as razões da concessionária não impõe ao Poder Público o dever de somente efetuar a alteração se contar com a anuência do contratado. Admitir tal situação é submeter o interesse público à disponibilidade do interesse particular do concessionário.

Não obstante, como decorrência lógica desta restrição que vem sendo colocada, pelo Judiciário, ao exercício da prerrogativa sob comento por parte do Poder Concedente é a necessidade de que a decisão de alterar-se unilateralmente determinada cláusula contratual deve ser motivada. Não atende ao princípio do devido processo legal simplesmente se admitir que a concessionária, previamente, seja ouvida.

Nas hipóteses em que as ponderações trazidas pelo particular não forem suficientes para afastar a necessidade da alteração contratual, tem a Administração Pública que explicitar por que razão subsiste esta necessidade. Em que medida o interesse público somente será atendido com a modificação. O exercício da garantia do contraditório e da ampla defesa, corolários do devido processo legal adjetivo somente se concretiza com a demonstração de que as alegações porventura produzidas foram efetivamente consideradas pela Administração. Isso somente é possível se for motivada a decisão final de alteração contratual.

Dessa forma, pode-se afirmar que consiste o dever de obediência ao devido processo legal, na forma como entendido pelo Superior Tribunal de Justiça, verdadeiro limite de caráter procedimental ao livre exercício do poder-dever de alteração unilateral dos contratos de concessão de serviço público.

A limitação ao exercício desta prerrogativa pública não se resume, porém, a restrições de natureza formal. Há empecilhos de ordem material a impedir que determinadas cláusulas contratuais possam vir a sofrer alteração durante a execução da avença.

O primeiro deles diz respeito à impossibilidade de alteração do objeto. Modificar-se o objeto da concessão implica mudança no próprio serviço público que, por opção política, teve sua prestação entregue a particular, após regular procedimento licitatório prévio. Por conseguinte, não pode o Poder Concedente, sob o argumento de exercer seu poder-dever de atender ao interesse público, alterar o serviço objeto da concessão. Assim o fazendo, estará burlando o comando constitucional que, categoricamente, impõe a necessidade de licitação prévia sempre que se optar pela prestação indireta de serviço público (art. 175, *caput*, da CF).

Nesse sentido é a lição de Toshio Mukai, ao afirmar que

o objeto pode ser uma das cláusulas contratuais (art. 23, I) que não se referem ao equilíbrio econômico-financeiro, mas que limitam o poder regulamentar, pois torna-se imutável. O objeto não pode ser alterado em sua natureza, inclusive para que não se lese o princípio licitatório.⁴¹

Tem o Estado o poder discricionário de optar por prestar o serviço diretamente, outorgá-lo a uma empresa por ele criada para esse fim (estatais) ou transferir sua execução a terceiros (concessão ou permissão), sem, contudo, perder sua titularidade. Neste último caso, porém, sempre mediante licitação. Não se questiona, portanto, a liberdade de escolha que o constituinte conferiu ao agente político em relação ao modo de prestação do serviço público.

Na feliz síntese apontada por José Afonso da Silva,

o modo de gestão desses serviços públicos, dentre outros, não só de competência da União, mas também dos Estados, Distrito Federal e Municípios, entra no regime da discricionariedade organizativa, ou seja, cabe à Administração escolher se o faz diretamente, ou por delegação a uma empresa estatal (pública

ou de economia mista), ou por concessão (autorização ou permissão) a uma empresa privada.⁴²

Todavia, tendo a Administração optado por transferir a prestação do serviço a uma empresa privada, sob um regime de Direito Público, está obrigada a seguir o procedimento estabelecido pela Constituição, com a inafastável prévia licitação. Nesta hipótese, frise-se, o constituinte não deu margem ao legislador infraconstitucional para prever situações de dispensa de licitação, conforme já comentado anteriormente. A licitação é de rigor.

Logo, celebrado o contrato de concessão, não cabe alteração em seu objeto, pois, assim o fazendo, estar-se-á modificando o serviço a ser prestado. Novo serviço público, que não foi o objeto da licitação realizada, estará sendo prestado sem que tenha havido licitação específica para esse fim.

É o que afirma Marçal Justen Filho:

Tornar-se-ia inútil o procedimento licitatório prévio. Se a Administração Pública pudesse modificar radicalmente os termos da contratação, o objeto contratual acabaria distinto daquele licitado. Logo, a licitação não teria cumprido sua função constitucional de selecionar a proposta mais vantajosa com observância do princípio da isonomia. Aliás, não é por outro motivo que não se admite diversidade entre o conteúdo do contrato e as condições do ato convocatório da licitação.⁴³

Admite-se, em tese, apenas alterações no objeto do contrato que não desvirtuem sua natureza. Não se pode transformar a concessão de serviço de telefonia fixa em telefonia móvel, por exemplo. Estar-se-ia burlando frontalmente o princípio da licitação prévia e, via de conseqüência, ferindo de morte o princípio da igualdade de oportunidades, pois, seria concedido serviço diverso do licitado.

Alteração unilateral do contrato de concessão que acarrete o desvirtuamento do objeto concedido pode acarretar, inclusive, a possibilidade de o concessionário, legitimamente, opor-se a tais mudanças e, se o caso, até mesmo se esquivar de cumpri-las. É assente na doutrina e na jurisprudência a regra segundo a qual não pode o contratado invocar, contra a Administração Pública, a exceção do contrato não cumprido para alijar-se de suas obrigações. Isso, em decorrência da supremacia do interesse público sobre o privado e do princípio da continuidade do serviço público.

É antiga, aliás, a orientação do Supremo a respeito, consoante se depreende do decidido em sede do RE nº 30.431, relatado pelo Ministro Nelson Hungira, publicado em 6 de junho de 1957, em que se afirmou que “o concessionário não pode opor à Administração Pública a *exceptio non adimpleti contractus*.” Princípio este que veio a ser melhor delimitado com a Lei nº 8.666/1993 que confere um prazo máximo de noventa dias de inadimplência da Administração em relação ao contratado, a partir do qual poderá ser aplicada a regra geral dos contratos acima indicada.

Todavia, no caso de concessão de serviço público, desvirtuado o objeto, pode o concessionário recusar-se a cumpri-lo, mesmo porque não está obrigado a ter condições técnicas de prestar o serviço, após sua mudança unilateral. Celso Antônio Bandeira de Mello, após admitir a possibilidade de alteração unilateral dos contratos de concessão de serviço público pelo Poder Concedente, alerta que mudanças que desvirtuem o objeto concedido podem ser legitimamente resistidas pelo concessionário, *in verbis*:

O poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares confere-lhe a possibilidade de alterar as condições do funcionamento do serviço. Por isso, pode impor modificações relativas à organização dele, a seu funcionamento e desfrute pelos usuários, o que inclui, evidentemente, as tarifas a serem cobradas. O concessionário não se pode opor às alterações exigidas, nem esquivar-se de cumpri-las ou reclamar a rescisão da concessão, desde que o objeto dela não haja sido desnaturado ou desvirtuado pelas modificações impostas.⁴⁴

Limitação que não restringe apenas às modificações dos contratos, mas que orienta a própria concessão originária e diz respeito à área a ser concedida. Evidente que a prestação de serviço a ser objeto de concessão deve estar limitada à titularidade do Poder Concedente sobre o mesmo serviço. Não pode um determinado ente dispor sobre serviços de outrem, sob pena de violação do pacto federativo.

Nesse sentido, ademais, é a lição de Toshio Mukai, ao definir área como:

a circunscrição territorial que deve abranger a atividade a ser exercida pela concessionária. Atente-se para o fato de que a circunscrição territorial não poderá ser maior que a base territorial sob a qual repousam os poderes do poder concedente, sob pena de recair no vício de incompetência.⁴⁵

É de se observar, ainda, que, em determinadas licitações para a concessão de serviço público, a área é parte essencial do objeto licitado. Não se licita apenas determinado serviço, mas a exploração e prestação deste serviço em determinada área. Evidente que, nestas hipóteses, não pode o Poder Concedente vir a alterar os limites territoriais estabelecidos previamente pelo edital, ainda que para área também sob sua competência material.

382

Cite-se como exemplo a concessão dos serviços de telefonia fixa que foram divididas áreas de prestação em todo o território nacional. Neste caso, não pode a União, a quem cabe a titularidade sobre tais serviços, sob a alegação de estar utilizando de seu poder de alteração unilateral dos contratos, modificar os limites de operação da concessionária definidos no edital, sob pena de violar o princípio da vinculação aos termos do edital, bem como afetar direito da concessionária vencedora do certame que regulou a prestação dos serviços na área a ser atingida pela mudança.

Questão relevante a ser tratada neste tópico diz respeito à aplicação dos limites previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/1993 sobre o exercício do poder de a Administração modificar unilateralmente os contratos de concessão. A Lei Geral de Concessões não possui dispositivo similar ao citado supra. Não dispõe expressamente acerca de eventuais limites objetivos às alterações unilaterais efetuada pelo Poder Concedente. A doutrina é majoritária no sentido de admitir que, ante o silêncio da Norma Específica sobre determinado assunto, devem ser aplicados, de forma subsidiária, por analogia, os comandos insertos na Norma Geral de Licitações.

Por conseguinte, poder-se-ia concluir, de forma direta, que, não dispondo a Lei nº 8.987/1995 acerca dos limites quantitativos e qualitativos a serem obedecidos pela Administração Pública ao alterar unilateralmente seus contratos, deveriam ser seguidas as regras estabelecidas pela Lei nº 8.666/1993 sobre a questão.

Esta não é, todavia, a melhor conclusão. Dispõe o mencionado art. 65, inciso I, da Lei de Licitações que os contratos podem ser alterados unilateralmente pela Administração quando houver mudança do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica

aos seus objetivos ou quando for necessária a modificação contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, obedecidos os limites estabelecidos pelo § 1º (25% para obras serviços e compras e 50% no caso de acréscimo em reforma de edifício ou de equipamentos).

Não há grandes dificuldades em se aplicar a primeira hipótese prevista para alteração unilateral de contratos. Trata-se de modificação qualitativa que atende perfeitamente aos princípios que regem a prestação de serviços públicos. Um dos pressupostos fáticos a reclamar alteração unilateral do contrato, inclusive, diz respeito exatamente à necessidade de melhor adequação técnica da prestação dos serviços.

Fere a Lei Geral de Concessões a não-modificação do contrato que não possibilite a adoção de melhor técnica para a prestação dos serviços. É dever do concessionário prestar serviços adequados durante todo o tempo da concessão, incumbindo ao concedente o ônus de fiscalizar a execução, de forma que os requisitos legais para se considerar um serviço como adequado sejam obedecidos ao longo da prestação dos serviços.

O § 1º do art. 6º da Lei nº 8.987/1995, ao estabelecer quais critérios devem ser atendidos para se conseguir um serviço adequado - pressuposto necessário para a concessão -, expressamente menciona a atualidade. Dessa forma, impõe-se ao concessionário a obrigação de estar sempre buscando as melhores e mais modernas técnicas para a prestação do serviço concedido. Obrigação esta que deve perdurar por todo o prazo da concessão e que pode, aliás deve ser imposta pelo Poder Público ao concessionário, ainda que unilateralmente.

Por conseguinte, a aplicação subsidiária da alínea a do inciso I do art. 65 da Lei nº 8.666/1993 aos contratos de concessão de serviço público não se mostra material ou juridicamente incompatível com as características deste tipo de ajuste. Ao contrário, vai ao encontro dos princípios e regras norteadores da concessão.

O mesmo não ocorre, contudo, em relação aos limites impostos pelo § 1º do citado dispositivo legal. Ao delimitar até que ponto podem ser alterados unilateralmente os contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/1993, o legislador utilizou o valor do contrato como parâmetro. Isso não traz grande dificuldade de apuração, uma vez que o *quantum* do ajuste é facilmente obtido e os prazos de vigência não excedem, em regra, a cinco anos.

Nos contratos de concessão a situação é completamente diversa. Nem sempre o valor total do contrato é facilmente aferível. Os critérios de julgamento das propostas estabelecidos no art. 15 da Lei nº 8.987/1995 dão uma noção desta dificuldade. A proposta vencedora pode ser, conforme o critério adotado, o menor valor da tarifa, a maior oferta, nos casos de pagamento pela outorga, a melhor proposta técnica com preço prefixado, combinação de melhor técnica e menor tarifa ou de maior preço com melhor técnica, ou, ainda, melhor preço pela outorga, após qualificação técnica anterior.

Ademais, os contratos de concessão apresentam, por razões já sintetizadas anteriormente, prazos de duração extremamente longos, o que dificulta, ainda, mais obter precisamente o valor da concessão. Frise-se, ainda, que a remuneração da concessionária muitas vezes é paga pelos usuários, via tarifa.

Outrossim, estabelecer quantitativos máximos objetivos de acréscimo ou supressão do valor total contratado pode afrontar o princípio da universalização dos serviços. Um dos requisitos básicos para a adequação dos serviços é que sejam disponibilizados a toda

a coletividade para que possa desfrutá-los. Devem estar disponíveis a todos que queiram e possam deles usufruir. Houvesse a restrição supra, tendo o acréscimo atingido 25% do valor contratado não mais seria possível promover-se alteração quantitativa do ajuste, ainda que tivesse um número expressivo de pessoas a serem atendidas. Evidente que esta situação afrontaria o princípio da universalização que rege a concessão dos serviços públicos.

Marçal Justen Filho adverte acerca da inaplicabilidade dos §§ 1º e 2º da Lei nº 8.666/1993 aos contratos de concessão de serviço público, consoante se verifica da lição abaixo transcrita:

A temática da modificação das condições originais da concessão não pode ser enfocada à luz dos limites contemplados no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/1993. Esses dispositivos externam princípios compatíveis com contratos de natureza distinta da concessão. São hipóteses em que os recursos pertinentes à contratação são de responsabilidade do Estado. A fixação dos limites previstos nos aludidos dispositivos reflete uma grande preocupação com o controle dos dispêndios estatais. Isso fica evidente quando se determina a impossibilidade de modificação além de certos limites nem mesmo diante da concordância do particular - o que comprova que a tutela legal não se orienta, nesse passo, a proteger o interesse do contratado.

Ora, esse tipo de preocupação não existe no âmbito da concessão, eis que não há transferência de recursos públicos para o concessionário. Não há necessidade de estabelecer alguma forma de limitação de desembolso estatal derivado de alterações contratuais.⁴⁶

384

Essa incompatibilidade, todavia, não se mostra presente quando se tratar do segundo tipo de concessão previsto pela Lei nº 8.987/1995, aquela precedida de obra pública. Neste caso, é perfeitamente possível, ao menos em relação à execução da obra, determinar-se o valor específico e, em cima dele, estabelecer limites quantitativos a serem obedecidos pelo Poder Concedente para fins de alteração quantitativa unilateral. Nada impede que, após a assinatura do contrato e durante a construção da obra, a Administração Pública, por razões de conveniência e oportunidade, decida por aumentar ou diminuir a referida obra. Neste caso, porém, incide, por analogia, as regras previstas no art. 65 da Lei nº 8.666/1993, até mesmo como forma de assegurar ao concessionário condições mínimas de certeza quanto ao tamanho do empreendimento que terá que fazer.

Esta é, ademais, a orientação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao comentar a possibilidade de aplicar-se o art. 65 aos contratos de concessão de serviço público, *in verbis*:

Com efeito, na concessão de serviço público, é o objeto que há de ser respeitado em sua essência, em sua natureza; nem mesmo se cogita de valor do contrato, até porque não é a Administração Pública que vai remunerar a concessionária, e sim os usuários do serviço concedido. Isso não significa, contudo, nem a impossibilidade de alteração do contrato, nem a inexistência de limites a essa alteração. Conforme dito anteriormente, a mutabilidade é inerente ao contrato de concessão, como a todos os contratos administrativos. Mas a alteração deve respeitar determinadas limitações, como a natureza do objeto, o interesse público, o direito do concessionário à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Seria muito difícil, senão impossível, impor limites quantitativos ao contrato de

concessão de serviço público. Fundamentalmente, a alteração não pode significar burla ao princípio da licitação.

Diferente é a situação quando se trata de contrato de concessão de serviço público precedido de obra pública. Com relação a ela, existem dados mais objetivos, comensuráveis, passíveis de definição de um valor. Além disso, o art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666 atinge os contratos de obras, serviços e compras. O objetivo que norteou o dispositivo, ao impor a limitação quantitativa, é o de evitar que, a pretexto de alterar o contrato, seja ele ampliado de tal modo que a parte correspondente ao acréscimo pudesse ser objeto de outro contrato, portanto, sujeita à licitação.

O contrato de concessão de serviço público precedido de obra pública tem duplo objeto, sendo um deles precisamente a execução de uma obra pública essencial à prestação do serviço público. Nesse caso, é perfeitamente aplicável o limite imposto pelo referido dispositivo da Lei nº 8.666.⁴⁷

Dessa forma, pode-se afirmar que a aplicação subsidiária do art. 65 da Lei nº 8.666/1993 não é automática nem integral. Apenas os comandos compatíveis com a natureza dos contratos de concessão de serviço público podem ser utilizados, subsidiariamente, para regular as alterações unilaterais deste tipo de contrato. Assim, aplica-se, perfeitamente, o disposto na alínea a do inciso I do citado dispositivo legal, posto que vai ao encontro do princípio da atualidade que rege a prestação de serviço público. Os limites quantitativos estabelecidos pela referida Norma Legal, por sua vez, só têm incidência nos casos de concessão de serviço público precedido de obra pública e apenas na parte que se refere à execução da obra respectiva.

Conforme restou assente, o exercício da prerrogativa de alteração unilateral dos contratos de concessão decorre diretamente do exercício da titularidade dos serviços que permanecem com o Poder Concedente. Prerrogativa esta que somente encontra fundamento jurídico quando se tratar das chamadas cláusulas regulamentares do contrato de concessão. Tais cláusulas estabelecem o verdadeiro regime jurídico da concessão que visa à concretização do interesse público envolvido na prestação dos serviços concedidos.

Por conseguinte, não tem o concessionário direito adquirido à imutabilidade deste regime. É lícito ao Poder Concedente alterar unilateralmente este regime, ainda que durante a vigência da concessão. Mais do que isso, consubstancia verdadeiro dever proceder a esta alteração sempre que for necessário para melhor atender à finalidade pública da concessão.

Frise-se, contudo, que este poder-dever limita-se às chamadas cláusulas regulamentares do contrato. Não se estende às cláusulas financeiras que, segundo alguns autores, seriam o núcleo essencial da concessão que confere a natureza contratual da avença. Constitui verdadeiro direito adquirido do concessionário a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro previsto originalmente na avença. Esta é a garantia sagrada do contratado que não pode ser objeto de mudança discricionária por parte da Administração Pública.

Trata-se, portanto, de verdadeiro limite material ao exercício do poder de império do Estado de impor, coercitivamente, ao contratado as alterações que se mostrem necessárias para a melhor adequação dos serviços concedidos. Pela sua relevância, a questão relativa ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviço público será abordada em capítulo próprio.

8 O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

Muito se tem escrito acerca do tema, com a profundidade que a matéria merece. Não se pretende aqui elaborar estudo específico sobre o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão, sem embargo de reconhecer que a questão merece uma atenção mais detalhada. A abordagem a ser dada cingir-se-á a examinar o equilíbrio econômico-financeiro como limite material ao exercício do poder de alteração unilateral dos contratos de concessão.

Como visto anteriormente, o interesse público relacionado à prestação do serviço público objeto do contrato de concessão pode, muitas vezes, ensejar a necessidade de alteração unilateral de cláusulas do ajuste, sem que o concessionário possa obstar esta modificação. Todavia, este poder exorbitante de que dispõe a Administração Pública acarreta um direito subjetivo inderrogável do concessionário, que é a recomposição dos valores originalmente previstos para a concessão. Este ponto é imutável, não podendo ser alvo de mudança por parte do Poder Concedente, sob pena de ilegalidade.

Configura-se o equilíbrio econômico-financeiro a principal garantia do concessionário frente ao Estado. Aqui, o princípio da segurança jurídica deve preponderar, não sucumbindo diante do exercício das prerrogativas do Poder Público. A legitimidade da possibilidade de se alterar unilateralmente a avença por parte do Concedente tem como contraponto o direito de o concessionário manter inalterada a equação econômica prevista inicialmente. O caráter sinalagmático dos contratos em geral impõe a assunção de obrigações recíprocas por ambas as partes que devem guardar uma proporção original em razão da qual é fixada a remuneração da concessionária.

386

Ensina José Anacleto Abduch Santos que “essa relação original existente entre a quantidade de obrigações assumidas pelo contratado e a quantidade de remuneração a que fará jus denomina-se equação econômico-financeira do contrato administrativo”.⁴⁸

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

o equilíbrio econômico-financeiro constitui a relação que se estabelece no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo concessionário e a remuneração que lhe assegura a Administração por via do contrato.⁴⁹

Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que

há uma necessária relação entre os encargos fixados no ato concessivo e o lucro então ensejado ao concessionário. Uns e outro, segundo os termos compostos na época, como pesos distribuídos entre dois pratos da balança, fixam uma igualdade de equilíbrio. É este equilíbrio que o Estado não só não pode romper unilateralmente mas deve, ainda, procurar preservar.⁵⁰

Marçal Justen Filho leciona que

como regra, o contrato administrativo produz direitos e deveres para ambas as partes, em situação de correlatividade. Essa noção se encontra na origem do instituto do equilíbrio econômico-financeiro (também denominado de equação econômica-financeira) do contrato administrativo. A expressão indica uma espécie de relação entre encargos e retribuições que o contrato administrativo

gera para as partes. Significa que, em um contrato administrativo, os encargos correspondem (equivalem, são iguais) às retribuições.⁵¹

O legislador infraconstitucional, ao editar as regras gerais sobre concessão e permissão de serviço público, não ficou silente aos comentários doutrinários acerca do tema. Estabelece expressamente o § 4º do art. 9º da Lei nº 8.987/1995 que, havendo alteração unilateral do contrato que afete seu equilíbrio econômico-financeiro inicial, deve o Poder Concedente restabelecê-lo, na mesma oportunidade em que efetuar a alteração. Ou seja, o mesmo ato que promover a modificação unilateral do contrato deve, também, prever a nova relação de retribuições à concessionária, de forma a recompor o equilíbrio.

Ademais, conforme ensina Caio Tácito, a equação econômico-financeira não é novidade no ordenamento jurídico nacional. Não se trata de inovação do legislador, estranha à evolução do Direito. O autor traça uma rápida evolução do conceito dentro do Direito Constitucional, *in verbis*:

O princípio do equilíbrio financeiro nas concessões de serviço público, embrionariamente contido nos modelos acima assinalados, não desapareceu, antes se consolidou, com o seu reconhecimento no plano constitucional. A Constituição de 1934 marca o critério da justa retribuição do capital como fator essencial a fim de permitir o atendimento normal das necessidades públicas de expansão e melhoramento dos serviços concedidos (art. 137). O comando reaparece aperfeiçoado na Constituição de 1937 que atribui à revisão das tarifas o papel de permitir que, no interesse coletivo, delas retire uma retribuição justa e adequada ao atendimento regular da prestação dos serviços (art. 147). Distingue o texto constitucional a dupla função da tarifa: retribuir o capital investido e propiciar recursos para a expansão e melhoramento do serviço. Preceito equivalente se reproduz na Constituição de 1946 (art. 151) e alcança a plenitude na Constituição de 1967 e na reforma de 1969, que definem como finalidade das tarifas, ao lado da justa remuneração do capital e do financiamento da expansão do serviço, a de assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato (art. 160, na CF de 1967, art. 167 na EC nº 1, de 1969). A Constituição atual, mais sóbria, conserva, como finalidade da lei, a preservação do caráter especial dos contratos de concessão e destaca como de sua essência, a par dos direitos dos usuários, a adoção de política tarifária compatível com a prestação do serviço adequado.⁵²

O equilíbrio econômico-financeiro configura-se, portanto, direito subjetivo do concessionário, expressamente previsto em lei, com origem constitucional. Não pode, dessa forma, ser, licitamente, alterado unilateralmente pelo Poder Concedente. Eventual tentativa de frustrar a equação prevista originalmente no contrato representa verdadeiro abuso por parte do Estado, visto que fere direito básico do concessionário.

Exatamente por ser direito subjetivo do contratado, o equilíbrio financeiro representa verdadeiro limite ao exercício do poder de alteração unilateral dos contratos, a ser obedecido em duas acepções. Primeiro, a própria cláusula econômica do ajuste, que estabelece, originalmente, a equação a ser obedecida durante o prazo da concessão não pode ser objeto de alteração unilateral. Segundo, limita o alcance das alterações lícitas produzidas unilateralmente pela Administração, uma vez que impõe ao Poder Concedente o dever de restabelecer, simultaneamente, o equilíbrio, sempre que o exercício de sua prerrogativa pública afetar a equação econômica estipulada no contrato original de concessão.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão antiga, já consolidava este entendimento, consoante se depreende do aresto abaixo, publicado na RTJ nº 46, p. 144:

Na concessão de serviço público, como ato complexo, meio regulamentar, meio contratual, o concedente pode modificar, por lei, o funcionamento dos serviços, alterando o regime dos bens públicos envolvidos e até impondo novos ônus ao cessionário, desde que a este assegure o equilíbrio financeiro, para remuneração e amortização do capital efetivamente investido.

Também o E. Superior Tribunal de Justiça já decidiu no sentido de que o equilíbrio econômico-financeiro é direito do contratado, consoante se depreende da ementa a seguir transcrita:

ADMINISTRATIVO - EXPLORAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO - PERMISSÃO - OUTORGA A PRAZO FIXO - CONCESSÃO - REAJUSTE DE TARIFAS - MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO. - Na execução de serviço de transporte mediante permissão, impõe-se o reajuste de tarifas, sempre que necessário para restabelecer o equilíbrio financeiro do empreendimento (Decreto-Lei nº 2.300/1986, Art. 55). (RESP nº 12.0113/MG, publicado no Diário da Justiça, de 14 de agosto de 2000, p. 141).

Importa reconhecer a existência do direito à manutenção, ao longo da execução do contrato de concessão, da equação financeira estabelecida originalmente no contrato. Como explicita Floriano Azevedo Marques Neto,

relevante, também, é o fato de que os contratos de concessão são de longo prazo e o equilíbrio da concessão é dinâmico. Isso implica que podem existir, conforme a concessão, períodos em que haja mais investimentos sem retorno, fluxo de caixa negativo etc. Daí que o equilíbrio nestes empreendimentos deverá sempre ser aferido em cada momento a partir de parâmetros específicos e diferenciados.⁵³

Configura-se o equilíbrio financeiro em direito subjetivo do concessionário, ainda que não explicitado no contrato de concessão, pois decorre de princípios implícitos na Lei de Concessões e na Constituição Federal, tais como da razoabilidade, da equidade, da continuidade do serviço público. Ademais, este equilíbrio deve ser mantido durante a vigência do ajuste, trata-se, como visto, de direito dinâmico que é adaptado às diversas modificações que possam ocorrer durante o período acobertado pela concessão do serviço.

Consoante bem explicitado pelo eminente Ministro do E. Tribunal de Contas da União, Walton Alencar Rodrigues, ao relatar processo que tratava do exame de contrato de concessão de exploração de rodovia federal, a equação econômica do contrato assegura a manutenção da taxa interna de retorno prevista originalmente na proposta durante a execução do ajuste:

O fluxo de caixa é o instrumento que permite, a qualquer instante, verificar se a taxa interna de retorno original está sendo mantida. Cabe ressaltar que a Taxa Interna de Retorno - TIR é extraída diretamente da proposta vencedora da licitante e expressa a rentabilidade que o investidor espera do empreendimento. Em termos matemáticos, a TIR é a taxa de juros que reduz a zero o valor presente líquido do fluxo de caixa, ou seja, a taxa que iguala o fluxo de entradas de caixa com as saídas, num dado momento.

Assim, pode-se dizer que a manutenção da taxa interna de retorno é garantia tanto do Poder Público, quanto da concessionária, e sua modificação dá ensejo à revisão contratual, na forma prevista na lei e no contrato. (Acórdão nº 393/2002 - Plenário).

Na mesma assentada, restou decidido que as receitas decorrentes da exploração do serviço, mas não previstas no contrato de concessão, não compõem a equação financeira do contrato e, portanto, não devem estar integradas no cálculo do reequilíbrio eventualmente realizado.

Importa destacar, neste ponto, que, como qualquer outro direito, o equilíbrio financeiro não é um direito absoluto, impossível de ser atingido. Nesse sentido, cabe trazer à baila que o legislador, ao definir as duas hipóteses de concessões, expressamente determinou que a exploração dos serviços concedidos dar-se-á por conta e risco do concessionário. Por conseguinte, sempre que o risco ordinário do negócio acarretar eventual redução nos lucros da concessionária, não poderá valer-se da teoria do equilíbrio econômico-financeiro para obter eventuais recomposição de receitas.

O equilíbrio econômico-financeiro socorre ao concessionário frente às hipóteses de álea extraordinária, em que os riscos a serem suportados não decorrem naturalmente do negócio envolvido na prestação dos serviços. Advêm de fatores extraordinários, não relacionados diretamente com a atividade empresarial inerente à concessão.

Nesse sentido, precisa a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao asseverar que

as áleas ordinárias correm por conta do concessionário e não autorizam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro; as flutuações no lucro, para mais ou para menos, não autorizam a revisão das cláusulas financeiras, já que se inserem na idéia de que a execução do serviço se faz por conta e risco do concessionário (art. 2º, II, da Lei nº 8.987). As áleas extraordinárias, por serem imprevisíveis e não imputáveis ao concessionário, correm por conta do poder concedente, autorizando a revisão das cláusulas financeiras para recomposição do equilíbrio rompido.⁵⁴

Esta álea extraordinária, para ensejar o reequilíbrio do contrato, deve ser imprevisível quando da assinatura da avença e não pode ser imputável ao concessionário. Nesse contexto, evidente que as alterações unilaterais produzidas pelo Concedente não eram previsíveis pelo concessionário. Ademais, salvo em casos excepcionais que a necessidade de modificação do contrato decorra da conduta do concessionário, as alterações unilaterais não são imputáveis aos concessionários.

Daí a conclusão assente na doutrina e na jurisprudência de que a modificação unilateral dos contratos de concessão pode ensejar a necessidade de recomposição da equação econômica-financeira prevista originalmente e rompida em decorrência do exercício da prerrogativa estatal de alterar o contrato de concessão.

Apenas a título ilustrativo, cite-se que a alteração unilateral dos contratos é apenas um dos motivos que pode ensejar o restabelecimento do equilíbrio financeiro inicial. Outros fatores também podem acarretar esta necessidade e que também integram o conceito de álea extraordinária, tais como a álea econômica (teoria da imprevisão), o fato do príncipe e o fato da administração. Neste ponto, adere-se aos conceitos trazidos por Di Pietro,

que distingue a alteração unilateral do fato do príncipe, enquanto que alguns autores entendem que a alteração unilateral estaria abrangida por este último.

De fato, a recomposição decorrente de alteração unilateral da concessão deriva diretamente da responsabilidade contratual da Administração que, ao estabelecer modificação na avença, faz nascer ao contratado direito de recomposição do equilíbrio financeiro. Diferente é o fato do príncipe que são medidas de ordem geral, não diretamente relacionadas com o contrato, mas que nele repercutem provocando o desequilíbrio em detrimento da concessionária. Neste caso, há responsabilidade do Estado, mas não por conta direta do contrato.

A Lei nº 8.987/1995 expressamente previu a aplicação da teoria do fato do príncipe, no § 3º do art. 9º, ao estabelecer que a criação, a alteração ou a extinção de tributos (exceto os impostos sobre a renda) ou encargos legais, após a apresentação da proposta, implica a revisão da tarifa, para mais ou para menos, desde que comprovado o impacto.

O fato do príncipe corresponde às ocorrências de responsabilidade do Poder Público, não como parte, mas como ente responsável por regular a vida social como um todo, que repercutem, de forma reflexa e não direta, sobre o contrato.

Também a teoria da imprevisão pode acarretar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Sempre que fato externo, alheio à vontade das partes, imprevisto, imprevisível e inevitável, ocorrer e causar um desequilíbrio econômico-financeiro insuportável às partes, tornando a execução do ajuste excessivamente onerosa ao concessionário, lícito será efetuar a recomposição do equilíbrio.

390

Cumpra, ainda, esclarecer que a teoria do equilíbrio econômico-financeiro, a par de ter suas origens históricas como forma de garantir o concessionário contra o exercício do poder de império do Poder Concedente, pode, perfeitamente, acarretar a recomposição do ajuste de forma a diminuir a retribuição do concessionário.

O citado § 3º do art. 9º já determina que a alteração tributária ou de encargos legais pode implicar alteração tarifária para menos. Nesse contexto, cumpre enfatizar que o direito ao concessionário é de obter a remuneração proporcional ao serviço que irá prestar, mantidas as situações fática e jurídica presentes no momento da formulação da proposta. Alteradas uma ou outra, há de se verificar sua repercussão na concessão, podendo, inclusive, representar a necessidade de redução no valor da tarifa.

Evidente que o equilíbrio econômico-financeiro representa o mínimo de segurança e garantia aos concessionários de que podem realizar grandes investimentos para a prestação de serviços, que terão a retribuição originalmente proposta mantida durante a execução do contrato. Estará imune às alterações unilaterais do Poder Concedente, bem como aos fatores externos extraordinários que possam acarretar onerosidade excessiva ao concessionário. Devem, apenas, preocupar-se com o risco normal, comum a qualquer atividade comercial.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o equilíbrio econômico-financeiro desempenha importante papel de atração às empresas interessadas nos serviços concedidos. Papel este fundamental para o sucesso da concessão. Como lecionam Gilberto José Vaz e Renata Faria Silva Lima, "um contrato de concessão de serviço público, para se viabilizar, depende necessariamente de seu poder de atração como negócio empresarial."⁵⁵

CONCLUSÃO

O conceito e a amplitude da expressão serviço público acompanhou *pari passu* a evolução do Estado moderno, a partir do constitucionalismo pós-Revolução Francesa. Assim, no Estado Liberal do início do século XIX, caracterizado pela ação negativa do Poder Público, no sentido de interferir o mínimo possível na esfera particular dos cidadãos, a noção de serviço público era ainda incipiente.

Com o advento do Estado do Bem-Estar Social e a necessidade de ações positivas da Administração Pública, no intuito de assegurar aos cidadãos a plena fruição de seus direitos e o atendimento integral de suas necessidades essenciais, desenvolveu-se o conceito de serviço público.

Conceito este que apresenta diferentes acepções, de acordo com a relevância que se dê a seus elementos constitutivos. Do ponto de vista material, da atividade a ser desenvolvida, seria serviço público apenas aquilo que atendesse a necessidades essenciais para as pessoas em geral. Dentro de uma perspectiva subjetiva, relevante para a conceituação é o titular dos serviços a serem prestados, se for o Estado, então o serviço é público. Por fim, sob a ótica formal, o essencial para a definição seria o regime jurídico em que é prestado o serviço. Não obstante, as discussões acerca do tema perdem relevo, na medida em que coube ao legislador determinar que atividades são consideradas serviços públicos.

Definido pelo ordenamento o que seja serviço público, cabe ao Administrador, por opção política, decidir como será prestado o serviço, diretamente pela Administração ou indiretamente, hipótese em que a execução será transferida a terceiros, estranhos ao Poder Público, via contrato de concessão ou permissão, sempre precedido de licitação. Esta opção é expressamente admitida pelo Diploma Básico, nos termos do art. 175, *caput*.

Configura-se, portanto, a concessão de serviço público verdadeiro contrato, bilateral, oneroso, sinalagmático, aplicando-se, no que for cabível, as regras da teoria geral dos contratos. Todavia, diversas são as regras do Direito Comum que sucumbem diante da concessão, pois trata-se de típico contrato administrativo, com todas as peculiaridades desta modalidade de avença. A presença de cláusulas exorbitantes, inadmissíveis nos contratos de Direito Privado, é marcante nos contratos de concessão e justifica-se diante do objetivo a ser buscado no ajuste, que é a busca incessante da satisfação do interesse público diretamente relacionado com a prestação dos serviços concedidos.

Exatamente para assegurar que, durante a vigência da concessão, o interesse público seja sempre o mote principal buscado pela Administração, é pacífico o entendimento de que o Poder Concedente possui a prerrogativa de alterar unilateralmente os contratos de concessão, ainda que sem a anuência do concessionário. Concretizam-se, aqui, os dois princípios fundamentais que regem a Administração Pública: a supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade do interesse público.

Se a modificação da avença é imprescindível para que a finalidade pública da concessão seja atingida, não pode o administrador dispor do interesse público, deixando de agir. Impõe que exerça seu poder-dever de alterar o contrato. Nesta hipótese, não pode o concessionário opor resistência a esta mudança, argumentando que violaria eventual direito particular seu, pois este cede diante do interesse público.

Dessa forma, ainda que não haja comando legal expresso na Lei Geral de Concessões estabelecendo diretamente esta possibilidade, como, por exemplo, dispõe o

art. 65 da Lei nº 8.666/1993, a doutrina e a jurisprudência, tanto do Judiciário quanto da Corte Federal de Contas, são uníssonas no sentido de admitir a alteração unilateral dos contratos de concessão. Máxime porque tais avenças, em regra, caracterizam-se pelo longo prazo de duração e pelas constantes inovações tecnológicas envolvidas na prestação do serviço respectivo. Evidente que, diante destes fatores, a alteração unilateral se impõe.

Todavia, o exercício desta prerrogativa não pode ser ilimitado, irrestrito, sob pena de frustrar o objetivo visado pelo Estado ao optar pela concessão da prestação de serviços a terceiros. Pequeno será o incentivo para que empresas aportem grande volume de capital se não tiverem a garantia de que as relações contratuais terão um mínimo de estabilidade. A segurança jurídica, que permeia todo o ordenamento jurídico, também tem sua aplicação nos contratos de concessão e deve ser integrada com o princípio da mutabilidade que também granjeia as concessões de serviço público.

Nesse contexto, alguns limites ao poder-dever de alteração unilateral do contrato de concessão são colocados. Sob a ótica formal, o Superior Tribunal de Justiça vem consolidando o entendimento de que a modificação unilateral dos contratos não pode prescindir do devido processo legal, devendo ser assegurado ao concessionário o contraditório e a ampla defesa.

Do ponto de vista material, apenas as chamadas cláusulas regulamentares do contrato de concessão podem ser objeto de alteração unilateral. A parte econômica do ajuste, que configura a essência da natureza contratual da concessão, não pode ser alvo de mudança contratual do Poder Concedente, sem a anuência do contratado. Ademais, mesmo as alterações lícitas produzidas pela Administração devem corresponder ao direito correlato do concessionário de ver revista a equação econômico-financeira originalmente prevista na proposta.

392

Há de se buscar um ponto ótimo na execução da avença, buscando tutelar os diversos interesses em jogo de forma a assegurar que a finalidade última da concessão seja alcançada. De um lado, permite-se ao Poder Concedente que efetue as alterações necessárias durante a execução da avença. De outro, confere-se ao concessionário o direito de ver imutável o equilíbrio econômico-financeiro previsto inicialmente. Na lúcida lição de Marçal Justen Filho,

o exercício pelo Estado de suas competências dirigentes do serviço público não pode ignorar a finalidade a ser atingida: a prestação adequada do serviço público. A correção de equívocos e defeitos, eventualmente verificados no desempenho do concessionário, é dever do poder concedente - mas isso não significa produzir situação que torne ainda menos plausível a obtenção do serviço adequado. (JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de Serviços Públicos e as Multas por Inadimplemento do Concessionário. ILC nº 100, jun. 2002, p. 493).

Mais do que sujeitos antagônicos em uma relação jurídica contratual, concedente e concessionário devem atuar de forma cooperativa, como colaboradores comprometidos com a persecução de uma mesma finalidade: a prestação de serviços públicos adequados com o pagamento de uma justa remuneração.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Comentando as licitações públicas*. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2002.
- BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessões e permissões de serviço público*. Curitiba: Juruá, 1995.
- CAMMAROSANO, Márcio. Contratos da administração pública e natureza jurídica da permissão de serviço público. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997. v. 2. p. 488-504.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed., 2. tiragem. São Paulo: Atlas, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos: teoria, prática e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2001.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.
- _____. Concessão de serviço público e ampliação imprevista de encargos para o concessionário. *ILC: Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, v. 6, n. 70, p. 936-947, dez. 1999.
- _____. Concessões de serviços públicos e as multas por inadimplemento do concessionário. *ILC: Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, v. 9, n. 100, p. 492-509, jun. 2002.
- _____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Equilíbrio econômico-financeiro em contrato de concessão. *Boletim de Licitações e Contratos*: São Paulo, v. 15, n. 7, p. 415-428, jul. 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Controle judicial do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão de serviço público. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 1, n. 9, p. 1164-7, nov. 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. rev. e atual. até as Emendas n. 41 e 42. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MUKAI, Toshio. Concessão e permissão de serviço público. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 17, n. 10, p. 754-768, out. 2001.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ROCHA, Bolívar Moura (Org.). *A regulação da infra-estrutura no Brasil: balanço e propostas*. São Paulo: Thomson IOB, 2003.

394 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995-1998. v. 3.

SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos de concessão de serviços públicos: equilíbrio econômico-financeiro*. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2003.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 14. ed. rev. e atual. nos termos da reforma constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo: de acordo com as Leis 8.666-93 e 8.883-94*. São Paulo: Malheiros, 1994.

TÁCITO, Caio. Concessão de energia elétrica: tarifas: equilíbrio financeiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 203, p. 407-8, jan./mar. 1996.

ZYMLER, Benjamin. O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras. In: *O controle externo da regulação de serviços públicos, 2001*, Brasília. *O controle externo da regulação de serviços públicos*. Brasília: TCU, 2002. p. 17-36.

NOTAS

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 330

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 112.

³ Op. cit. p. 116.

- ⁴ MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 306.
- ⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 99.
- ⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 477.
- ⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito Administrativo*. 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 257.
- ⁸ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 267.
- ⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p.49.
- ¹⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 23. ed. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 9/10.
- ¹¹ DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro*. 18.ed. 3ºvol. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 24.
- ¹² GOMES, Orlando. *Contratos*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 12.
- ¹³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.22.
- ¹⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 36.
- ¹⁵ DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro*. 18.ed. 3ºvol. São Paulo: Saraiva, 2003, p.38-39.
- ¹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 14.
- ¹⁷ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*., São Paulo:Atlas, 2001, p. 221.
- ¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 445.
- ¹⁹ MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2000,pp. 199/200.
- ²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 240.
- ²¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 203.
- ²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 255.
- ²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 262/263.
- ²⁴ MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2000,p. 478.
- ²⁵ Idem, p. 480.
- ²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 652.
- ²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo:Dialética, 2003, p. 105.
- ²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na Administração Pública*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 75.
- ²⁹ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 298.
- ³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo:Dialética, 2003, p. 290.
- ³¹ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1991, pp ½.
- ³² JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo:Dialética, 2003, p. 299.
- ³³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 7.ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 529.
- ³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na Administração Pública*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 77-78.
- ³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na Administração Pública*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 80.
- ³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 677.
- ³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 7.ed. São Paulo: Dialética, 2000, . p. 441.
- ³⁸ MUKAI, Toshio. Concessão e Permissão de Serviço Público. *Boletim de Direito Administrativo* - Outubro/2001, p.760.
- ³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 7.ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 443.

- ⁴⁰ BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessões e Permissões de Serviços Públicos*. Curitiba: Juruá, 1997, p. 115.
- ⁴¹ MUKAI, Toshio. Concessão e Permissão de Serviço Público. *Boletim de Direito Administrativo* - Outubro/2001p. 759.
- ⁴² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 733.
- ⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 7.ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 169.
- ⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- ⁴⁵ MUKAI, Toshio. Concessão e Permissão de Serviço Público. *Boletim de Direito Administrativo* - Outubro/2001p p. 759.
- ⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 7.ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 443-444.
- ⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na Administração Pública*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 81.
- ⁴⁸ SANTOS, José Anacleto Abduch Santos. *Contratos de Concessão de Serviços Públicos. Equilíbrio Econômico Financeiro*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 130.
- ⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na Administração Pública*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 96.
- ⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- ⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 7.ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 387-388.
- ⁵² TÁCITO, Caio. Concessão de Energia Elétrica. Tarifas. Equilíbrio financeiro. *Revista de Direito Administrativo*. nº 203.,jan. a mar. 1996, p. 407-408.
- ⁵³ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Equilíbrio Econômico-Financeiro em Contrato de Concessão. *Boletim de Licitações e Contratos*, jul.,2002, p. 420.
- ⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na Administração Pública*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 97-98.
- ⁵⁵ VAZ, Gilberto José e Lima, Renata Faria Silva. Contrato de Concessão: Equilíbrio Econômico-Financeiro e Taxa Interna de Retorno. *ILC*, ano X, nº 118, dez. 2003, p. 1036.

LUCIANO DOS SANTOS DANNI

INTRODUÇÃO

A privatização de serviços públicos de infra-estrutura é parte do receituário geral de privatização, liberalização econômica e reforma do Estado previsto pelo Consenso de Washington. Segundo esse paradigma, a privatização justifica-se pelo esgotamento da capacidade fiscal dos Estados, e pelos ganhos de eficiência resultantes da gestão privada, mais profissional e menos sujeita a interferências políticas.

Segundo Birdsall e Nellis (2002), em todo o mundo são mais de 100 mil as firmas parcial ou totalmente privatizadas até os dias de hoje. A análise técnica dos efeitos dos processos de privatização sobre o bem-estar e crescimento econômico têm sido positiva, apesar da impopularidade do fenômeno. Como ressaltam os autores,

a evidência de corrupção na Rússia e Malásia, o desequilíbrio fiscal no Brasil, a escalada de preços na Argentina, e a perda de empregos em vários países, manchou sua reputação mesmo entre proponentes das reformas liberalizantes ao longo das duas últimas décadas. (BISARD e NELLIS, 2002)

Os autores apontam como a principal razão para tantas críticas a percepção de que a privatização foi injusta: resultou em aumentos de preços, e promoveu oportunidades para tornar mais ricos os ricos e mais pobres os pobres, e onde houve algum ganho de eficiência, ocorreu em função da simultaneidade deste processo com a desregulamentação ou outras medidas de incentivo à competição.

Para McKenzie e Mookherjee (2002), as diferenças na avaliação popular de processos de privatização e das conclusões apresentadas pela literatura podem decorrer de viés no processo de formação da percepção popular, bem como no uso de diferentes padrões de julgamento dos aplicados pelos economistas, mas consideram que a falta de informações adequadas é a principal causa dessas diferenças.

McKenzie e Mookherjee (2002), e Nellis (2003) apresentam um argumento psicológico para a impopularidade do fenômeno na América Latina. “Privatização”, assim como “globalização” e “ajustes estruturais” tornaram-se termos que automaticamente tendem a gerar reações negativas. E apresentam ainda um dado importante: as críticas mais intensas estão relacionadas à privatização de serviços públicos, e não de setores competitivos da economia.

Isso deve-se, segundo Nellis (2003), essencialmente a três fatores: à percepção de perda de soberania, na medida em que empresas estrangeiras adquirem “valiosos ativos nacionais” construídos ao longo de décadas; ao senso comum de que a privatização necessariamente conduz a aumentos de preços, e à suspeição generalizada de que muitos dos processos de privatização e concessão de serviços foram caracterizados por conluíus, fraudes e incompetência.

Anuatti-Neto et all (2003) citam dados da pesquisa Latinobarômetro, de 2001, demonstrando que, apesar de não ter apoio da opinião pública, a privatização é melhor

avaliada pelos brasileiros que pelos demais cidadãos latino-americanos: 53% dos entrevistados no Brasil acreditam que o processo não foi benéfico para o País, contra 63% na média dos demais países da região.

Vários trabalhos acadêmicos dedicaram-se a avaliar o resultado dos processos de privatização em todo o mundo, do ponto de vista de seus resultados fiscais – montantes arrecadados, eventuais reduções no endividamento público, reduções de despesa, entre outros aspectos – e dos ganhos de eficiência para diferentes setores. Mais recentemente, a literatura econômica passou a dar maior ênfase aos resultados distributivos dos processos de privatização nos setores de infra-estrutura e de prestação de serviços públicos, em especial nos países em desenvolvimento, onde o acesso a tais bens e serviços não é universal, e onde há maior incidência de pobreza e desigualdade social.

A literatura econômica já identificou que a desigualdade pode representar um obstáculo ao crescimento econômico, particularmente nas economias em desenvolvimento, em que as instituições e os mercados são fracos¹. Segundo Birdsall e Nellis (2002), existem evidências de que a desigualdade pode perpetuar-se ao afetar o ritmo natural de evolução das políticas econômicas, por possibilitar a manutenção de arranjos políticos improdutivos. Ademais, em alguma medida, a maioria das sociedades possui e impõe certos limites à sua tolerância com relação à desigualdade, independentemente de seus efeitos sobre o crescimento e a eficiência.

O objetivo deste trabalho é analisar se as reformas regulatórias e a privatização nos setores de telefonia e energia elétrica contribuíram para a redução das desigualdades e da pobreza no Brasil. O trabalho está organizado como se segue: a seção 2 trata da discussão sobre o sentido de implementar políticas sociais via serviços públicos de infra-estrutura; a seção 3 apresenta como os principais efeitos da privatização sobre a pobreza e desigualdade identificadas pela literatura; a seção 4 revê os resultados para o Brasil; as seções 5 e 6 analisam a evolução do acesso e preço dos serviços no Brasil; a seção 7 conclui.

400

POLÍTICAS SOCIAIS VIA SERVIÇOS PÚBLICOS?

Segundo Estache, Gomez-Lobo e Leipziger (2000), a pergunta básica a responder para iniciar a discussão sobre serviços públicos e bem-estar é se as ligações entre pobreza e infra-estrutura em geral devem ser vistas simplesmente como mais uma forma de manifestação da pobreza e, se como tal, devem ser mitigadas via políticas sociais (de bem-estar) de modo geral. Apesar da resposta ser afirmativa, os autores a propõem de outra maneira: dado que na grande maioria dos países em desenvolvimento que implementaram reformas regulatórias e privatização de serviços públicos não existe uma política efetiva de bem-estar, se uma análise séria da situação consegue demonstrar que estas reformas têm impactos sobre os pobres, seria o caso de implementar políticas de bem-estar relacionadas a esses setores ao menos no curto e médio prazos?

O que essas questões sugerem é que ligar programas sociais a mudanças na indústria de serviços públicos é tarefa complexa. A maior causa dessa complexidade é a dificuldade de avaliar os efeitos de mudanças nesses serviços de outras mudanças simultâneas nas políticas públicas. Outras questões, como balancear os benefícios entre os que têm e os que não têm acesso aos serviços são desafios nada simples aos formuladores de política. Finalmente, a discussão apresenta uma questão institucional: dado que os objetivos sociais tenham sido reconhecidos como importantes, e avaliadas as limitações das políticas públicas de promoção de bem-estar tenham sido delimitadas, será

que reguladores dos setores de prestação de serviços públicos devem ter objetivos sociais e de bem-estar como uma de suas obrigações?

Alguns críticos, como Vickers (1998, in Estache, Gomez-Lobo e Leipziger, 2000), argumentam que as vantagens de ter reguladores com tarefas de perseguir objetivos distributivos são superadas pelas desvantagens em termos de captura, incertezas e falta de *accountability*; reguladores de serviços talvez como os banqueiros centrais, deveriam ter objetivos mais focados em seus setores. Segundo este tipo de raciocínio, os impactos distributivos de reformas regulatórias e privatização, quando negativos, deveriam ser compensados por políticas públicas gerais de combate à pobreza.

A literatura política econômica reconhece o sistema fiscal baseado em transferências do tipo *lump sum* como o mais eficiente. Na prática, há de se considerar que existem limitações relativas não só a criar ou aumentar impostos sem distorcer as decisões de alocação de recursos, como também para identificar os pobres e fazer chegar a eles os recursos, de modo a concretizar potenciais ganhos de bem-estar. Na maioria dos países em desenvolvimento, os sistemas tributários são bastante ineficientes, e a restrição fiscal é tal que muitos países já possuem elevados níveis de taxaço, o que dificulta ou mesmo impossibilita obter recursos a um custo suficientemente baixo para financiar um sistema de seguridade social.

Finalmente, há de se observar que a implementação de subsídios ou de outros esquemas redistributivos tem limites. Collard et al (1980, in Andrade, 1998) ressaltam que os limites de um processo redistributivo são mais ou menos rígidos conforme as características sociais, políticas e específicas do país, e parecem ser mais estritos nos países em desenvolvimento, dada a maior extensão da pobreza relativa e absoluta nestes. Um desses limites é a perda de produção que uma política redistributiva pode acarretar ao transferir renda dos mais produtivos e empreendedores para os demais. Segundo Van de Walle (1995), geralmente a progressividade dos benefícios do gasto público pode ser limitada devido a fatores institucionais, macroeconômicos ou de economia política, que são muitas vezes ignorados em avaliações de programas de governo.

401

IMPACTOS DA PRIVATIZAÇÃO E REFORMAS REGULATÓRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS – REVISÃO DA LITERATURA SOBRE O CASO BRASILEIRO

Reformas regulatórias e processos de privatização não devem vir necessariamente juntos, mas tal simultaneidade ocorreu em diversos casos. Em especial na América Latina, essas reformas foram um pressuposto para viabilizar o processo de privatização. A grande onda de reformas e privatizações de serviços públicos ocorrida nos anos 80 e 90, em especial na América Latina, teve uma série de motivações, entre elas a possibilidade de utilizar o capital privado para assegurar a ampliação da cobertura destes serviços, em um cenário marcado pelo esgotamento da capacidade fiscal dos Estados Nacionais. Após tais eventos, é comum haver movimentos de realinhamento de preços e novos investimentos, produzindo uma série de efeitos macro e microeconômicos, tais como alterações em: crescimento econômico, retornos sobre o capital físico e sobre o trabalho, finanças públicas, acesso aos serviços, desenvolvimento do mercado de capitais, preços e poder de compra. Danni (2004) apresenta uma revisão da literatura sobre o assunto.

A maioria dos trabalhos de avaliação da privatização no Brasil tem como foco o desempenho das empresas, e até o ano 2000 eram realizados por técnicos do BNDES, braço executivo da maioria dos processos de venda das empresas brasileiras. Em alguns

desse trabalhos, é possível avaliar o impacto dos ganhos de produtividade sobre as relações de trabalho nos setores privatizados, bem como avaliar qualitativamente outros efeitos da privatização no País.

Pinheiro e Giambiagi (1997) apresentam os principais argumentos técnicos para justificar a importância de implementar um processo amplo de privatização. A avaliação da situação das empresas no período pré-privatização demonstra a baixa rentabilidade e capacidade de geração de dividendos ao Tesouro: ao longo do período 1981-94, as empresas estatais apresentaram retornos médios negativos sobre o patrimônio líquido de 2,5%; entre 1988 e 1994, período em que havia dados disponíveis, a distribuição de dividendos representou apenas 0,4% do capital próprio (*equity*) das estatais federais.

Comparando o baixo retorno destas empresas em relação ao custo da dívida pública, seria mais racional do ponto de vista do bem-estar global da sociedade brasileira empreender uma reciclagem de ativos: transferir o controle acionário das estatais para a iniciativa privada e utilizar os resultados da privatização para abater o principal da dívida.

Entre as causas do baixo desempenho das empresas estatais, Macedo (2000) aponta o fato destas pagarem salários significativamente mais elevados do que a iniciativa privada. Ao comparar salários entre as estatais e empresas privadas de tamanhos semelhantes, controlando para as diferenças em educação, idade, sexo, e experiência, o autor encontra diferenças significativas, que chegavam a ser 80% maiores nas estatais, em alguns casos.

EFEITOS FISCAIS

402

Apesar de ter sido amplamente anunciado que a privatização seria um dos meios para obter-se o ajuste fiscal duradouro, na prática seus efeitos em termos de redução de dívidas e alívio para descomprimir gastos sociais não foram observados. Macedo (2000), argumenta que a privatização gerou “custos macroeconômicos”, na medida em que as receitas dela advindas – ao orçamento governamental e ao balanço de pagamentos via investimentos diretos estrangeiros – permitiram o adiamento de um ajuste fiscal genuíno e a necessária desvalorização do Real. Tanto que a dívida líquida expressa como percentual do PIB, após cair entre 1990 e 1994, voltou a crescer vigorosamente com a estabilização da economia.

O autor argumenta que a “defesa” do Real, cujo principal instrumento foi a manutenção de patamares elevados de juros, agravou seriamente os déficits fiscais, o processo de aumento da dívida e o desequilíbrio externo do País. Além disso, o processo de aprovação da emenda constitucional para permitir a reeleição do então Presidente Cardoso demandou um forte esquema de barganhas políticas e orçamentárias para sua aprovação, contribuindo decisivamente para o agravamento do cenário macroeconômico em 1997.

Devido às leis corporativas aprovadas em meados dos anos 90, como preparação para o processo de privatização, foi possível transformar o ágio pago em operações de fusão e aquisição de empresas em crédito tributário. Assim, parte do valor total arrecadado com a venda das empresas não foi nada mais do que antecipação de impostos.

O crescimento da dívida pública entre 1997 e 1998, aproximadamente US\$ 65 bilhões em valores da época, representa praticamente $\frac{3}{4}$ do total do resultado da privatização no Brasil, segundo Macedo (2000). Considerando o crescimento da dívida de um patamar

de 30% do PIB em 1994 para quase 50% em 1999, o autor conclui que a contribuição do programa como um todo para o ajuste das finanças públicas foi perdida, uma vez que o quadro foi seriamente agravado pelos déficits crescentes e pelo aumento da dívida.

O autor apresenta o contra-argumento de que sem a privatização, a crise poderia ter sido pior, para refutá-lo em seguida: o processo representou, de alguma maneira, um alívio na severa restrição fiscal verificada, permitindo ao governo expandir seus gastos, inclusive com juros da dívida. O comportamento apresentado foi aderente ao conceito de Kornai, de leves restrições orçamentárias, típico de governos centralizados cujos orçamentos são apenas vagamente monitorados ou controlados pelo Congresso Nacional e pela sociedade. Sem a privatização, a restrição fiscal imposta pelos mercados financeiros teria sido alcançada antes, uma vez que os recursos da privatização não existiriam para permitir arcar com os juros, mas isso não significa que a crise seria mais grave. A redução na participação das empresas estatais no endividamento líquido do País abriu espaço para o aumento do endividamento das diversas esferas de governo. Sem a privatização², a DLSP teria atingido 66,5% do PIB, o que seria insustentável dadas as condições dos mercados financeiros. Assim, os ajustes necessários foram apenas adiados, consumindo os recursos gerados com a privatização.

CRESCIMENTO

O auge da privatização no Brasil foi marcado por um período de graves crises financeiras globais, em um período de vulnerabilidade e desequilíbrio da economia brasileira, principalmente externo, mas também fiscal. O arrocho fiscal subsequente às crises e ataques especulativos contribuíram para agravar mais ainda a situação de baixo crescimento econômico.

Provavelmente, o evento mais importante diretamente associado ao processo de privatização, com sérios efeitos sobre o crescimento do País, foi o racionamento de energia elétrica, justamente quando a economia parecia se recuperar de uma seqüência de crises. Diversos problemas associados à reforma do setor elétrico, em grande parte de ordem institucional, resultaram em um descompasso entre novos investimentos (especialmente em geração e transmissão de energia) e o aumento do consumo, dando origem a uma crise de abastecimento. A solução foi implantar um esquema de racionamento, com metas de redução de consumo que vigoraram por nove meses na maioria do País.

Entre as análises dos impactos do racionamento de energia elétrica sobre o crescimento econômico, ressalta-se o trabalho realizado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/EASP, 2001)³. No estudo são feitas simulações supondo um racionamento global de 20%, durante seis meses, sobre o fornecimento de energia nas regiões Sudeste, Centro-Oeste e Nordeste do Brasil, chegando às seguintes estimativas:

- uma diminuição da taxa de crescimento do PIB de 1,5 pontos percentuais em relação às expectativas anteriores de crescimento;
- em termos monetários, esse impacto equivale a R\$15 bilhões em bens e serviços que deixaram de ser produzidos no País em 2001;
- esta redução na produção teria implicado o encerramento, ou a não-abertura, de cerca de 850 mil postos de trabalho;
- uma redução de 1,5% na produtividade da economia brasileira;

- uma redução de US\$1,6 bilhão na balança comercial do País.

RETORNOS SOBRE CAPITAL FÍSICO

Anuatti-Neto et all (2003) analisam o desempenho econômico-financeiro das empresas privatizadas antes e depois da transferência do seu controle, comparando também indicadores das empresas privadas⁴ utilizadas como grupo de controle. Os autores ressaltam a importância desta comparação com o setor privado, em função dos altos e baixos da economia brasileira ao longo dos anos 90. A conclusão é que a privatização trouxe ganhos de eficiência, especialmente a eficiência operacional, aumentou o nível de investimentos, e melhorou o desempenho econômico-financeiro das empresas envolvidas no processo. Importantes fontes de ganhos para as empresas foram a redução do emprego direto e aumentos de preços.

Motta (2003) realiza uma análise de custo-benefício social utilizando cenário contra-factual – como proposto por Jones e Vogelsang (1990) – para avaliar os resultados da reestruturação do setor elétrico. O estudo conclui que ao longo do período 1993-2007 o processo terá resultado em ganhos de eficiência da ordem de 2,6% do PIB de 1994. A causa mais importante dos ganhos de eficiência é a redução nos custos controláveis⁵ pelas empresas de distribuição da ordem de 10% ao ano ao longo do período 1995-2000. A redução de custos deveu-se principalmente ao aumento da produtividade do trabalho.

Utilizando pesos sociais iguais, a autora conclui que as empresas receberam a grande fatia do ganho líquido propiciado pela privatização: para todos os cenários utilizados, o ganho das empresas é de pelo menos metade do benefício líquido. Em segundo lugar, viriam os consumidores, sendo os menores ganhos apropriados pelo Governo. No entanto, uma das premissas básicas para o comportamento do regulador econômico nas revisões tarifárias, fundamental para determinar o ganho dos consumidores entre o período 2001-2007, não se verificou: contrariamente à premissa de reduções reais nos preços da ordem de 0,54% ao ano, o que tem sido verificado nas revisões tarifárias periódicas realizadas entre 2001 e 2004 são aumentos superiores aos índices de inflação ao consumidor (como IPCA, IPC). Isso significa que os ganhos relativos das empresas ao longo do período devem ser ainda maiores que os estimados pela autora.

RETORNOS SOBRE O TRABALHO

Anuatti-Neto et all (2003) concluem que nos setores de eletricidade e distribuição de gás a privatização reduziu o nível de emprego. No setor de telecomunicações esta conclusão não é clara, em função de diversos fatores, entre eles a rápida expansão experimentada pela telefonia. Motta (2003) conclui que a redução de custos verificadas no segmento de distribuição de energia elétrica decorreu principalmente do aumento da produtividade do trabalho, da ordem de 196% no período. O total de empregados nessas empresas praticamente reduziu-se pela metade, com óbvias implicações do ponto de vista distributivo. Segundo matéria publicada na Gazeta Mercantil de 28 de julho de 2004, o volume de funcionários no setor de telefonia caiu de 81 mil em 1998 (ano da privatização) para 54 mil em 2004: enquanto as concessionárias de telefonia fixa demitiram 2/3 de

seus quadros nos últimos anos, as operadoras de serviço móvel aqueceram o mercado de trabalho.

As perdas de postos de trabalho nos serviços de infra-estrutura que foram privatizados contrastam com a manutenção do nível de emprego nos setores de água e saneamento, ainda sob controle estatal. No entanto, além destes setores terem mantido seu lento ritmo histórico de crescimento, de acordo com o Diagnóstico 2002 do SNIS⁶ (Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento), do total de 25 empresas estaduais de saneamento, 22 estão no vermelho.

DESENVOLVIMENTO DO MERCADO DE CAPITALIS

Anuatti-Neto et all (2004) afirmam que, em função das reestruturações prévias ao processo de privatização das empresas no Brasil, e dado o objetivo de maximização de receita de venda, havia o temor de que algumas cláusulas da lei que protegiam os investidores minoritários (como o *tag along* e direitos dos minoritários oprimidos⁷) emperrassem o processo de privatização. Assim, o governo promoveu reformas nas leis, excluindo esses direitos. Em muitos casos, segundo observam os autores, investidores minoritários foram prejudicados por comportamentos oportunistas dos controladores.

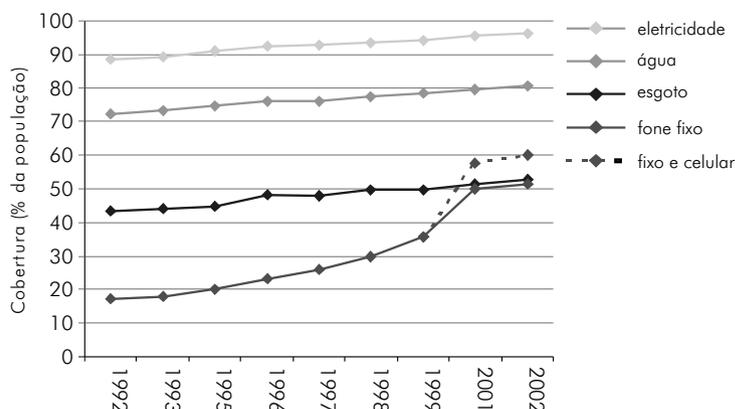
Como tais reformas não foram revistas, é provável que o efeito negativo da privatização sobre os mercados de capitais ainda durem por um bom tempo no Brasil. Esta é uma constatação grave, uma vez que um dos efeitos benignos alegados pelos seus proponentes era justamente de fortalecer os mercados de capitais, em função dos efeitos positivos que isto traria para a economia brasileira.

Com relação à democratização da propriedade do capital, Macedo (2000) conclui que este foi um objetivo relegado a segundo plano, apesar de alguns pequenos avanços. Quando algum mecanismo para viabilizar a democratização do capital foi implementado, ocorreu em benefício de trabalhadores de classe média ou alta. Os fundos de pensão e os trabalhadores por eles assistidos foram fortemente beneficiados com a privatização: dada a existência de passivos atuariais a descoberto, esses valores foram descontados do preço de venda das empresas, equilibrando estes fundos. Apenas recentemente trabalhadores em geral puderam utilizar créditos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) em ofertas de ações da Petrobrás e da Vale do Rio Doce.

EVOLUÇÃO DOS PREÇOS E DA COBERTURA DOS SERVIÇOS DE TELEFONIA E ENERGIA ELÉTRICA NO BRASIL, PERÍODO 1992-2002

Como visto nas seções anteriores, a participação privada no provimento dos serviços públicos pode resultar em uma série de impactos sobre a qualidade, o preço e a expansão dos serviços. Por meio das Pesquisas Nacionais por Amostra de Domicílios (PNADs), produzidas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), é possível observar claramente que ocorreu um grande aumento na cobertura dos serviços nos anos que se seguiram à privatização do setor de telefonia (1998), enquanto os demais mantiveram um ritmo constante de expansão. Enquanto os serviços de água e esgoto continuam sendo prestados essencialmente por empresas públicas, no setor de energia elétrica, como no de telefonia, foram implementadas reformas regulatórias.

Gráfico 1 Cobertura de serviços de infra-estrutura no Brasil, em % da população com acesso a serviços



Fonte: IBGE, PNADs 1992 a 2002 em microdados.

A partir da discussão sobre os efeitos de reformas regulatórias e privatização dos serviços públicos, este trabalho propõe-se a avaliar os resultados para os setores de telefonia e de energia elétrica no Brasil. Ao realizar esta tarefa, é preciso considerar várias diferenças importantes:

- grau de cobertura dos serviços é muito díspar: segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD 2002), 3,7% da população brasileira não dispõem de energia elétrica, enquanto 39,6% não possuem telefone em seus domicílios.
- Do ponto de vista econômico a energia elétrica é um serviço essencial, enquanto a telefonia não necessariamente: segundo os padrões de gastos revelados pela Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF) de 2002/2003, as despesas com energia elétrica representam uma parcela decrescente das despesas totais quanto maior a renda das famílias⁸, comportamento não verificado nas despesas com telefonia.
- Tanto a velocidade como a relevância das mudanças tecnológicas nos dois setores é muito distinta. A introdução da tecnologia de telefonia móvel criou uma alternativa de acesso que compete com as redes de telefonia fixa, e há novas tecnologias de comunicação que prometem outras mudanças, enquanto que as tecnologias de geração por fontes alternativas, principal substituto para levar energia a localidades remotas, ainda apresentam custos elevados.

No entanto, há vários pontos em comum, a partir dos quais é possível tirar conclusões para o futuro destes setores e, principalmente, para outros setores de infra-estrutura e serviços públicos, em que novos arranjos institucionais e regulatórios estão

sendo implementados, como é o caso do abastecimento de água. A semelhança mais importante é de ordem institucional, uma vez que esses serviços são considerados públicos pelas leis brasileiras, e, segundo Grotti (2000), devem obedecer a requisitos de continuidade, igualdade, universalidade, mutabilidade e eficiência.

No entanto, o que ainda se verifica no Brasil é um quadro de concentração espacial dos serviços de infra-estrutura no Brasil, que pode ser explicada pela diversidade socioeconômica, acentuada desigualdade sócio-territorial do País e por uma história de investimentos públicos que priorizou certas regiões, em especial a zona urbana, em que os retornos econômico-financeiros são maiores em função de ganhos de escala e maior concentração populacional.

A partir desses determinantes, a análise dos efeitos das reformas regulatórias e da privatização sobre o acesso aos serviços públicos aqui apresentada busca avaliar se estas reformas estão contribuindo para alterar a herança de desigualdade social no País, bem como para a redução da pobreza.

A falta de acesso aos serviços de energia e telefonia nos domicílios é relativamente mais grave na zona rural: aproximadamente 80% da população rural possui acesso à energia elétrica, e 18% possui acesso a telefones particulares, enquanto no meio urbano a cobertura atinge 99% e 68% da população, respectivamente para eletricidade e telefones, segundo dados da PNAD 2002. Como aproximadamente 84% da população brasileira vive nas cidades, e dadas as taxas de cobertura de telefonia no meio urbano e rural, em termos absolutos, ainda há maior número de pessoas sem acesso a telefone no próprio domicílio no meio urbano. Já em relação aos serviços de energia elétrica, que são praticamente universais no meio urbano, o total de pessoas em domicílios sem eletricidade na zona rural é superior ao da zona urbana.

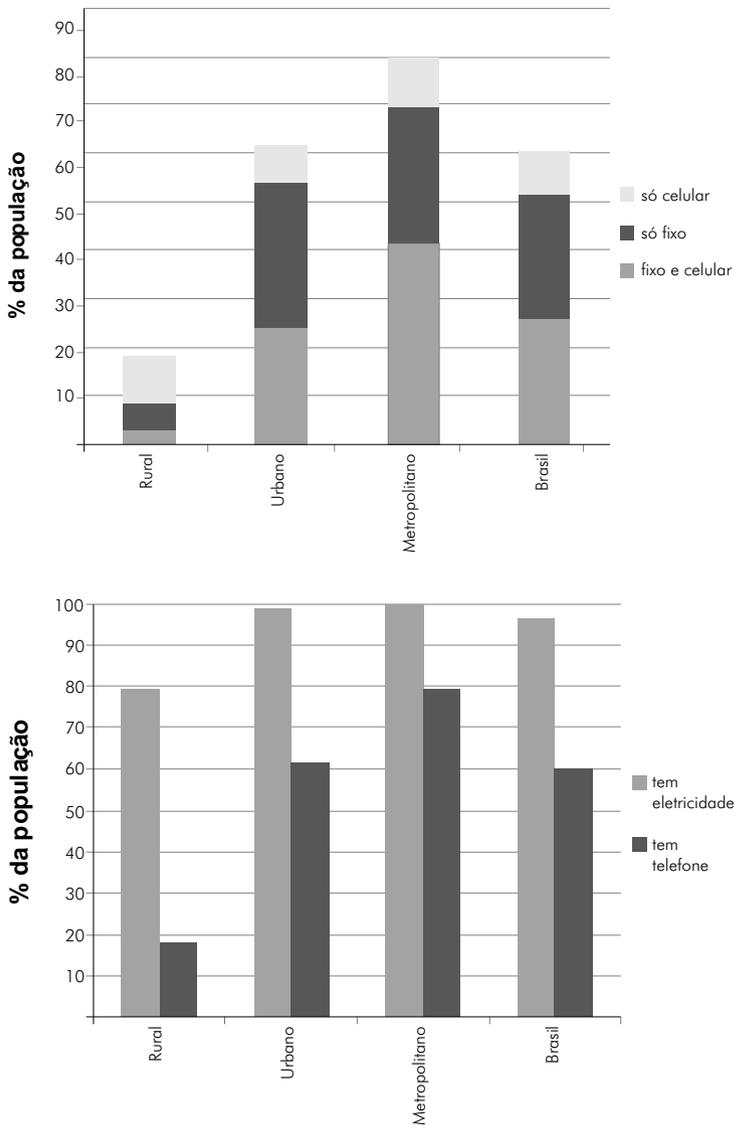
Tabela 1 Taxa de acesso a telefones e energia elétrica, em % da população

situação	possui energ. elétrica	possui telefone	possui telefone		
			só fixo	só celular	fixo e celular
Rural	79,5	18,3	5,6	9,8	2,9
Urbano não metropolitano	99,1	61,6	30,3	7,6	23,7
Urbano metropolitano	99,9	79,8	28,3	10,0	41,5
Brasil	96,3	60,3	25,8	8,7	25,9

Fonte: PNAD 2002 em microdados.

A infra-estrutura de energia elétrica e de telefonia fixa é do tipo rede. Nos grandes centros urbanos é de se esperar que os retornos sejam maiores em função da concentração espacial de usuários e de ganhos de escala, por isso, é natural que a oferta dos serviços seja maior nas grandes cidades. Enquanto os serviços de energia elétrica já se encontram praticamente universalizados no meio urbano, na telefonia ainda há uma parcela significativa do mercado por atender.

Gráfico 2 Cobertura dos serviços de telefonia e energia elétrica para os meios urbano e rural do Brasil



Fonte: IBGE, PNAD 2002 em microdados.

A configuração de indústria de rede ajuda a explicar a diferença entre a maior taxa de acesso a telefones nas regiões metropolitanas (grandes cidades) em comparação com as demais cidades do Brasil. Ao analisar o padrão de distribuição no acesso aos serviços, percebe-se uma escala crescente de cobertura por zona: rural, urbano não metropolitano, urbano metropolitano. Ao analisar a maneira como se dá o acesso aos serviços de telefonia, é possível perceber a maior importância relativa do telefone celular no meio rural como único meio de acesso aos serviços.

Segundo Barros, Henriques e Mendonça (2001), o Brasil não pode ser considerado um País pobre: cerca de 64% dos países, que abrigam 77% da população mundial, têm renda per capita inferior à brasileira. No entanto, o grau de pobreza no Brasil é

significativamente superior à média dos países com renda per capita similar à brasileira, o que sugere a relevância da má distribuição de recursos para explicar a pobreza nacional: enquanto no Brasil os pobres representam aproximadamente 34% da população, nesses países essa parcela corresponde a menos de 10%. Ou seja, apesar de a população brasileira não estar entre as mais pobres do mundo, o Brasil é um País com muitos pobres.

Nosso extremo grau de desigualdade distributiva representa o principal determinante da pobreza no País. O coeficiente de Gini do País, de 0,6, coloca-o entre os quatro mais desiguais do mundo. Para os países em que há dados sobre a distribuição de renda, o Brasil é o País que apresenta a distribuição mais desigual, com a renda média dos 10% mais ricos, representando vinte e oito vezes o valor da renda dos 40% mais pobres. É também o único País dentre os que há dados disponíveis em que a renda dos 20% mais ricos é superior a trinta vezes a renda dos 20% mais pobres.

Como demonstra a Tabela 2, o acesso a telefones particulares e à energia elétrica é crescente com a renda domiciliar per capita. Por meio desses dados é possível perceber a correlação positiva entre renda per capita e cobertura, ressaltando que a diferença entre a cobertura dos serviços não é significativa para a população mais rica. Para estes, o acesso a ambos serviços é praticamente universal. Já para os mais pobres, os contrastes aumentam e são maiores para telefonia. O acesso à energia elétrica é praticamente universal entre a população com renda per capita mensal superior a duzentos reais.

Tabela 2 – Cobertura dos serviços de energia elétrica e telefones por faixa de renda, em % da população de cada faixa de renda

	possui (em %)		possui telefone (em %)		
	eletricidade	telefone	só fixo	só celular	fixo e celular
0 a 50 R\$/mês	86,4	17,2	9,3	5,2	2,7
50 a 100 R\$/mês	93,7	32,8	18,6	8,5	5,6
100 a 150 R\$/mês	97,0	52,1	29,0	10,9	12,2
150 a 200 R\$/mês	98,1	62,7	34,1	10,9	17,7
200 a 300 R\$/mês	99,1	77,5	37,8	11,6	28,1
300 a 400 R\$/mês	99,6	87,0	38,1	9,8	39,0
400 a 500 R\$/mês	99,8	91,9	33,5	8,3	50,0
500 a 750 R\$/mês	99,9	94,6	27,5	6,8	60,3
750 a 1000 R\$/mês	99,9	97,7	20,4	5,6	71,7
mais de 1000 R\$/mês	99,9	98,5	12,3	3,4	82,7
Brasil	96,2	60,2	25,9	8,7	25,6

Fonte: IBGE, PNAD 2002 em microdados.

ANÁLISE DA EXPANSÃO DA COBERTURA DOS SERVIÇOS

Os anos de 1997 e 1998 são um marco em termos de reestruturação e privatização dos setores de energia elétrica e de telefonia. Em 1997 a Lei Geral de Telecomunicações (LGT, Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997) regulamentou as reformas no setor, acabando com o monopólio estatal nas telecomunicações. Entre outros aspectos importantes para o escopo deste trabalho, resalta-se também a criação da Aneel e da Anatel, e a introdução do conceito legal de universalização no setor de telefonia pela LGT. A venda do sistema Telebrás concretizou-se efetivamente em meados de 1998, mas já no fim de 1997 estava operacionalizada a cisão das empresas do Sistema Telebrás, que operavam sob a nova regulação econômica estabelecida pela LGT e pelos novos contratos de concessão.

Para fins de análise propõe-se a divisão temporal em dois períodos de cinco anos: 1992-1997 e 1998-2002. O primeiro caracterizado pela existência de monopólios estatais regulados pelo custo de serviço, e o segundo pelo controle privado ou misto, e regulação por preços máximos e incentivo à competição. Dois tipos de exercício serão desenvolvidos ao avaliar-se a evolução dos serviços ao longo do período 1992-2002: avaliar a evolução dos serviços por regiões e por grupos de renda. Com isto, busca-se avaliar se, e em que medida, as reformas regulatórias e a privatização dos setores de telefonia e energia elétrica contribuíram para a ampliação do acesso, e quais foram seus efeitos sobre a desigualdade social e regional.

A análise de padrões de incidência (*standard incidence analysis*), diagnóstico sobre a atual distribuição do acesso, é importante para entender qual é a situação dos diferentes setores. No entanto, Estache, Foster e Wodon (2002) ressaltam que mais importante é a análise de incidência marginal, que consiste em investigar quem são os beneficiados pelo crescimento na cobertura dos serviços públicos, porque as políticas públicas tendem a apresentar impactos na margem.

Tanto a evolução dos preços como da cobertura dos serviços resultam de múltiplas decisões de políticas públicas e de variáveis conjunturais. McKenzie e Mookherje (2003) consideram que as limitações dos dados disponíveis em termos de representar de maneira precisa os impactos distributivos da privatização são o principal desafio a ser superado. Idealmente a análise de incidência marginal deve ser conduzida, tendo-se como base de comparação um cenário contra-factual.

Estes cenários devem refletir os efeitos da urbanização, do crescimento econômico e da política de investimentos nos setores em análise, caso fossem mantidos sob controle estatal. Idealmente, devem ser de simples construção. No entanto, descrever possíveis comportamentos alternativos da evolução de preços e cobertura dos serviços é tarefa caracterizada pelo seu alto grau de subjetividade⁹.

Cenários contra-factuais são intrinsecamente difíceis de construir, em especial considerando as mudanças macroeconômicas, choques globais, desregulamentação de mercados e liberalização comercial que atingiram a maioria absoluta dos países que empreenderam as reformas em questão, afetando os preços relativos entre os serviços em análise e os demais bens e serviços na economia. Mudanças tecnológicas podem também afetar o ritmo de crescimento no acesso, o que pode ser extremamente relevante no caso de telecomunicações, com o advento do celular.

Assim, na maioria dos casos, estes fatos e outros problemas associados à natureza dos dados disponíveis podem inviabilizar a construção de cenários contra-factuais, e a análise é feita a partir de dados brutos de acesso e preços. A despeito das considerações apresentadas anteriormente, McKenzie e Mookherje (2003) afirmam que, mesmo em tais situações, não há outra alternativa melhor para medir os impactos distributivos das reformas regulatórias e privatização. Neste trabalho, as limitações de dados disponíveis inviabilizaram a construção de cenários contra-factuais.

EVOLUÇÃO POR FAIXA DE RENDA

Como apresentado no Gráfico 1, enquanto para telefonia fixa verificou-se um forte crescimento na taxa de ampliação da cobertura dos serviços para o período pós-privatização, os serviços de energia elétrica mantiveram o mesmo ritmo de expansão.

A partir destas constatações, é possível inferir a respeito dos benefícios das reformas e privatização para os consumidores residenciais como um todo.

Dado que a cobertura dos serviços aumenta com a renda, e considerando que, para parte da população, os serviços já são praticamente universais, como visto por meio da Tabela 2, é de se esperar que a distribuição destes ganhos não seja uniforme para todas as faixas de renda. Assim, para determinar os efeitos distributivos das reformas e privatização sobre o acesso aos serviços, é preciso avaliar os benefícios marginais relativos à expansão dos serviços para cada grupo de renda (variação da cobertura do serviço, na Tabela 3. É importante ressaltar que o crescimento no acesso aqui observado é fruto dos dois componentes discutidos anteriormente: ampliação da rede de distribuição e crescente urbanização do País. Os dados permitem observar a natural desaceleração da ampliação do acesso à medida que se aproxima da universalização dos serviços, para cada uma das categorias de renda.

A evolução nos dois setores não é diretamente comparável. Basta ver que em 1992 a cobertura dos serviços de energia elétrica para os 10% mais pobres atingia uma parcela maior dessa faixa de renda do que a cobertura de telefones fixos para os 20% mais ricos. Assim, é preciso considerar as dificuldades crescentes de ampliação do acesso à medida que se caminha em direção à universalização dos serviços. Elevadas taxas de crescimento da base de cobertura (denominadas variações relativas nas tabelas) são esperadas quando se parte de situações de virtual exclusão completa, como é o caso da cobertura de telefonia para as faixas inferiores de renda em 1992.10

Tabela 3 – Cobertura dos serviços de energia elétrica e telefonia fixa, em % da população por décimos da renda, variação absoluta da cobertura e taxa de crescimento da cobertura tendo como base os anos iniciais de cada período entre 1992 e 2002.

décimos de renda	% com eletricidade por décimos			variação da cobertura		variação relativa	
	1992	1997	2002	92 - 97	97 - 02	92 - 97	97 - 02
10% + pobres	57,7	69,0	85,4	11,4	16,3	20%	24%
10-20%	74,4	83,4	91,1	9,0	7,7	12%	9%
20-30%	83,0	89,8	94,7	6,8	4,9	8%	5%
30-40%	89,7	94,3	96,7	4,6	2,4	5%	3%
40-50%	91,5	95,3	97,5	3,8	2,2	4%	2%
50-60%	94,8	97,6	98,3	2,8	0,7	3%	1%
60-70%	95,8	98,7	99,2	3,0	0,5	3%	0%
70-80%	98,0	99,5	99,5	1,4	0,1	1%	0%
80-90%	99,2	99,8	99,9	0,6	0,1	1%	0%
10% + ricos	99,7	99,9	99,9	0,2	0,0	0%	0%

décimos de renda	% com telefone por décimos				variação da cobertura			variação relativa		
	1992	1997	2002	2002 c/ cel.	92 - 97	97 - 02	celular 2002	92 - 97	97 - 02	celular 2002
10% + pobres	1,1	2,2	11,0	15,6	1,1	8,8	4,7	93%	399%	42%
10-20%	1,4	2,9	16,8	23,7	1,5	13,9	6,9	111%	480%	41%
30-40%	4,5	7,9	37,0	47,9	3,4	29,1	10,9	76%	368%	29%
40-50%	6,2	12,1	47,5	59,0	5,8	35,4	11,5	94%	293%	24%
50-60%	9,8	19,4	53,8	64,2	9,5	34,4	10,5	97%	178%	19%
60-70%	14,5	28,3	66,0	78,0	13,8	37,7	12,0	95%	133%	18%
70-80%	24,4	40,6	76,2	86,3	16,2	35,6	10,0	66%	88%	13%
80-90%	40,3	60,5	85,5	93,1	20,2	25,0	7,5	50%	41%	9%
10% + ricos	69,3	83,5	93,8	98,0	14,2	10,3	4,2	20%	12%	5%

Fonte: IBGE, PNADs em microdados.

Considerando a natural desaceleração no crescimento decorrente da maior proximidade da universalização no setor elétrico, observa-se que os benefícios marginais de expansão dos serviços de energia elétrica foram significativamente maiores para a

população mais pobre. Estes benefícios reduziram-se no período pós-privatização em relação ao período anterior para todas as faixas de renda, exceto para os 10% mais pobres. Para este grupo, a privatização trouxe ganhos nos benefícios marginais de expansão.

Já os benefícios marginais da expansão dos serviços de telefonia fixa foram maiores para o grupo definido entre os 30% e os 90% da renda. Entre os 10% mais pobres da população, verifica-se que os benefícios marginais de expansão dos serviços de eletricidade são mais elevados que os de telefonia, mesmo dada a maior cobertura daqueles. Este comportamento provavelmente está associado ao fato de que, enquanto para energia elétrica a barreira de acesso está essencialmente associada à falta de oferta, no caso de telefonia a ausência de demanda decorrente da falta de capacidade de pagamento e do fato desses serviços serem menos essenciais para a subsistência seja a barreira mais relevante à expansão do acesso.

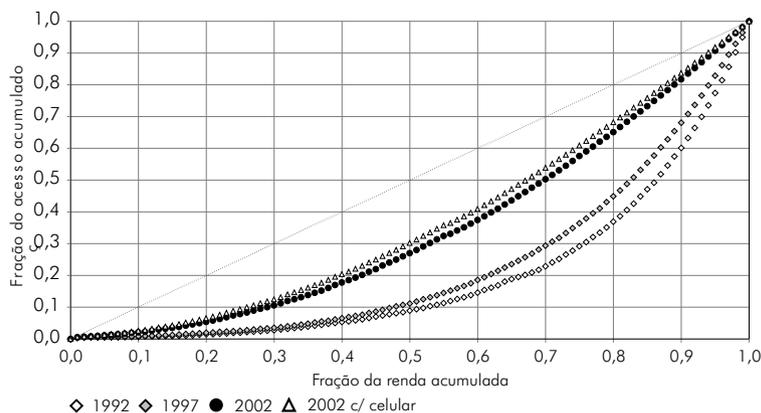
Os dados permitem também verificar a contribuição da tecnologia de telefones móveis na ampliação do acesso, ao considerar a cobertura conjunta da telefonia fixa e móvel para o ano de 2002. Os valores apresentados demonstram que o celular traz benefícios marginais maiores para o grupo definido entre os 30% e os 80% da renda, não obstante a contribuição ser significativa para todas as faixas de renda.

Uma forma direta de visualizar os ganhos de equidade resultantes da ampliação da cobertura dos serviços públicos é por meio das Curvas de Lorenz, que são construídas plotando-se a parcela de cobertura total acumulada dos serviços em função da renda per capita domiciliar total acumulada. Uma distribuição perfeitamente equitativa resultaria na linha reta que forma ângulo de 45° com os eixos cartesianos. Para construir esses gráficos, a população foi dividida em centésimos da renda total.

412

O fato de as curvas de distribuição do acesso aos serviços de energia elétrica e de telefonia fixa no Brasil aproximarem-se da distribuição equitativa, à medida que se consideram os anos mais próximos a 2002, demonstra que a evolução do acesso aos serviços de telefonia fixa e de energia elétrica foi no sentido de amenizar a desigualdade original da distribuição da cobertura dos serviços entre as diferentes faixas de renda.

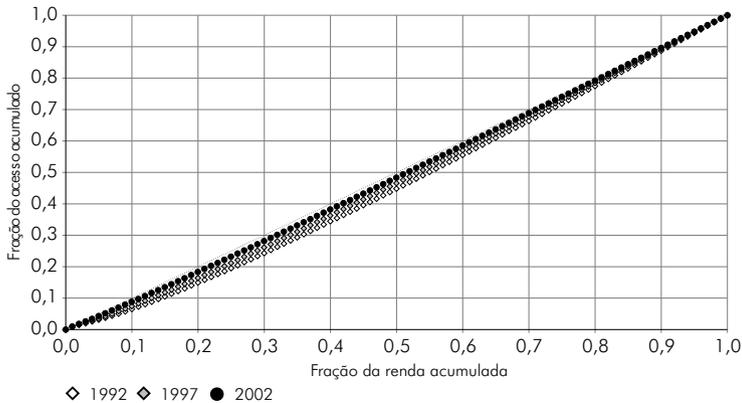
Gráfico 3 – Concentração do acesso a telefones fixos particulares ao longo da distribuição de renda da população brasileira.



Fonte: IBGE, PNADs 1992 a 2002 em microdados.

Ressalta da análise das curvas de Lorenz para telefonia a situação inicial de baixa cobertura dos serviços, com uma grande concentração do acesso entre os mais ricos. Como nos anos posteriores à privatização, verificaram-se os maiores movimentos de aproximação das curvas em direção à linha de 45°, conclui-se que as reformas e a privatização desse setor ampliaram os ganhos de equidade resultantes da expansão da cobertura dos serviços. O gráfico permite também observar o impacto de uma nova tecnologia sobre a equidade. Como em 2002, há dados para telefonia celular, é possível traçar a curva de distribuição da cobertura dos serviços de telefonia, considerando conjuntamente as duas formas de acesso aos serviços: por telefones fixos e celulares.

Gráfico 4 – Gráfico de concentração no acesso à energia elétrica, período 1992-2002.



Fonte: IBGE, PNADs 1992 a 2002 em microdados.

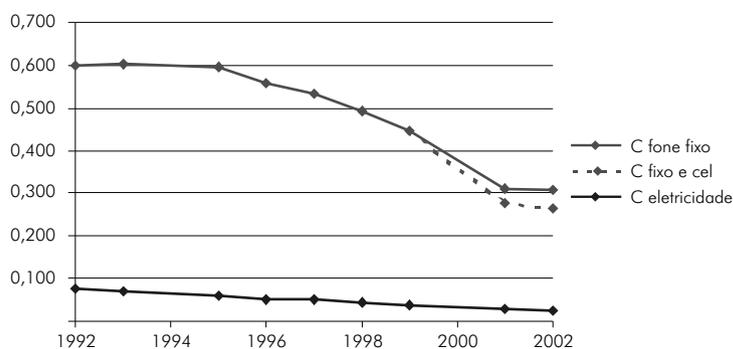
Para energia elétrica, a distribuição inicial já bastante próxima de uma situação de equidade, a análise visual das curvas de Lorenz permite verificar que mesmo próximo da universalização dos serviços houve ganhos de equidade entre 1992 e 2002, sendo difícil comparar os períodos pré e pós-privatização. Mas existem maneiras de avaliar quantitativamente os ganhos por meio de coeficientes de concentração. Os coeficientes de concentração propostos pela literatura derivam-se de coeficientes de concentração que baseiam-se na distribuição interpessoal de renda, tradicionalmente empregados na literatura sobre pobreza e distribuição de renda, como o Coeficiente de Gini. O coeficiente utilizado neste trabalho é o aplicado por Vélez (1995, in Foster, 1995), para avaliar a evolução da cobertura dos serviços de energia elétrica na Colômbia.

O coeficiente de concentração proposto varia de +1 a -1, em que valores positivos indicam uma distribuição regressiva, valores negativos indicam uma distribuição progressiva, e zero uma distribuição perfeitamente igualitária. O coeficiente c_s , para cada um dos setores em questão, é calculado segundo a fórmula abaixo, em que n é o total de classes estratos de renda da variável renda utilizada (100 centésimos, neste caso) e x_i é o percentual de acessos totais referentes ao grupo i (não confundir com a taxa de acesso para o grupo).

$$c_s = \frac{2}{n} \sum_{i=1}^n ix_i - \left(1 + \frac{1}{n}\right)$$

Para telefonia, a evolução dos coeficientes de concentração apresenta padrões bastante distintos nos períodos pré e pós-reestruturação/privatização. Já para energia elétrica, os padrões de redução de desigualdade parecem manter o mesmo ritmo ao longo dos dois períodos.

Gráfico 5 – Coeficientes de concentração para o acesso a telefones no Brasil.



	1992	1993	1995	1996	1997	1998	1999	2001	2002	2001 c/cel.	2002 c/cel.
C fone fixo	0,601	0,604	0,598	0,557	0,533	0,493	0,444	0,311	0,307	0,277	0,264
C eletricidade	0,074	0,069	0,060	0,051	0,050	0,044	0,037	0,028	0,024		

Fonte: IBGE, PNADs 1992 a 2002 em microdados.

A partir do Gráfico 5 é possível verificar que a redução na desigualdade ao acesso dos serviços de telefonia iniciou-se entre 1995 e 1996, como resultado da preparação do setor para o processo de privatização. Ao longo do período 1995-2001, observa-se uma redução mais acentuada nos coeficientes de concentração de telefonia, diferentemente do observado para energia elétrica, em que a lenta redução deste coeficiente é mantida.

414

Além dos efeitos da regulação, é possível observar que a introdução de novas tecnologias (no caso, a telefonia celular) também contribuiu para tornar mais eqüitativa a distribuição de telefones. Ao calcular o coeficiente de concentração incluindo o acesso a telefones celulares, verifica-se que o valor é inferior ao do coeficiente calculado apenas para telefones fixos no ano de 2002. Assim, é possível concluir que a telefonia celular contribui positivamente para a universalização dos serviços de telefonia.

A aparente estagnação do coeficiente de desigualdade no acesso a telefones fixos verificada em 2002 (é preciso dispor de mais anos para confirmar a tendência) pode ser sinal de que, a partir daí, a barreira mais relevante ao acesso a telefones fixos não seja mais a oferta, mas a demanda pelos serviços. Uma explicação para isso pode ser o fato de telefones fixos terem uma tarifa de acesso, diferentemente de celulares pré-pagos, cujo crescimento especialmente entre a classe média e baixa continua sendo expressivo.

EVOLUÇÃO POR REGIÕES

É fundamental correlacionar a análise regional da expansão dos serviços com a análise por faixa de renda. Os 20% mais pobres da população brasileira, que ainda apresentam taxas de acesso à energia elétrica significativamente menores que os demais é em sua absoluta maioria composta por habitantes da zona rural. Como era de se esperar, a expansão dos serviços de energia elétrica na zona rural segue o mesmo padrão verificado para os 20% mais pobres, em relação aos demais: apesar da cobertura na zona rural crescer mais do que para a zona urbana, o ritmo de expansão manteve-se praticamente estável ao longo do período 1992-2002, com ligeira queda após as reformas.

Tabela 4 - Cobertura dos serviços de energia elétrica e telefonia por zona, em % da população atendida.

energia	cobertura (% população)			crescimento		telefone	cobertura (% população)				crescimento		
	1992	1997	2002	92-97	97-02		1992	1997	2002	2002 c/cel	92-97	97-02	+celular
Rural	54,9	68,1	79,5	13,2	11,4	Rural	1,9	4,7	11,2	18,3	2,8	6,5	7,1
Urbana	97,4	99,0	99,4	1,6	0,4	Urbana	21,6	31,6	59,2	68,3	10,0	27,6	9,1
Brasil	88,4	92,7	96,3	4,4	3,5	Brasil	17,4	26,2	51,6	60,4	8,8	25,4	8,8
desv. padrão	30,0	21,8	14,1			desv. padrão	13,9	19,0	33,9	35,3			
desv./média	34%	24%	15%			desv./média	80%	73%	66%	59%			

Fonte: IBGE, PNADs 1992 a 2002 em microdados.

Enquanto as maiores taxas de crescimento dos serviços de telefonia são observadas na zona urbana, para energia elétrica ocorre o oposto, uma vez que nas cidades esse é um serviço praticamente universal. Percebe-se que, mesmo ainda havendo um espaço significativo para ampliação dos serviços de energia elétrica na zona rural, contrariamente ao esperado, a expansão dos serviços naquele meio foi ligeiramente menor após as reformas regulatórias e privatização.

Já para telefonia, é possível perceber a aceleração da expansão dos serviços tanto no meio urbano como no meio rural. Se considerada apenas a telefonia fixa, mesmo com essa aceleração, no meio rural o crescimento da cobertura ainda foi menor do que para energia elétrica. No entanto, se considerada a contribuição dos celulares, a ampliação dos serviços no período pós-privatização foi superior à de energia elétrica tanto no meio urbano como no rural. Em função dos efeitos descritos, o nível de cobertura dos serviços no meio rural aproximou-se daquele no meio urbano no caso de energia elétrica, mas não no caso de telefonia.

Tabela 5 – Cobertura dos serviços de energia elétrica e telefonia por região, em % da população atendida.

energia	cobertura (% população)			crescimento		telefone	cobertura (% população)				crescimento		
	1992	1997	2002	92-97	97-02		1992	1997	2002	2002 c/cel	92-97	97-02	+celular
NE	74,2	82,2	90,3	8,0	8,1	NE	9,2	15,2	29,6	36,2	5,9	14,4	6,6
SE	95,6	97,8	99,2	2,2	1,4	SE	22,4	32,5	64,6	72,8	10,1	32,1	8,1
S	93,8	97,0	98,6	3,2	1,5	S	17,6	27,4	57,9	71,2	9,8	30,5	13,4
CO	88,3	93,6	96,9	5,3	3,3	CO	19,0	32,5	55,4	66,5	13,5	22,9	11,1
BR	88,4	92,7	96,3	4,4	3,5	BR	17,4	26,2	51,7	60,3	8,8	25,5	8,6
desv. padrão	9,7	7,2	4,1			desv. padrão	5,6	8,2	15,4	17,2			
desv./média	0,1	0,1	0,0			desv./média	0,3	0,3	0,3	0,3			

Fonte: IBGE, PNADs 1992 a 2002 em microdados.

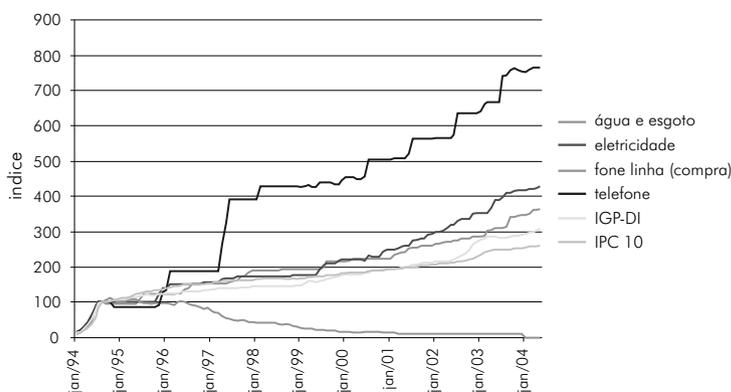
O padrão de evolução da cobertura dos serviços entre grandes regiões para os dois setores é bastante similar ao verificado entre zona rural e urbana, com relação aos aspectos de convergência regional. Como em relação à distribuição de energia elétrica algumas regiões (e na zona urbana, para todo o País) já encontravam-se bastante próximas da universalização dos serviços, o crescimento resultou em convergência regional da cobertura. Já para telefonia, em termos absolutos, verifica-se um aumento da dispersão dos dados de cobertura. Essa divergência é causada por um maior aumento da cobertura nas Regiões Sul e Sudeste (e também para a zona urbana de todo o País), que já apresentavam maiores níveis de cobertura, em especial no período pós-privatização. Em termos relativos, a dispersão dos dados de cobertura avaliada como a razão entre

o desvio-padrão e a média manteve-se estável. O efeito da introdução da tecnologia dos celulares é exatamente o mesmo: aumenta a dispersão absoluta da cobertura, mas como há aumentos de cobertura para todas as regiões, a dispersão relativa (calculada em relação à média) se mantém.

EVOLUÇÃO DO PREÇO DOS SERVIÇOS

Por meio do Gráfico 6 é possível perceber que, se por um lado, a forte ampliação da oferta de telefones fixos possibilitou a virtual eliminação de pagamentos para se dispor de uma linha, por outro lado, o aumento verificado nas tarifas locais e assinatura básica de telefones fixos para o período 1994-2004 foi praticamente o dobro da inflação verificada no período (medida pelo IPC-10, ou IGP-DI ambos produzidos pela Fundação Getúlio Vargas – FGV). As tarifas de energia elétrica também tiveram aumentos significativamente superiores aos da inflação do período em questão.

Gráfico 6 – Evolução de preços de serviços públicos e índice de preços ao consumidor.



Telefone: preço de assinatura e pulsos para telefone residencial.

acumulados (%)	água e esgoto	eletricidade	fone linha (compra)	telefone	IPC 10	IGP-DI
jan94-mai04	24,44	25,56		50,97	27,95	24,07
jan94-dez02	19,29	20,99	1,00	42,42	24,79	21,18
jan94-dez97	12,71	10,40	4,02	26,17	17,59	11,33
dez97-dez02	1,52	2,02	0,25	1,62	1,41	1,87

Fonte: Fundação Getúlio Vargas, FGVdados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concentração espacial dos serviços de infra-estrutura no Brasil pode ser explicada pela diversidade socioeconômica, acentuada desigualdade sócio-territorial do País e por uma história de investimentos públicos maiores em certas regiões, em especial na zona urbana, em que os retornos econômico-financeiros são maiores em função de ganhos de escala e maior concentração populacional.

A partir do diagnóstico da atual cobertura dos serviços de energia e de telefonia, é possível concluir que os benefícios marginais associados à expansão dos serviços de eletricidade e telefonia no Brasil serão maiores para os mais pobres, uma vez que a cobertura dos serviços é superior à medida que aumenta a renda, e entre os mais ricos já encontra-se próxima à universalização dos serviços.

O padrão de distribuição de cobertura entre os municípios demonstra que existe uma relação direta entre desenvolvimento (medido pelo IDH municipal) e cobertura dos serviços. Provavelmente esta é uma relação bi-causal, mas o fato em si aponta para a relevância dos serviços de infra-estrutura como um dos fatores para dar suporte ao desenvolvimento regional.

A convergência regional no acesso aos serviços só ocorreu a partir de situações em que as regiões com maior grau de cobertura já encontravam-se muito próximas à universalização. Esse comportamento foi verificado em escala estadual para energia elétrica. Para telefonia fixa, o aumento da cobertura dos serviços representou também uma ampliação das desigualdades em termos absolutos entre os estados. A dispersão relativa da cobertura dos serviços, medida como a razão entre o desvio-padrão da cobertura dos serviços e a média brasileira manteve-se estável, uma vez que os serviços ampliaram-se em todos os estados.

Não necessariamente a liberalização, desregulamentação e privatização resultam em ampliação do ritmo de crescimento da cobertura de serviços públicos para todos os grupos populacionais. Para o caso brasileiro, as reformas no setor de energia elétrica não implicaram aumento no ritmo de expansão da cobertura dos serviços para os mais pobres, nem para a zona rural. Não obstante, os benefícios marginais decorrentes de tal expansão já eram superiores para essas categorias do que para as demais, que haviam atingidos níveis de saturação.

À medida que o atendimento a certos grupos populacionais não é atrativo do ponto de vista puramente econômico-financeiro, apenas mecanismos que estimulem ou forcem o investimento são capazes de reduzir as desigualdades no acesso. Apesar de haver espaço para ampliações na taxa de expansão dos serviços de energia elétrica na zona rural, em especial nas regiões mais pobres, isso não foi observado após a privatização do setor. Um sinal claro de que o Governo Brasileiro parece ter aprendido esta lição é o fato de destinar R\$ 5,3 bilhões, dos R\$ 7 bilhões estimados como necessários para universalizar o acesso à energia elétrica no Brasil até o ano de 2008 (o resto virá de aportes estaduais e municipais, e das próprias empresas). Os grandes beneficiários destes investimentos serão os 20% mais pobres da população.

No caso do setor de telefonia, verificou-se um aumento maior dos benefícios marginais de acesso para as faixas intermediárias de renda. Este fato, associado à estagnação nos níveis de acesso a partir do ano 2000, sinalizam que após superadas as barreiras relacionadas à falta de oferta, passam a ser relevantes as barreiras de demanda, associadas à falta de capacidade de pagamento da população mais pobre. Apesar do relevante crescimento da planta telefônica, superando as metas de universalização tanto no que se refere aos acessos individuais como aos de uso público, ainda persistem grandes desigualdades inter e intra-regionais no acesso aos serviços de telefonia.

Algumas empresas já estão criando planos com estruturas tarifárias alternativas para atender às necessidades dos grupos mais pobres. É possível também que a implementação

de subsídios cruzados financiados pela porção fixa das tarifas de telefone seja benéfica. No entanto, é preciso ter cuidado especial com relação aos critérios de seleção, para não incorrer nas ineficiências existentes nos subsídios nas tarifas de energia elétrica implementados pela Lei nº 10.438/2002, conforme demonstram Danni et al (2004).

A contrapartida dos resultados positivos em termos de ampliação do acesso foram aumentos de preços muito superiores ao da inflação verificada na economia como um todo, especialmente para o setor de telefonia. Esse resultado é importante para delinear, dentro dos consumidores residenciais, qual o possível grupo de perdedores com as reformas estruturais e privatização dos serviços públicos: parte da classe média das grandes cidades, que já tinha acesso aos serviços, e viu esta conta representar uma parcela crescente dos gastos domésticos.

Apesar dos fortes aumentos verificados, dados preliminares da POF 2002/2003 divulgados pelo IBGE apontam que os gastos com energia elétrica, telefone fixo e celular representam respectivamente 2,21%, 1,79% e 0,63% das despesas totais das famílias brasileiras.

Mesmo representando uma pequena parcela das despesas totais do orçamento familiar, o que faz com que mudanças nos preços destes serviços tenham pequeno impacto sobre o bem-estar das famílias quando expresso em termos de seu orçamento total, conforme argumentam McKenzie e Mookherjee (2002), a percepção de que os serviços públicos aumentaram muito mais do que os outros preços da economia é mais um elemento a explicar a percepção negativa da privatização que aparece nas pesquisas: uma vez que a classe média urbana é um grupo formador de opinião, e considerando que ao menos parte deste grupo esteja relativamente em pior situação do que antes da privatização (mesmo que em termos absolutos estejam melhor, devido a possibilidades de maior acesso a uma segunda linha telefônica, ou a celulares), é possível que esta parcela da população consiga ter feito prevalecer seu ponto de vista sobre os efeitos do processo sobre os serviços.

Ainda com relação a impactos da privatização sobre os serviços, é preciso lembrar que o racionamento de energia, com consequências negativas evidentes sobre o bem-estar da população e sobre o crescimento da economia, contribuiu muito para uma percepção negativa do processo pelos brasileiros. Some-se a isso a percepção popular dos efeitos descritos por Macedo (2000): mesmo sem ter dados para inferir que a privatização permitiu adiar um ajuste fiscal necessário, as pessoas tendem a associar o fato de que os recursos da privatização não foram suficientes para reduzir as vulnerabilidades da economia. Ou que, como parte das amplas reformas estruturais ocorridas nos anos 90, não resultaram na prometida retomada do crescimento econômico sustentado, como demonstra Arbache (2004).

Uma avaliação completa dos resultados da privatização e reformas estruturais será possível para o Brasil a partir da disponibilização dos microdados da POF pelo IBGE. Com estes, será possível aplicar modelos para medir os efeitos de mudanças nos preços e acesso aos serviços, como o de McKenzie Mookherjee (2003). De posse destes resultados, comparando-se os efeitos descritos pelos trabalhos existentes para o Brasil, será possível traçar um quadro mais completo do resultado distributivo das reformas, como proposto qualitativamente por Birdsall e Nellis (2002) para o setor de telefonia: os autores consideram que a privatização do setor pode ter trazido enormes ganhos de eficiência, com grandes aumentos na cobertura e qualidade dos serviços para os consumidores, e em especial para setores produtivos em que as telecomunicações são um insumo crítico.

Mas a fixação de baixos preços de privatização para assegurar o sucesso da venda 11 pode ter significado que contribuintes de classe média indiretamente tenham perdido, com ganhos para alguns poucos novos donos das empresas, aumentando a concentração de ativos na economia. Como parte dos ganhos foi para grupos estrangeiros, o efeito direto sobre a distribuição interna de riqueza e renda seria menor, mas em contrapartida gerando uma sensação de que foi feito um mau negócio, injusto para a sociedade como um todo.

Ao considerarem o efeito fiscal da privatização descrito por Macedo (2000) – um alívio temporário da restrição fiscal do Estado, possibilitando o adiamento de medidas impopulares, tendo como efeitos subseqüentes o aumento nas taxas de juros, ou a redução de gastos sociais – os autores concluem que estes efeitos regressivos indiretos em um segundo momento podem ter exacerbado o grau inicial de desigualdade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Thompson. *Aspectos distributivos na determinação de preços públicos*. Rio de Janeiro: IPEA, 1998.

ANUATTI NETO, F. et al. *Costs and benefits of privatization: evidence from Brazil*. Washington, DC: Inter-American Development Bank, 2003. (Research network working paper, R-455).

ARBACHE, J. S. *Do structural reforms always succeed?: lessons from Brazil*. [S.l.: s.l.], 2004. (Wider working paper, n. 2004/X). Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=560045>. Acesso em 10 out. 2007.

BARROS, R. P. de.; HENRIQUES, R.; MENDONÇA, R. *A estabilidade inaceitável: desigualdade e pobreza no Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, 2001. (Texto para discussão, n. 800). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/pub/td/td_2001/td0800.pdf>. Acesso em: 10 out. 2007.

BENITEZ, D. A.; CHISARI, O. O.; ESTACHE, A. *Can the gains from Argentina's utilities reform offset credit shocks?*. 2001. (WIDER discussion paper, n° 2001/33). Disponível em: <<http://www.wider.unu.edu/publications/publications.htm>>. Acesso em: 10 out. 2007.

BIRDSALL, N.; NELLIS, J. *Winners and losers: assessing the distributional impact of privatization*. Washington, DC: Center for Global Development, 2002. (Working paper, n. 6).

DANNI, L. S. et al. Análise dos critérios legais de enquadramento na subclasse residencial baixa renda. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 35, n. 101, p. 24-32, jul./set. 2004. Disponível em: <http://www2.tcu.gov.br/pls/portal/docs/page/tcu/publicacoes/publicacoes_periodicas/revista_tcu/revista%20do%20tribunal%20de%20contas%20da%20uni%3%83o%20101%20-%20miolo%20corrigido.pdf>. Acesso em 10 out. 2007.

DANNI, L. S. Diagnóstico da exclusão no acesso aos serviços de energia elétrica no Brasil. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO ENERGÉTICO, 4., 2004, Itajubá-MG. *Anais...* Itajubá: UNIFEI/SBPE, 2004. CD-ROM.

DANNI, L. S. . *Impacto sócio-econômico das reformas regulatórias e da privatização de serviços públicos no Brasil*. 2004. Dissertação (Mestrado em Economia) - Departamento de Economia, Universidade de Brasília, Brasília, 2004. Acesso em 10 out. 2007.

DOMINGOS, Renata C. *A universalização do acesso aos serviços de telecomunicações no Brasil*. 2003. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Economia) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

ESTACHE, A.; FOSTER, V.; WODON, Q. *Accounting for poverty in infrastructure reform: learning from Latin America's experience*. Washington, DC: World Bank, 2002. (WBI development series).

FIUZA, E. P. S.; NERI, M. C. *Reflexões sobre os mecanismos de universalização do acesso disponíveis para o setor de telecomunicações no Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, 1998. (Texto para discussão, nº 53).

FOSTER, V. Measuring the impact of energy reform: practical options. *Energy and development report*. Washington, DC: World Bank, 2000. cap. 4. Disponível em <http://www.worldbank.org/html/fpd/esmap/energy_report2000/ch4.pdf>. Acesso em 10 out. 2007.

GARCIA, F. et al. *Impactos de um racionamento de energia elétrica sobre as indústrias energo-intensivas*. São Paulo: FGV, 2001.

MCKENZIE D.; MOOKHERJEE, D. The distributive impact of privatization in Latin America: evidence from four countries. *Economia*, v. 3, n. 2, p. 161-233, 2003.

MOTA, Rafaela. *The restructuring and privatization of electricity distribution and supply businesses in Brazil: a social cost-benefit analysis*. Cambridge: University of Cambridge, 2003. Working paper.

NELLIS, J. *Privatization in Latin America*. Washington, DC: Center for Global Development, 2003. (Working paper, nº 31).

NERI, M. C.; AMADEO, E. J.; CARVALHO, A. P. Assets, markets and poverty in Brazil. In: ATTANASIO, O.; SZÉKELY, M. (Org.). *Portrait of the poor: an assets-based approach*. Washington, DC: IDB, 2001. p. 85-112.

PINHEIRO, A. C.; GIAMBIAGI, F. Lucratividade, dividendos e investimentos das empresas estatais: uma contribuição para o debate da privatização no Brasil. *Revista Brasileira de Economia*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 1, p. 94-131, jan./mar. 1997.

PIRES, J. C. L. A reestruturação do setor de telecomunicações no Brasil. *Revista BNDES*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 11, p. 187-214, jun. 1999.

NOTAS

¹ Aghion et al (1999) apresentam uma revisão da literatura a respeito. Easterly (2002) apresenta evidências empíricas de que a desigualdade é causa do subdesenvolvimento.

² Incluindo os gastos com a reestruturação das estatais, e assumindo como constante a sua parcela da dívida líquida.

- ³ Todos os estudos encontrados que apresentam algum método consistente para estimar tais impactos são referentes à época em que o racionamento ainda estava em vigor.
- ⁴ Aqui entendido como empresas que não eram inicialmente estatais.
- ⁵ Grande parte dos custos de empresas de distribuição, como energia comprada segundo contratos de transição até a liberalização do mercado, energia comprada de Itaipu, e encargos setoriais não estão sob controle das empresas. Os custos controláveis são os demais, como pessoal, serviços, manutenção, etc.
- ⁶ Fonte: SNIS, disponível em: <<http://www.snis.gov.br/>> .
- ⁷ O tag along dava o direito aos minoritários de vender suas ações pelo mesmo preço pago pelo bloco de controle; as cláusulas de minoritários oprimidos estipulava que suas ações deveriam ser compradas no mínimo ao preço contábil, em casos de reestruturações, fusões ou privatizações.
- ⁸ Bens para os quais os consumidores gastam parcelas decrescentes de suas despesas totais à medida em que sua renda aumenta são essenciais. Quando os gastos são parcelas crescentes com o aumento da renda, são bens supérfluos, ou de luxo.
- ⁹ Esse ponto de vista é compartilhado por vários autores, e apontado nos principais trabalhos que apresentam revisões da literatura: Birdsall e Nellis (2002), Estache, Foster e Wodon (2002), Mackenzie e Mookherje (2003).
- ¹⁰ O dado relevante considerado pela literatura sobre efeitos distributivos da privatização são os benefícios marginais para cada grupo. Isto é, a variação absoluta da cobertura, e não o crescimento relativo da base.
- ¹¹ Segundo Birdsall e Nellis (2002), governos geralmente subprecificam ativos para assegurar que a venda seja um sucesso, e evitar embarços, o que possibilita aos maiores compradores a oportunidades de boas barganhas. Outra razão para este comportamento é incentivar cidadãos locais a tomarem parte nos leilões. Paradoxalmente, um mecanismo com algum propósito distributivo pode, considerando-se todos seus efeitos, aumentar a desigualdade.

UMA ANÁLISE DOS EFEITOS DA PRIVATIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELEFONIA NO BRASIL E DA IMPLANTAÇÃO DO MARCO REGULATÓRIO NO PROCESSO DE UNIVERSALIZAÇÃO

MARCELO NASCIMENTO BARBOSA

1 INTRODUÇÃO

A privatização e a desregulamentação dos mercados são alguns dos pilares do receituário geral de liberalização econômica e reforma do Estado previsto pelo Consenso de Washington. Segundo esse paradigma, a privatização justifica-se pelo esgotamento da capacidade fiscal dos Estados e pelos ganhos de eficiência resultantes da gestão privada, mais profissional e menos sujeita a interferências políticas.

Nesse sentido, vários trabalhos acadêmicos dedicaram-se a avaliar o resultado dos processos de privatização em todo o mundo, particularmente do ponto de vista de seus resultados fiscais e dos ganhos de eficiência para diferentes setores. Mais recentemente, a literatura econômica passou a dar maior ênfase aos resultados distributivos dos processos de privatização e às reformas regulatórias dos setores de infra-estrutura e prestação de serviços públicos, em especial nos países em desenvolvimento, onde o acesso a tais bens e serviços não é universal, e onde há maior incidência de pobreza e de desigualdade social.

Em um desses trabalhos, em ampla avaliação das privatizações no mundo inteiro, Birdsall e Nellis (2002) afirmam que mais de 100 mil firmas foram parcial ou totalmente privatizadas até os dias de hoje. Os autores apresentam uma extensa revisão bibliográfica sobre o assunto, e concluem que a análise técnica dos efeitos dos processos de privatização sobre o bem-estar e o crescimento econômico tem sido positiva, apesar da impopularidade do fenômeno entre os cidadãos comuns. Como ressaltam,

[...] a evidência de corrupção na Rússia e Malásia, o desequilíbrio fiscal no Brasil, a escalada de preços na Argentina, e a perda de empregos em vários países, manchou sua reputação mesmo entre proponentes das reformas liberalizantes ao longo das duas últimas décadas (BIRDSALL & NELLIS, 2002).

Ainda é recente na memória a existência de uma demanda altamente reprimida que resultava na dificuldade de se obter uma linha telefônica, devido à escassez de investimentos para ampliação da oferta. Como consequência, a reforma do setor de telecomunicações no Brasil preocupou-se com a indução de investimentos para a expansão das redes e a remoção de barreiras para universalizar o acesso aos serviços. Isso faz com que a análise desse setor, numa perspectiva dos impactos sociais produzidos, seja de extrema relevância tendo em vista os propósitos declarados na instituição do novo marco regulatório, não só para apontar evoluções, mas também para orientar iniciativas semelhantes em outros setores.

Nesse contexto, este trabalho tem como objetivo específico tecer considerações sobre alguns aspectos das reformas regulatórias e da privatização no setor de telecomunicações sob a ótica da Teoria Política Positiva da Regulação – TPPR. Mais especificamente avaliando o trabalho desempenhado pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), agência reguladora do setor de telecomunicações brasileiro que tem como uma de suas principais atribuições incentivar e fiscalizar o cumprimento das metas de universalização de acesso

ao sistema de telefonia fixa – serviço público exercido em regime de concessão que deve ser obrigatoriamente garantido pelo Estado.

A TPPR analisa a regulação como um mercado formado por demandantes e ofertantes de regulação, aplicando os modelos de escolha pública e do principal-agente à delegação de funções regulatórias a reguladores e ao relacionamento estabelecido entre Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e grupos de pressão na geração, exercício, fiscalização e controle da regulação.

Uma auditoria operacional realizada pelo Tribunal de Contas da União na Anatel sobre o acompanhamento das metas de universalização, foi principal referência para este trabalho e a análise dos resultados obtidos foi apresentada com o enfoque da TPPR.

O artigo está dividido em seis seções: na seção 2 é apresentada uma contextualização do tema e o embasamento teórico da TPPR; a seção 3, descreve o Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU) e analisa suas implicações para as concessionárias e para o Regulador; na seção 4 é feito um diagnóstico da cobertura dos serviços de telefonia realizado a partir de bases de dados produzidas pelo Instituto Nacional de Geografia e Estatística (IBGE), considerando aspectos socioeconômicos e regionais da população brasileira, e analisa a evolução desta cobertura para períodos pré e pós-privatização; a seção 6 trata do processo de fiscalização da Anatel, o que envolve uma avaliação dos processos, ferramentas e procedimentos utilizados pela Agência e demonstra como seria um processo de fiscalização com o apoio de um Sistema de Informações Georreferenciadas (SIG). Ao final, são apresentadas a correlação entre os paradigmas da TPPR e os principais achados e considerações finais.

424

A problematização deste artigo consiste no fato de que o cumprimento das metas de universalização considera uma série de aspectos, que vão desde a quantidade até a qualidade dos acessos aos serviços de telefonia pública, correlacionados com a renda da população, conforme critérios estabelecidos pelo IBGE. Então, as seguintes questões se apresentam: Quem realmente está tendo acesso aos serviços de telefonia fixa individual e coletiva no Brasil? Como a Anatel fiscaliza o cumprimento das metas de universalização? Como estão sendo aplicadas as sanções no caso de não-cumprimento? Que atores determinaram a atual conformação dos serviços, de que forma e em nome de quais interesses? Quais foram, em última instância, as conseqüências do processo de privatização em termos da universalização dos serviços de telecomunicações no Brasil?

2 CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA

Antes de prosseguir, cabe esclarecer que, em grande medida, as constatações e resultados apresentados nessa monografia foram colhidos no desempenho das atividades profissionais deste pesquisador como Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas da União (TCU), atuando na Secretaria de Fiscalização de Desestatização (Sefid).

Os trabalhos desenvolvidos no TCU relacionados ao acompanhamento da privatização e da regulação são de diversas naturezas: avaliação da modelagem econômico-financeira das empresas a privatizar e de novos planos de delegação de serviços públicos, auditorias operacionais e de conformidade nas agências reguladoras, acompanhamento de revisões tarifárias, análises de coordenação institucional e macro-regulação, entre outros.

Mais recentemente, o Tribunal vem desenvolvendo uma nova linha de atuação, voltada para avaliação dos impactos da privatização e das reformas regulatórias sobre os consumidores residenciais. Essa linha de trabalho, que conta com o apoio do governo britânico por meio do *Department for International Development* (DFID), busca avaliar em que medida esses processos têm contribuído para ampliar o acesso aos serviços públicos e quais seus impactos do ponto de vista da redução das desigualdades sociais no Brasil.

Como membro de equipe de analistas do Tribunal de Contas, este articulista participou de uma Auditoria Operacional¹ com o objetivo analisar se as reformas regulatórias e a privatização no setor de telecomunicações efetivamente contribuíram para a ampliação e a democratização do acesso aos serviços de telefonia, e avaliar o trabalho desempenhado pela Anatel – no sentido de incentivar e fiscalizar o cumprimento das metas de universalização de acesso ao sistema fixo de telefonia – referenciado como Sistema de Telefonia Fixa Comutada (STFC) – na literatura técnica e legal – que é um serviço público operado em regime de concessão, que além de estar sujeito a metas de universalização, também se sujeita a compromissos de continuidade e ao princípio da modicidade tarifária, entre outros, conforme a legislação pertinente.

Na auditoria não se pretendeu aferir se as metas de universalização foram efetivamente cumpridas ou não. Uma abordagem assim demandaria um enorme esforço de levantamento de dados e informações, ao invés disso, a equipe se propôs a produzir um diagnóstico de como a Anatel fiscaliza e atesta o cumprimento dessas metas pelas concessionárias do STFC.

Importa ressaltar, contudo, que os principais achados dessa auditoria – o perfil da atual cobertura dos serviços de telefonia e um diagnóstico de como a Anatel fiscaliza e atesta o cumprimento das metas de universalização pelas concessionárias de telefonia fixa – foram incorporados resumidamente a essa monografia como um estudo de caso a se analisar sob o enfoque da Teoria Política Positiva da Regulação.

A Teoria Política Positiva da Regulação

Considerando que a Teoria Política Positiva da Regulação, doravante denominada TPPR, porquanto é o paradigma teórico-metodológico central deste trabalho, cabe aqui apresentar seus principais conceitos e abordagens.

De início, destaque para o fato de que a TPPR trabalha com as mesmas premissas básicas da análise econômica neoclássica, entendendo que o comportamento dos agentes econômicos é guiado por escolhas racionais, que buscam a maximização de seus interesses.

Para Stiglitz (1988), enquanto a economia normativa é tida como a economia do bem-estar, a análise positiva está voltada não apenas para o estudo das conseqüências de políticas públicas, mas especialmente para a compreensão das forças econômicas formadoras das políticas observadas na prática. O grande mérito da TPPR, então, é tentar ganhar maior realismo, ao expressar de forma mais próxima fenômenos do comportamento da regulação. A TPPR também incorpora outras importantes premissas usadas pela escola neoclássica, dentre as quais o problema da assimetria de informações e o modelo principal-agente, incertezas de comportamento e oportunismo, bem como teoria dos custos de transação.

No entanto, a TPPR vai além da teoria normativa, porque considera em sua análise, quais fatores que influenciam a tomada de decisões, o papel de instituições políticas no processo regulatório. Assim, impende estudar qual o papel dessas instituições no processo de tomada de decisões e na realização da regulação, apontando problemas e distorções observáveis. Por isso, para a TPPR a prática regulatória afasta-se do ponto Pareto Ótimo², dado o papel e influência das questões políticas. Laffont (1994), fazendo uma crítica da teoria normativa, considera que

A justificada necessidade de rigor imposta pela teoria econômica tem levado à negligência das restrições políticas sobre a economia [...]. As restrições colocadas sobre a alocação de recursos pelo sistema político, e em particular pelo funcionamento das nossas democracias, são enormes (LAFFONT, 1994: 509).

Importa ressaltar também que a TPPR concentra-se no fato de que falhas de mercado e quaisquer políticas adotadas para corrigi-las necessariamente têm conseqüências distributivas. Os diversos agentes econômicos que são afetados por estas conseqüências são presumidamente racionais e maximizadores de seu interesse próprio. Deste modo, a teoria prevê que eles agirão para impedir, redirecionar ou proteger a política sendo proposta de acordo com a forma que ela os afeta. Na grande maioria das vezes não há uma forma de corrigir a falha de mercado que seja ótima em termos de bem-estar social. Também é raro que existam formas de conciliar os interesses conflitantes através de compensações laterais ou outros esquemas simples de resolução de conflitos. Na prática a solução é determinada por intermédio das instituições políticas, que estabelecem a forma que a solução da falha de mercado vai tomar.

426 A perspectiva ora colocada enfraquece a teoria do interesse público, segundo a qual regulação e outras políticas públicas são estabelecidas pelo Estado com o objetivo de gerar um resultado de bem-estar social e corrigir falhas de mercado, incorporando eficiência econômica. Mueller (1998), sob essa perspectiva, concebe o Estado como um ditador benevolente, onipotente e onisciente, cuja atribuição seja maximizar o bem-estar social, para demonstrar, no entanto, que as políticas públicas não são resultado direto da atuação desse Estado, que visa a um só interesse público, mas sim que políticas, regulatórias, no caso deste estudo, são editadas em função dos interesses de grupos envolvidos, e da interação entre tais grupos, atingidos pela prática regulatória.

Para a TPPR, a sociedade é mapeada em diversos grupos de interesse, vistos em relações que envolvem múltiplos principais, afetados pela escolha de políticas regulatórias. Admitindo-se que tais grupos são racionais, está claro que maximizam seus próprios interesses, de modo que agirão com vistas a influenciar a escolha do Estado entre um leque de opções que se abre, em termos de possíveis políticas públicas. Assim, pode acontecer que grupos tentem impedir ou proteger uma política adotada, conforme seus interesses.

Como exemplo deste fenômeno, pode-se citar a falta de capacidade de investimento em expansão e modernização na infra-estrutura de telecomunicações que o sistema Telebrás experimentava antes da privatização, como conseqüência da deficitária estrutura tarifária vigente à época, que eram definidas pelo Governo Federal como autoridade econômica ao procurar maximizar seus próprios interesses centrados na contenção do processo inflacionário, e não na prestação dos serviços em si, ou em sua compatibilidade com os custos.

Mais ainda, a confluência de interesses, com vistas a influenciar a adoção de políticas, mostra-se especialmente viva, notadamente observável, em um momento em

que as instâncias de poder político realizam a implementação de uma nova política pública, período em que haverá modelagem institucional e de políticas governamentais, ou, ainda, redesenho de estrutura e processo, com correções e adaptações, como no caso do processo de elaboração da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997), e da criação da Anatel. Nesse período, a reestruturação do setor de telecomunicações em andamento no País encontrava-se sob avaliação e discussão, apresentando um cenário para novas definições políticas, construindo-se novas políticas e diretrizes, segundo os interesses dos grupos e a atuação efetiva dos atores políticos envolvidos no processo.

Nesse problema, que se resolve com embate político, a solução, em termos das opções adotadas, não é normativa, já que vai se distanciar, tanto de um resultado eficiente, como de um que privilegie o interesse público. Aliás, a política pública utilizada, em regra, pode ser mais bem compreendida como resultado das instituições e do embate de interesses de grupos da sociedade, com capacidade de exercer pressões.

Nem sempre, contudo, o regulador implementa uma política regulatória desenhada e almejada pelos legisladores. Essa pressuposição, que permeia a teoria da regulação de Stigler (1971), não é eficaz para a hipótese, devendo ser flexibilizada neste momento de análise. Para tanto, a TPPR dá um passo à frente e reconhece novas relações explicáveis pelo modelo principal-agente, relações situadas na esfera intragoverno, que ocorrem entre legisladores e reguladores. De fato, há conflitos de interesses facilmente diagnosticáveis nessa relação, de modo que o regulador, mesmo subordinado ao legislador, não está necessariamente maximizando os interesses deste, passando a ter interesses próprios: prestígio, poder, influência, novos cargos, maiores salários.

Ademais, o regulador normalmente não se relaciona com o eleitorado, não é devedor de explicações, não tem representatividade eletiva. Sua atuação está justificada em outras bases, que são, em regra, o domínio da técnica necessária para realização das atribuições que lhes são confiadas. Existe, assim, um problema a ser explicado pela TPPR, que se refere à oferta de regulação. Em outros termos, pergunta-se qual política pública concreta será ofertada aos mercados, o quanto tal política concreta distancia-se de seu desenho original. A premissa da unidade regulador-legislador deve ser flexibilizada para que se possa visualizar o fato de que existe uma relação principal-agente entre reguladores e legisladores, que surge a partir do problema de assimetria de informações.

Assim, reguladores não estão associados aos mesmos interesses dos legisladores. Este problema, que parte da assimetria de informações, tem consideráveis conseqüências sobre a regulação a ser implementada pelos legisladores, que terão incentivos em modelar sua relação com o regulador, a fim de alinhar possíveis interesses divergentes.

O legislador, ao modelar E & P³ de instituições, prevendo a possibilidade de desvio, pode criar mecanismos para detectar eventuais desvios no comportamento, com vistas a facilitar sua tarefa de supervisão. Deste modo, a modelagem de estrutura e processo de agências é, então, forma eficiente de alinhar interesses do agente e realizar controle *ex ante*, evitando altos custos de monitoramento do legislador. Os legisladores permanecem maximizando apoio político, visando sua manutenção no poder, de maneira que têm interesse em oferecer distribuição de renda ou de benefícios advindos da regulação. De outro lado, os legisladores não têm interesse em realizar diretamente uma política, nem sequer de incorrer em altos custos de supervisão da agência da concorrência. Os benefícios da delegação de competências são, ainda, maiores que os custos de controle ou monitoramento.

Esses altos custos de controle identificam o problema da assimetria de informações. Enquanto os benefícios da delegação permanecerem, é válida e racional a criação de agência, mesmo incorrendo em uma situação principal-agente. Nesse sentido, a racionalidade dos legisladores indica forte incentivo em modelar E & P de instituições, a fim de reduzir custos de agência, decorrentes da assimetria de informações.

Para os legisladores, arranjos institucionais modelados *ex ante* trazem ganhos em efetividade do controle *vis-à-vis* os mecanismos convencionais de supervisão *ex post*, com os quais reduz-se custos de monitoramento.

Modelo Principal-Agente e Grupos de Interesse

O modelo principal-agente traz uma importante representação das relações entre agentes econômicos e dos mecanismos de identificação de grupos de interesse políticos diversos. Para melhor compreender a razão de ser de certas políticas regulatórias – o porquê de tais políticas serem implementadas da forma como são observadas e se afastarem da política desejada – deve-se entender como as intrincadas relações entre grupos de interesse se estruturam.

O ponto de partida para esta análise é o fato de que tais relações envolvem mecanismos de delegação de tarefas e assimetrias de informação entre o agente que delega funções e aquele que as recebe. Para que uma dada relação possa ser explicada a partir da relação principal-agente, ela deverá possuir cinco características, que são:

- i) Delegação: estabelece-se uma relação entre sujeitos – principal, que delega atribuições; agente, quem recebe a incumbência;
- ii) assimetria de informação: o agente detém informações secretas, ou às vezes, tem acesso a informações privilegiadas, o que lhe coloca em posição de vantagem em relação ao principal;
- iii) relação imperfeita entre esforço e resultados: os resultados observados pelo principal não são decorrência direta dos níveis de esforço empreendido pelo agente na consecução da tarefa, o que dificulta a determinação da sua devida contraprestação;
- iv) altos custos de monitoramento: existem custos elevados de fiscalização das atividades do agente, o que dificulta, senão impede que o principal venha a observar o empenho do agente;
- v) interesses não alinhados entre principal e agente – ambos têm interesses próprios e não coincidentes, que orientam suas condutas. Isso leva o agente a não implementar a tarefa delegada segundo os interesses do principal, mas sim segundo a ótica de seus interesses particulares.

Assim, a existência de delegação de tarefas de um principal para um agente é algo intrínseco à opção de transferência de atribuições, dado que o principal – na verdade, aquele que tem interesse na realização da tarefa delegada – percebe que há ganhos advindos da delegação. De fato, os legisladores enfrentam um *trade-off* entre realizar diretamente todas as políticas editadas, ou delegar a agentes incumbência para realizá-

las em seu nome e interesse. De um lado, os políticos estariam cuidando diretamente da regulação econômica de setores de monopólio natural, ou realizando diretamente política antitruste. No entanto, optam por delegar tais tarefas a agências reguladoras setoriais ou a uma agência de defesa da concorrência, reconhecendo que há ganhos de eficiência e de especialização nessa delegação.

Como consequência da opção de delegar atribuições surge o problema de assimetria de informações sobre as ações do agente. A teoria da informação veio incorporar ao estudo de mercados o pressuposto da imperfeita circulação da informação, que gera restrições ao problema de maximização, desviando o resultado ótimo de eficiência econômica. Assim, sempre que for possível afirmar que há custos elevados em se obter informação, surgem as seguintes hipóteses:

- i) *Adverse selection*: em razão dos altos custos da informação, o principal não é capaz de observar as qualificações próprias do agente, bem como o risco associado à escolha deste ou daquele agente;
- ii) *Moral Hazard*: a partir da assimetria de informações e, considerando que o agente não poderá ser monitorado pelo principal a custos baixos, não é possível verificar o esforço empregado pelo agente na realização dos objetivos.

Se não houvesse assimetria de informação nas relações regulatórias, contratos-padrão, com cláusulas convencionais de remuneração e contraprestação seriam instrumentos hábeis para solução da relação entre os sujeitos. A questão toma complexidade em situações nas quais os acordos convencionais não conseguem alinhar interesses, o que traduz necessidade de inserção de cláusulas *sui generis*.

Existe também outro perigo em efetuar tais delegações: certa parcela de poder é transferida do principal para o agente como forma de realizar a tarefa delegada. O problema surge quando esse poder passa a ser usado pelo agente para perseguir seus próprios interesses, agindo de forma oportunista. Com efeito, o principal, percebendo a possibilidade de desvios nos objetivos traçados, vai buscar formas complexas de delegação, tentando manter, ainda, suficiente poder de controle para se resguardar do comportamento desviante.

Dessa forma, o modelo principal-agente é uma construção teórica que consegue explicar o porquê de certas relações contratuais ou institucionais, que não são resolvidas facilmente, apresentando-se como forma de estruturar relações complexas de delegação, de modo a mitigar os problemas advindos da assimetria de informação entre o principal que delega a tarefa e o agente que a cumpre. As aplicações do modelo podem ser as mais variadas possíveis, tanto no setor público como no privado. Mueller (1998) utiliza-o para explicar a relação do executivo encarregado da direção de empresa com os acionistas, que, sabidamente, não dispõem de tempo e de condições para realizar todas as atividades de interesse da firma, o que os leva a delegar tais tarefas a *experts* em administração. Assim, os acionistas definem quais objetivos irão perseguir. No entanto, não conseguem aferir se tais objetivos estão sendo buscados pelo agente da melhor forma possível. Isto significa que os acionistas não são capazes de avaliar o nível de esforço colocado pelo executivo, já que o único fato observável é o lucro obtido no foral do mês.

O modelo principal-agente mostra que há ganhos de delegação, mas, ao mesmo tempo, há perigo de comportamento oportunista. Muitas vezes estes perigos podem

ser tão severos que os atores desistem da relação e os ganhos de delegação não são realizados. Isto representa uma grande perda para a sociedade, que deixa de realizar diversas atividades.

Tendo em vista que o Estado permanece optando por se engajar nestas relações, porque não seria concebível que os representantes eleitos da população realizassem diretamente todas as políticas prometidas no processo eleitoral, é possível que os problemas tenham sido, ao menos, parcialmente, contornados através de mudanças nas relações de delegação.

No âmbito estatal, mais especificamente na realização de políticas públicas, como a regulação e a defesa da concorrência, há uma intrincada teia de relações com tais características do modelo principal-agente. Com efeito, é de se esperar, que além dos ganhos de delegação envolvidos nestas relações, existam também os problemas próprios dessa relação – assimetria de informações, incentivos à não cooperação e ao comportamento oportunista – o que contribui para que as tarefas delegadas não se realizem da forma planejada e desejada pelos políticos. Mesmo assim, espera-se que a delegação seja ainda mais vantajosa para as partes, permitindo que os políticos cuidem de questões indelegáveis e que haja ganhos de especialização com a ação do agente.

No entanto, os políticos incorrem no risco de que o agente se aproveite da assimetria de informação para perseguir políticas do seu interesse e não aquelas intencionadas pelos políticos. O agente que atua na defesa da concorrência passa, assim, a maximizar seus próprios interesses, cultivando objetivos relacionados com a carreira e poder na agência.

430 Desta forma, fica claro que os objetivos dos membros do setor público são apenas parcialmente coincidentes, já que, ao perseguir seus objetivos próprios, o agente poderá estar levando para o principal uma parcela menor de vantagens. Por conseguinte, grupos da sociedade responsáveis pela eleição dos políticos podem ter interesses contrariados pelo oportunismo do agente, o que, inequivocamente, desagradará os interesses eleitorais dos políticos. Como salvaguarda, uma das soluções encontradas pelos políticos consiste em manipular o desenho da agência, de modo a tornar mais difícil ao regulador agir oportunisticamente.

Assim, a sociedade é formada por grupos de interesse que demandam regulação. Para análise da universalização, por exemplo, pode-se identificar que existem grupos de interesse relacionados com a política da universalização que demandam a realização de políticas de regulação. Estes grupos, na mesma linha de raciocínio, vão exercer pressão política, porque vão demandar um desenho da Anatel que mais se compatibilize com seus interesses.

A Burocracia Estatal

Muito antes do tratamento que a TPPR vem dando à burocracia como grupo de interesse, surge com Weber (1963) a caracterização da burocracia como um dos traços distintivos das sociedades modernas, em que a proliferação de setores requer formas complexas de organização. A burocracia já foi identificada em diversas etapas da história moderna, desde a burocracia patrimonialista, ou servil estudada por Faoro (1985) até a burocracia moderna atualmente concebida e legitimada pelo tecnicismo.

Aplicando-se ao Estado Brasileiro no período atual, fica evidente a importância da burocracia como instrumento de organização racional da administração pública. Partindo

da premissa de que toda autoridade tem uma forma de se legitimar, Weber (1963) considera que a origem da autoridade burocrática é a racionalidade e a técnica.

Ao longo de um período da história recente, a burocracia desenvolveu diversas imagens, a mais marcante destas uma visão hoje arraigada que associa burocracia à ineficiência na execução de tarefas, falta de inovação e acomodação, procrastinação e apego.

Stiglitz (1988) compara a atividade produtiva das firmas e a atividade administrativa e conclui que é sempre muito mais complicado avaliar-se o desempenho e a eficiência dessa última. A lucratividade como meta para os agentes econômicos é um objetivo bastante evidente; para o setor público, no entanto, não o é. Assim, a multiplicidade de objetivos que o Estado persegue, relacionados com a melhor alocação de recursos na sociedade, normalmente torna mais difícil o êxito de determinadas políticas públicas.

Todavia, um dos pontos fortes da TPPR é o fato de ter acrescentado à análise weberiana a percepção de que a burocracia age como grupo de interesses. Nesse sentido, Stiglitz (1988) aponta o pioneirismo dos estudos de Niskanen (1971), que trouxeram mais realismo para análise da burocracia. O autor revela que a burocracia maximiza salários, gratificações, reputação, poder e indicações e, por tal razão, procura realizar suas atividades da mesma forma que as firmas tentam aumentar sua produção. Por essa razão, Niskanen (1971) projeta um cenário de competição entre burocratas nos mesmos moldes da concorrência de mercado, atribuindo à falta de competição no setor público-agências e burocratas monopolizam a oferta de uma determinada política para uma certa demanda inelástica – a tradicional ineficiência dos órgãos públicos. Assevera, ainda, que, embora se saiba que burocratas maximizam poder e prestígio da agência, a burocracia não vê a si mesma como grupo que tem interesses políticos, mas sim como defensora do interesse público.

Em termos teóricos, a idéia de que a burocracia tem papel fundamental no processo de tomada de decisões políticas encontra guarida em diversos trabalhos com perspectiva positiva. Weingast & Moran (1983) defendem que há, de fato, controle do parlamento sobre as agências. No entanto, assevera que há vários fatores que contribuem para que tal controle não seja efetivo: primeiro, a assimetria de informações entre agência e legisladores; segundo, possíveis alianças entre agência e clientes, com objetivos de evitar monitoramento; terceiro, altos custos de aprovação de uma nova legislação que redirecione a agência. O insulamento da burocracia favorece primordialmente os próprios burocratas com aumento da discricionariedade da agência, a ser utilizada para perseguir mais objetivos particulares do que o interesse público.

Hammond & Knott (1996) concluem que o controle da burocracia é dado a partir de um arranjo de poderes entre o Presidente e o Congresso. A idéia de que os órgãos sejam controlados por um ou por outro é algo não factível concretamente. Portanto, concluem que o controle da burocracia é uma questão contingencial, de forma que não há uma regra única que defina os modos de controle da burocracia; os mecanismos de controle serão modelados das mais variadas formas, a depender das circunstâncias de exercício de poder político. Para certas agências, pode-se dar maior autonomia, para outras, menos, a depender da situação concreta.

No caso da Anatel, considerável parcela de independência foi conferida pela Lei nº 9.472/1997, o que, à primeira vista, significa dotar a burocracia de autonomia e aumentar assimetria de informações, na proporção da transferência de competências

das instâncias de poder político para órgãos de regulação. Com isso, aquilata-se a possibilidade de desvios e comportamento oportunístico.

Cabe, pois, avaliar, sob o enfoque da análise positiva, quais os mecanismos de controle dessa burocracia, de que forma e com que eficiência esses mecanismos são utilizados pelo principal.

Oferta de Regulação

Importante considerar a grande contribuição de Stigler (1971) para o desenvolvimento da TPPR. Partindo da idéia de que regulação pressupõe redistribuição, existe um mercado onde há oferta e demanda por regulação. A oferta é dada pelos legisladores que oferecem o bem a diversos grupos de interesses: consumidores, firmas, que são a demanda por regulação. Coube a Peltzman (1976) formalizar o modelo, delineando o problema de maximização a ser resolvido pelos legisladores, que ofertam regulação: maximizam o apoio político que podem receber, porque pretendem reeleger-se. A teoria da regulação econômica de Stigler (1971) estuda com sucesso o problema entre políticos e grupos de interesses da sociedade, especialmente firmas e consumidores.

Os modelos de Stigler (1971) e Peltzman (1976) não consideravam divergências intrínsecas do lado de quem oferta regulação, de modo que se acredita que a regulação implementada pelos agentes reguladores é o retrato fiel da regulação desenhada pelos legisladores. Esse passo adiante será necessário para compreensão de que, processo de elaboração de E & P da nova agência, convivem interesses distintos no âmbito do setor público, em que a burocracia passa a ter objetivos próprios.

432

Estrutura e Processo de Órgãos Reguladores

A teoria positiva tem cuidado com redobrada atenção das questões relacionadas com o desenho de E & P de agências. McCubbins, Noll & Weingast (1989) analisando a recente experiência norte-americana, estudam a edição do *Clean Air Act* e o novo modelo de atuação do Estado no que toca à política de combate à poluição, o que significou uma intrincada redefinição de instituições.

A questão subjacente consiste em definir quais procedimentos novos serão adotados e quais estão sendo abolidos. Para os legisladores que votam uma nova legislação, há um claro *trade-off* entre optar por processos informais de tomada de decisões, com aumento da discricionariedade da burocracia, ou optar por processos mais rígidos, que colocam limitações formais à autonomia da agência. No caso da política de combate à poluição, optou-se por procedimentos mais formais, demonstrando que os legisladores não desconhecem o papel relevante que a modelagem de E & P podem ter na solução dos problemas entre principal e agente.

A história das reformas administrativas nos EUA mostra que uma das maiores preocupações dos legisladores refere-se à atuação eficiente das agências, especialmente no tocante à capacidade de seleção e avaliação de informações relevantes que servirão de base para suas decisões administrativas. Da mesma forma, os legisladores debatem a justiça e a proteção aos direitos individuais quando cogitam arranjos institucionais alternativos.

Assim, a escolha de E & P é guiada por preocupações políticas, isto porque os parlamentares vêem que tais escolhas podem ser decisivas, na medida em que podem assegurar, ou não, que futuras agências venham a produzir resultados políticos satisfatórios para a coalizão. Dois aspectos são fundamentais para a definição dos arranjos de controle político de agências: primeiro, equilíbrio entre as forças dos múltiplos principais, Executivo e Legislativo, gerando uma coalizão que favoreça a governança; segundo, definição de E & P de agências como mecanismo de controle.

Na análise de McCubbins, Noll & Weingast (1989), partindo-se do modelo principal-agente, a coalizão vai procurar selecionar a política, a estrutura e o processo que consigam determinar a cooperação da burocracia. Além do mais, tomando-se em conta o problema dos altos custos de monitoramento, propõem-se mecanismos alternativos de detecção de comportamento não cooperativo da agência, através da organização de sistemas de *fire alarms*, de modo que grupos da sociedade ouviriam o alerta dado e informariam aos órgãos de controle político, localizando e delatando o oportunismo.

Delegação de Poderes e Mecanismos de Controle

Um dos pontos centrais da discussão deste trabalho refere-se ao relacionamento das agências reguladoras com o sistema político, bem como sobre a origem política das decisões das agências. Mesmo para a TPPR, este ainda é um ponto bastante controverso, dividindo-se os pontos de vista, que vêem o relacionamento agência-legislador da seguinte forma: primeiro, levando-se em conta os componentes burocráticos das decisões das agências, assume-se que as agências são relativamente independentes em relação ao Congresso e ao Presidente da República; segundo, as agências são efetivamente controladas pelo Congresso em suas realizações concretas, que não deixam de ser resultado dos seus interesses políticos.

Ademais, o debate sobre reformulação de E & P, em regra, ignora a falta de consenso sobre a questão do controle efetivo de agências, além de não incorporar propostas decorrentes de observações ou de evidências empíricas sobre o comportamento da burocracia, que autorizem prognósticos de mudanças nas políticas.

Weingast & Moran (1983) partem desses dois pontos de vista, considerando que a definição quanto à relação de controle ou não-controle de agências é a grande questão subjacente à toda discussão sobre reforma regulatória. Toda reforma no arcabouço regulatório assenta-se sobre uma dessas concepções de prováveis comportamentos de agências governamentais, e o sucesso de qualquer mudança depende se a concepção de agência implícita corresponde, ou não, adequadamente à prática das agências.

Com isso, concluem que a compreensão sobre a origem das agências estatais, bem como da estabilidade ou mudança na política concreta realizada por estes entes, decorre da percepção de que existem orientações políticas subjacentes no processo de tomada de decisão, orientações estas oriundas do parlamento.

3 PLANO GERAL DE METAS DE UNIVERSALIZAÇÃO

O Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU) definiu as metas de acesso individual e coletivo que devem ser atendidas pelas concessionárias até o final de 2005

para a progressiva universalização dos serviços de telefonia fixa comutado, prestado em regime público, em cada unidade da federação.

Duas questões são indissociáveis às metas de universalização: o cumprimento das metas, propriamente dito; e a capacidade de aferir se elas estão sendo efetivamente cumpridas. A primeira está ligada aos concessionários e a segunda ao regulador, mas ambas são direitos garantidos à sociedade. É relevante observar que tais direitos não se restringem aos usuários de serviços telefônicos, mas também aos potenciais usuários, tanto de acessos individuais quanto públicos.

Pode-se dizer, portanto, que os direitos sociais de acesso universal aos serviços telefônicos prestados em regime público encontram contrapartidas nas obrigações das operadoras na implementação das metas e do ente regulador, na aferição do cumprimento das metas. Esta seção do trabalho tem como objetivo avaliar se a fiscalização da Anatel está sendo suficiente para assegurar a efetiva aferição do desempenho no cumprimento de tais metas.

Quando se fala em universalização, do ponto de vista legal, está-se tratando de uma modalidade específica de serviço de telecomunicações. Nessa acepção legal, portanto, universalizar o Serviço de Telefonia Fixa Comutada (STFC), não é o mesmo que universalizar o Serviço Móvel Pessoal (SMP). Tais serviços são tecnologicamente diferentes e prestados em regimes jurídicos distintos. Enquanto o STFC é prestado em regime público, o SMP é prestado em regime privado. Essa diferença terá um grande impacto na ação do regulador e nos mecanismos de financiamento público para a promoção da universalização no setor de telecomunicações.

434

Do ponto de vista normativo, deve-se sempre ter em mente as seguintes idéias quando se fala de universalização de serviços de telecomunicações:

- i) Os serviços de telecomunicações que devem necessariamente existir, ser ofertados em caráter universal e contínuo são assegurados pela União (art. 64 da LGT);
- ii) por serem assegurados pela União, podem por ela ser diretamente prestados ou delegados a terceiros (art. 21, XI, CF)
- iii) instrumento próprio para delegação no setor de telecomunicações é a concessão (art. 21, XI e art. 175, CF c/c art. 83 e art. 118, da LGT);
- iv) nesses termos, a delegação confere caráter público ao regime de prestação de tais serviços;
- v) apenas às prestadoras que operam sob o regime público (concessionárias) podem ser imputadas obrigações de universalização;
- vi) as obrigações de universalização sempre se referem a uma determinada modalidade de serviço prestado em regime público, nunca indistintamente ao conjunto dos serviços ofertados por uma determinada operadora (arts. 64 e 85 da LGT);
- vii) para cada modalidade de serviço prestado em regime público, o Poder Executivo deve aprovar, por decreto, um plano geral de metas de universalização (art. 80 e art. 18, III da LGT);

- viii) atualmente, o único serviço de telecomunicação prestado em regime público é o STFC (art. 64, parágrafo único da LGT);
- ix) da mesma forma, existe um único plano geral de metas de universalização aprovado para o STFC, conhecido como PGMU (Decreto nº 2.592, de 15 de maio de 1998);
- x) a LGT possibilita ao Poder Executivo a criação de novos serviços e sua instituição no regime público, sujeitando as concessionárias dessa nova modalidade à obrigações de universalização.

A LGT define bem as características do tipo de serviço de telecomunicações que a União deve assegurar, qual seja: serviços de interesse coletivo, prestados em regime público e que, além da universalização, não podem ser descontinuados. Com o objetivo de acelerar o suprimento das necessidades básicas de acesso, o Plano Geral de Outorgas previu um incentivo para a antecipação das metas previstas para até 31 de dezembro de 2003: a concessionária que antecipasse suas metas – desde que devidamente certificada pela Anatel – poderia atuar fora de sua área de concessão e prestar qualquer tipo de serviço de telecomunicações, a partir de janeiro do ano subsequente ao da antecipação, a partir de janeiro de 2002, conforme a Tabela 3.

Tabela 3: Serviços de Telecomunicação Prestados por Segmento e Metas

SEGMENTO	1999	2000	2001	2002	2003 ^a	2004 ^b
Local	Duopólio regional formado pelas três concessionárias e as empresas-espelho locais			Autorizada a livre entrada em qualquer segmento ou tipo de serviços (será permitida a entrada das concessionárias e das empresas-espelho se as metas estabelecidas para todas as empresas que atuam em suas regiões forem cumpridas antecipadamente).		
Intra-regional	Concorrência entre as três concessionárias, as três empresas-espelho locais, a Embratel e a sua empresa-espelho					
Inter-regional	Duopólio entre a Embratel e a sua empresa-espelho					
Internacional	Duopólio entre a Embratel e a sua empresa-espelho					

Fonte: PIRES (1999).

^a A partir de 2003, será permitida a entrada das autorizadas em qualquer segmento de mercado ou serviços, desde que sejam cumpridas todas as obrigações de atendimento e de expansão previstas nos contratos.

^b A partir de 2004, será permitida a entrada das concessionárias em qualquer segmento de mercado ou serviços, desde que sejam cumpridas todas as obrigações de atendimento e de expansão previstas nos contratos.

^c Se as metas previstas para dez./2003 forem antecipadas para dez./2001, será permitida, em 2002, a entrada das concessionárias em qualquer segmento de mercado ou serviços.

Deve-se ressaltar que o prêmio para a antecipação de metas (a possibilidade de atuar no mercado de longa distância nacional e internacional) representou uma grande oportunidade para as empresas de telefonia. A partir de pesquisa nas notas explicativas das demonstrações financeiras de algumas empresas, foi possível acessar dados que demonstram o incremento de receita possível graças ao prêmio pela antecipação de metas do PGMU. A empresa Telemar destaca de maneira bastante clara este incremento de sua

receita possibilitado pela antecipação de metas: R\$ 58,8 milhões em 2002 e R\$ 280,4 milhões em 2003.

Assim, mesmo representando apenas uma fração do grande mercado de telefonia, que movimenta dezenas de bilhões de Reais por ano, os incrementos de receita apontados são números que falam por si. Se considerados os ganhos de competitividade para atuar no mercado corporativo, decorrentes da habilitação de realizar todos os tipos de chamadas (desde locais a longa distância internacional), e a possibilidade de lutar por maiores fatias do mercado global de telefonia, conclui-se que realmente os impactos da certificação de antecipação de metas foram importantes para as concessionárias

4 DIAGNÓSTICO DOS SERVIÇOS DE TELEFONIA NO BRASIL

A realização de um diagnóstico completo sobre a cobertura dos serviços de telefonia no Brasil é tarefa que envolve analisar os dados sobre o acesso a telefones particulares, sejam fixos ou celulares, e telefones de uso público (TUPs). O acesso de consumidores residenciais à telefonia celular e fixa é avaliado a partir de microdados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) do ano de 2002 e do Censo do ano de 2000, ambos produzidos pelo Instituto Nacional de Geografia e Estatística (IBGE). A planta TUPs, por sua vez, é avaliada com base nos dados do Sistema de Gestão das Obrigações de Universalização (SGOU), gerado pela Anatel a partir de dados fornecidos pelas concessionárias de telefonia.

436 Segundo dados da PNAD 2002, 103 milhões de brasileiros, ou 60,4% da população, têm acesso a um telefone particular em seus domicílios⁴, conforme visto na Tabela 4. A maior parte desses telefones particulares é de telefones fixos, com uma ou mais linhas a servir a todos os moradores do domicílio em que estão instaladas, cobrindo 51,7% da população brasileira.

Tabela 4 – Acesso à telefones particulares residenciais no Brasil.⁵

	mil pessoas	(%) total
Não possui telefone particular	67.714	39,6
Possui telefone particular	103.077	60,4
Possui apenas telefone fixo	44.030	25,8
Possui apenas telefone celular	14.819	8,7
Possui telefone fixo e celular	44.227	25,9
Ignorado ou sem informação	15	0,0
TOTAL	170.806	100,0

Nota: dados tratados por SEFID/TCU. Fonte: PNAD 2002 em microdados.

Cerca de um quarto da população brasileira reside em lares onde, além da linha telefônica fixa, há ao menos um morador que possui um telefone celular. Em outros lares, nos quais residem 8,7% da população (14,8 milhões de pessoas), o acesso particular aos serviços de telefonia ocorre apenas por intermédio do telefone celular, próprio ou de algum outro membro do grupo doméstico. Contudo, ainda que os serviços de telefonia

particular atinjam uma massa considerável de pessoas, a parcela da população brasileira que não tem acesso a tipo algum de telefone particular ainda é enorme: 39,8%.

A análise da Tabela 4 – Acesso à telefones particulares residenciais no Brasil. deve ser feita com prudência, quando se fala em universalização da telefonia, pois um cidadão pode vir a ter acesso aos serviços de telefonia, mesmo não possuindo telefone fixo ou celular, se tiver acesso a telefones de uso público. Essa ressalva serve também para demonstrar que a análise do acesso aos serviços de telefonia fixa e móvel por meio de telefones particulares pode ser importante para vários fins, entre eles, o de direcionar a aspectos regionais.

O grau de cobertura dos serviços de telefonia é bastante variado em função da região analisada. Como demonstra a Tabela 5, a Região Nordeste⁶ é aquela em que o acesso a um telefone residencial ocorre para menores parcelas da população.

Tabela 5 – Taxa de acesso a telefones por região, em % da população.

Posse de telefone - Incidência por região (em %)				
Região	não possui telefone	possui telefone		
		só fixo	só celular	fixo e celular
NE	63,8	16,1	6,6	13,4
SE	27,2	32,2	7,7	32,8
S	28,8	27,8	13,2	30,2
CO	33,5	24,3	11,0	31,2
Brasil	39,6	25,8	8,7	25,9

Nota: dados tratados por SEFID/TCU. Fonte: PNAD 2002 em microdados.

437

Além da variação das taxas de acesso a telefone entre as regiões, há diferenças muito mais significativas entre a zona rural e urbana, como demonstram os dados da Tabela 6. Como era de se esperar, o acesso a telefones residenciais particulares é muito superior na zona urbana em relação à zona rural, em todas as regiões. Comparando-se os valores na última linha das duas tabelas, é possível verificar o quão superior é o acesso a serviços de telefonia no meio urbano.

Tabela 6 – Taxa de Acesso a Telefones por Região, em % da População.

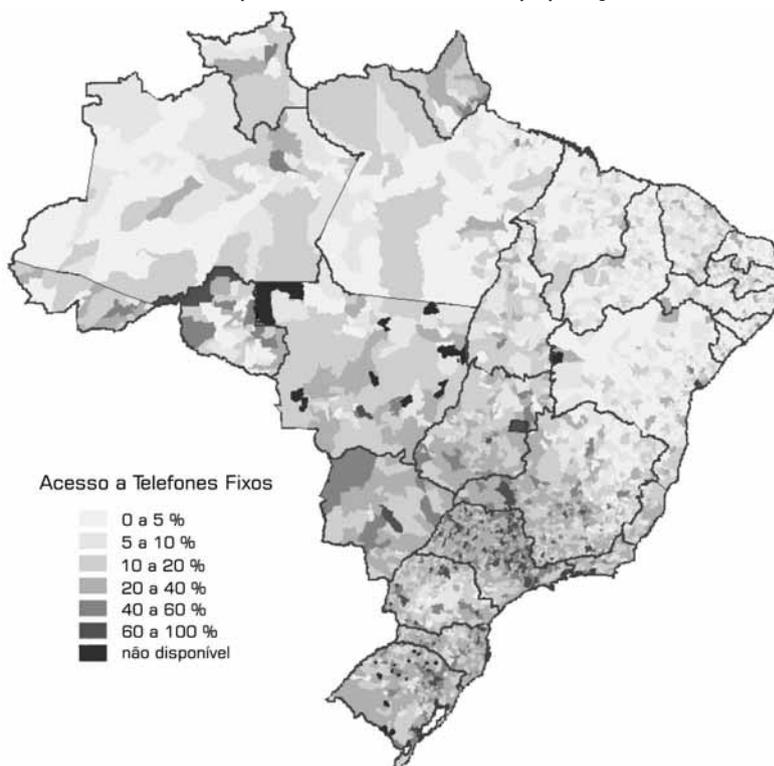
BRASIL URBANO - Incidência por região (em %)					BRASIL RURAL - Incidência por região (em %)				
Região	não possui telefone	possui telefone			Região	não possui telefone	possui telefone		
		só fixo	só celular	fixo e celular			só fixo	só celular	fixo e celular
N	47,6	22,3	11,5	18,5	N	-	-	-	-
NE	51,4	22,1	7,9	18,7	NE	93,7	2,0	3,7	0,6
SE	23,3	34,0	7,5	35,2	SE	71,5	11,7	10,7	6,1
S	21,7	32,0	10,4	35,8	S	59,7	9,5	25,1	5,7
CO	27,5	27,2	10,2	35,1	CO	74,8	4,4	16,8	4,0
BR urbano	31,7	29,6	8,5	30,2	BR rural	81,7	5,6	9,8	2,9

Nota: dados tratados por SEFID/TCU. Fonte: PNAD 2002 em microdados.

O padrão de desigualdades repete-se quando se analisa as mesmas informações em escala estadual.

É possível ainda realizar o mesmo exercício em escala municipal, utilizando dados do Censo de 2000, porém com a limitação de que só há dados para acesso à telefonia fixa⁷. O resultado é apresentado sob a forma de mapas, nos quais uma escala cromática representa diferentes patamares das taxas de acesso aos serviços de telefonia fixa. A medida utilizada foi o percentual da população municipal que reside em domicílios com telefones fixos residenciais.

Figura 1 - Taxa de acesso a telefones fixos para os Municípios Brasileiros, em % da população



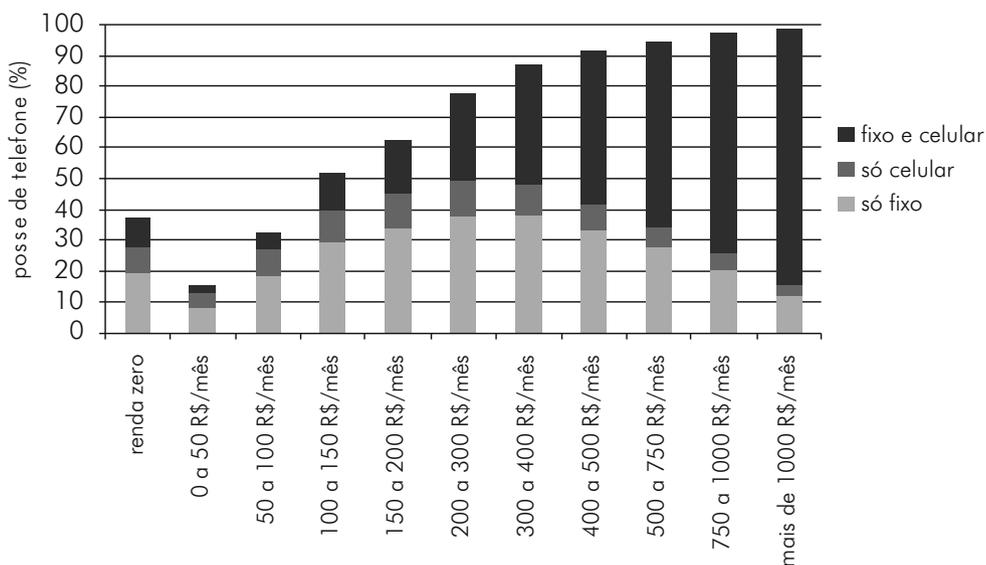
Nota: dados tratados por SEFID/TCU. Fonte: Censo 2002 em microdados.

Renda Domiciliar Per Capita e Acesso a Telefones Particulares

O Gráfico 1 permite visualizar a correlação positiva entre renda per capita e acesso a telefone particular, ressaltando o forte contraste entre as taxas de acesso: enquanto que entre a população com renda domiciliar per capita mensal superior a mil reais o acesso

a telefonia é praticamente universal, apenas 15% da população com renda per capita mensal inferior a cinquenta reais possuem telefone. Para esta faixa de renda, pode-se dizer que há dois obstáculos que limitam o acesso à telefonia particular: a baixa oferta destes serviços na zona rural, onde habita parte significativa da população em questão, e essencialmente a insuficiência de renda, na medida em que mesmo o preço mínimo dos serviços de telefonia particular é impeditivo.

Gráfico 1 - Taxa de acesso a telefones para diferentes faixas de renda, em % da população



Nota: dados tratados por SEFID/TCU. Fonte: PNAD 2002 em microdados.

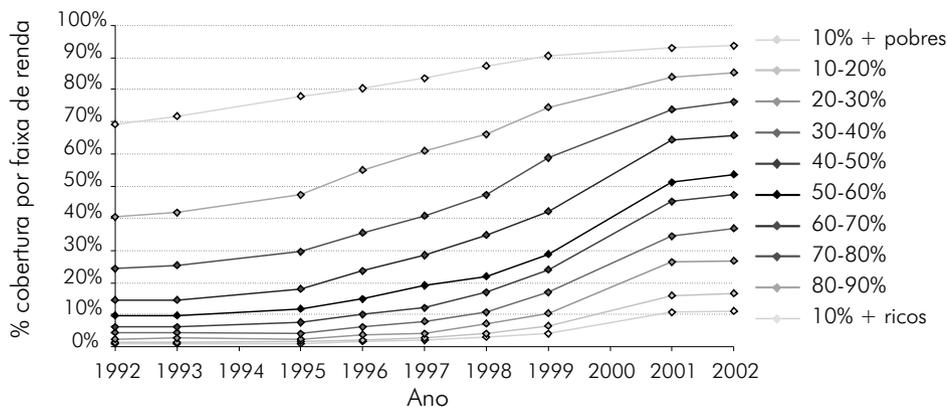
Enquanto nas faixas de renda mais baixas ou intermediárias predomina o acesso a apenas um dos tipos de telefone particular (fixo ou celular), para as faixas de renda mais elevada, a maioria das pessoas possui os dois tipos de telefone em seu domicílio⁸. Outro fato importante é que a participação relativa do celular como meio exclusivo de acesso à telefonia é mais significativo nas faixas de renda mais baixas.

Evolução dos Serviços de Telefonia

A estratégia para avaliar os impactos da privatização sobre a ampliação no acesso aos serviços de telefonia é analisar o ritmo de crescimento da cobertura dos serviços de telefonia e a distribuição do acesso a tais serviços em função da renda per capita para os períodos pré e pós-privatização. No Gráfico 2, é possível verificar que para todas as

faixas de renda o aumento na taxa de acesso a telefones fixos residenciais acentuou-se no período compreendido entre os anos de 1998 e 2001. É possível visualizar também que os maiores crescimentos absolutos ocorreram para as faixas intermediárias de renda.

Gráfico 2 Percentual de Acesso a Telefones Fixos por Faixa de Renda



Nota: dados tratados por SEFID/TCU. Fonte: PNADs 1992 a 2002 em microdados.

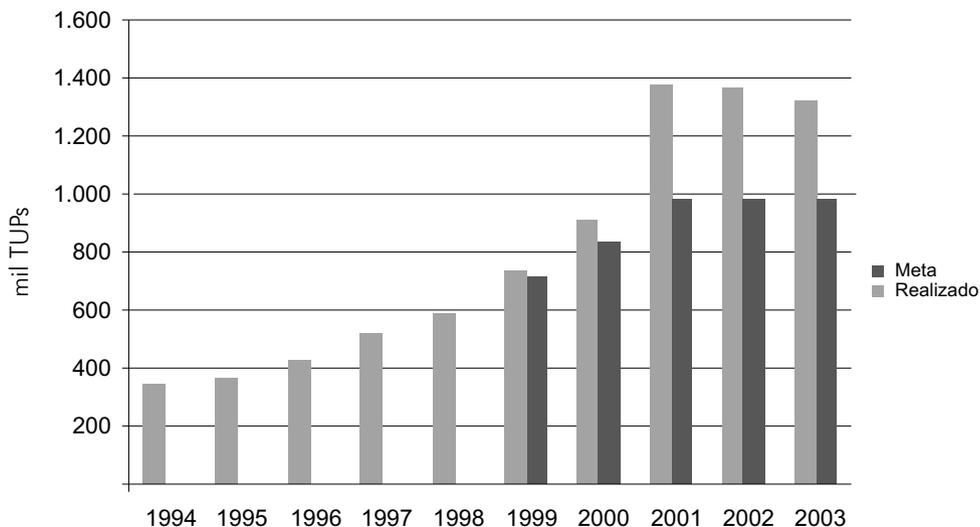
Não obstante os maiores ganhos absolutos em termos de crescimento nas taxas de acesso terem ocorrido para as camadas intermediárias da renda, como os níveis de acesso para as faixas mais baixas de renda eram reduzidíssimos no início do período analisado, os ganhos relativos para estas parcelas foram os maiores, é importante ressaltar que a diminuição no crescimento para as duas faixas superiores de renda é natural, à medida que se aproximam, pois é possível considerar praticamente universalizado o acesso a telefones fixos nestas faixas.

Evolução da Rede de Telefones de Uso Público

Para analisar a universalização dos serviços de telefonia de modo completo, deve-se avaliar também o grau de penetração da rede de telefones de uso público (TUPs), que

oferece uma alternativa de acesso aos serviços de telefonia para aqueles cidadãos que não possuem acesso a telefones particulares. A partir de dados agregados fornecidos pela Anatel⁹, é possível inferir que o Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU), a ser apresentado em maiores detalhes na seção capítulo seguinte, representou um importante mecanismo de incentivo para a ampliação da rede de telefones de uso público.

Gráfico 3 Total de telefones de uso público no Brasil, em milhares



Fonte: Anatel e TCU.

Aferição do Cumprimento das Metas de Universalização

A partir das obrigações explicitadas nos contratos de concessão e no PGMU, quantificadas em termos de metas a serem cumpridas pelas empresas concessionárias, a Anatel definiu dezoito itens de controle a serem monitorados. A compreensão da natureza e da extensão desses itens é o ponto de partida para se ter uma visão do desafio que representa aferir o cumprimento das metas de universalização, bem como sobre a adequação dos procedimentos e técnicas empregados nessa aferição.

A partir da análise dos itens de controle, verifica-se que a dinâmica da oferta dos serviços de telecomunicações é planejada a partir de metas de quantidade, de densidade e de distribuição de terminais. Tais propriedades são exigidas de forma diferenciada para zonas mais ou menos densamente habitadas. Do ponto de vista de como produzir diretrizes para a expansão da oferta, esse conjunto de metas, em teoria, compõe uma sofisticada sistemática que pretende levar a infra-estrutura de telefonia a todo o Território Nacional.

Nesse contexto, verificar se a expansão da oferta dos serviços de telecomunicações vem se dando tal como preconizada no marco regulatório é uma tarefa crítica para o regulador.

As avaliações dos dados agregados dos serviços de telefonia fixa são elaboradas pela Superintendência de Universalização (SUN), e têm o objetivo de apresentar um diagnóstico sintético da evolução da cobertura desses serviços. As metas que envolvem agregação de dados são monitoradas no âmbito destas análises apresentadas pela SUN. Além das análises agregadas, a estratégia da Anatel para avaliar o cumprimento das obrigações de universalização é baseada em fiscalizações em campo. O trabalho de campo é realizado pela Superintendência de Radiofrequência e Fiscalização (SRF), a partir de demandas apresentadas pela SUN. A seleção das localidades a fiscalizar é feita por um processo de amostragem.

O processo de amostragem é parte da etapa de planejamento, e dá origem às fiscalizações sistemáticas. Apesar de a Agência classificar de forma separada o processo de certificação de antecipação de metas, sua natureza é idêntica à da fiscalização sistemática, utilizando-se da mesma metodologia de fiscalização, mas com objetivos diferentes. A certificação de antecipação de metas inicia-se a pedido das concessionárias, e demanda mais horas de fiscalização.

Além das fiscalizações programadas, há também fiscalizações eventuais, que se referem à apuração de denúncias ou de reclamações. Em alguns casos, essa apuração é realizada diretamente pela SUN, sem a necessidade de acionamento da SRF para fiscalização *in loco*.

O processo de fiscalização para aferição da antecipação de metas iniciou-se em novembro de 2001. Em fevereiro e agosto de 2002, receberam os certificados de antecipação de metas a Telefônica e a Telemar, respectivamente. Em paralelo, foi realizada a fiscalização sistemática das demais concessionárias. No entanto, o planejamento da fiscalização em bases anuais começou a ser realizado a partir do ano de 2002, com início em 2003.

5 ANÁLISE DE PROCEDIMENTOS, TÉCNICAS E FERRAMENTAS UTILIZADOS NA FISCALIZAÇÃO

O ponto de partida para a análise do processo de fiscalização da Anatel é o conhecimento das bases de dados de que a Agência dispõe. O Sistema de Gestão das Obrigações de Universalização (SGOU) é o sistema de informações que foi criado para dar suporte ao acompanhamento e fiscalização das metas do PGMU. Esse sistema foi implantado em 2003, e encontra-se ainda em fase de aprimoração.

O Processo de Amostragem Utilizado nas Fiscalizações

Uma etapa preliminar à seleção das localidades a fiscalizar por meio de amostragem é a construção de uma lista que representa o universo de localidades que devem ser atendidas pelo STFC, segundo o PGMU. Apesar de este plano estabelecer os critérios populacionais para definição do que deve ser considerada uma localidade a ser atendida pelo STFC, a Anatel não realizou nenhum trabalho para, a partir destes critérios realizar um levantamento extensivo em Território Nacional, com vistas a preparar uma lista de localidades que devem ser atendidas pelo STFC, passíveis de fiscalização.

A lista de localidades a serem atendidas, e, portanto passíveis de fiscalização, origina-se no Sistema Área-área da Anatel, que é alimentado via *Internet* pelas concessionárias e autorizatárias. Sempre que uma empresa deseja prestar algum serviço em determinada localidade, precisa incluí-la neste sistema, para fins de expedição de autorização de serviços e fiscalização pela Anatel, dando origem ao Cadastro Nacional de Localidades (CNL).

Assim, na prática, atualmente são as concessionárias que determinam o alcance da verificação das obrigações de universalização, uma vez que a lista, ou universo de localidades do SGOU, é obtida a partir do sistema Área-área, que por sua vez é alimentado pelas concessionárias. As localidades passíveis de fiscalização são as que constam deste universo, pois, é a partir dele que a Anatel realiza o planejamento das fiscalizações.

Para os agrupamentos populacionais excluídos do sistema área-área, e, portanto do SGOU, mas que se enquadrem nos critérios do PGMU para serem atendidas pelo STFC, restariam fiscalizações pontuais, originadas por denúncia, como instrumento de *enforcement* para assegurar os direitos dessas populações. No entanto, contar que populações residentes em localidades excluídas de uma lista (o que pressupõe serem localidades pequenas e isoladas) sejam organizadas a ponto de conhecerem seus direitos relativos ao PGMU e apresentarem tais demandas parece ser uma visão muito otimista.

Os procedimentos de planejamento e execução da fiscalização das metas de universalização foram definidos a partir de um trabalho de consultoria prestado pelo Centro de Pesquisa e Desenvolvimento em Telecomunicações (CPqD). Este trabalho resultou na publicação do Manual para Acompanhamento e Controle do Cumprimento dos Compromissos Assumidos pelas Prestadoras do STFC (doravante denominado Manual de Acompanhamento).

Um dos pontos fundamentais definidos neste manual diz respeito ao processo de amostragem para seleção de localidades e definição da amostra de itens a verificar em cada localidade. A confiabilidade das conclusões da Anatel a respeito da situação de cumprimento ou não das metas de universalização depende completa e inteiramente deste processo de amostragem.

No entanto, o processo de amostragem e as fórmulas descritas no Manual para Acompanhamento e Controle do Cumprimento dos Compromissos Assumidos pelas Prestadoras do STFC apresentam graves erros e inconsistências, a ponto de comprometer completamente as conclusões da Agência.

Estas conclusões são embasadas em dois pareceres de especialistas, cujas análises e conclusões são apresentadas em detalhes no relatório de auditoria. Os pareceres convergem ao apontar erros conceituais e imprecisões, problemas na operacionalização da amostra, e desconsideração da amostragem em dois estágios.

Em função dos problemas apontados, os consultores ressaltam que o processo de fiscalização em campo baseado no processo de amostragem com estes problemas não tem valor inferencial. Sendo assim, a Anatel não dispõe atualmente dos meios para detectar se as metas estão sendo efetivamente cumpridas, ou mesmo se foram antecipadas.

Execução de Fiscalizações e (não) Aplicação de Sanções

O ano de 2003 foi o primeiro em que a Anatel realizou no ano anterior o planejamento das ações de fiscalização em campo. A partir de informações enviadas pela Agência, estima-se que neste ano o custo das inspeções *in loco* tenha sido de R\$ 2,5 milhões. No entanto, as fiscalizações efetivamente executadas representaram apenas 45% do esforço demandado pela SUN no planejamento, tendo sido fiscalizadas apenas 2.922 localidades, de um total de 6.835 localidades planejadas.

Segundo a Anatel, este fato deveu-se à não contratação de 21.679 horas de fiscalização (Hf) de apoio à fiscalização que estavam previstas a atender à SUN; ao desvio de 17.392 de Hf para a fiscalização da certificação de antecipação de metas da Brasil Telecom; ao consumo de 18.206 de Hf com fiscalizações pontuais, oriundas de denúncias e reclamações; e à redução de 12.600 de Hf devido à não contratação de fiscais na ordem de 20% do previsto para 2003.

444

Todas as justificativas apresentadas demonstram claramente que há restrições operacionais ao pleno cumprimento do planejamento das fiscalizações em campo para verificar o cumprimento das obrigações de universalização. Fugiu ao escopo deste trabalho analisar qual sua origem. Mas a clara impossibilidade de atender ao próprio planejamento representa um problema grave, especialmente quando considerada a análise sobre a insuficiência do tamanho das amostras utilizadas pela Anatel para inferir sobre o cumprimento das metas do PGMU.

Uma análise dos processos de certificação de antecipação de metas do PGMU revela uma ausência de relação entre o prazo de certificação e o número de localidades fiscalizadas. Isso demonstra a heterogeneidade do tratamento dado pela Agência a tais processos.

Tabela 9 Certificação da antecipação de metas e universos de fiscalização

Prestadora	Data do Pedido	Data da Certificação	Prazo de Certificação	Universo 1 + 2	Localidades Universo 1	Localidades Universo 2
Telesp	30 set.2001	4 mar.2002	155 dias	1.151	234	917
Sercomtel	31 out.2001	8 mar.2002	128 dias	8	2	6
CTBC Telecom	15 out.2001	24 abr.2002	191 dias	123	19	104
Embratel (*)	12 nov. 2001	5 jun.2002	205 dias	356	167	189

Prestadora	Data do Pedido	Data da Certificação	Prazo de Certificação	Universo 1 + 2	Localidades Universo 1	Localidades Universo 2
Telemar	30 nov.2001	24 jun.2002	206 dias	7.572	2.225	5.347
Brasil Telecom	28 fev.2002	19 jan.2004	690 dias	2.564	596	1.968

(*) Para Embratel, as metas são para localidades remotas e a estratificação em questão perde o significado.

Fonte: Anatel.

A disparidade entre tamanho dos universos de fiscalização e tempo de certificação não permite comparar diretamente o esforço de certificação. Não obstante, para as concessionárias de maior porte, pode ser útil avaliar a “rapidez” associada a processos de certificação como a razão entre universo total de fiscalização e tempo total de certificação¹⁰. A “rapidez” aqui medida não é necessariamente sinônimo de eficiência. Pode significar, por exemplo, que foram inspecionadas menos localidades que o necessário, ou que as inspeções em campo avaliavam menos itens de controle.

Tabela 10 “Rapidez” da Certificação por Concessionária

Prestadora	“Rapidez”
Telemar	36,76
Telesp	7,43
Brasil Telecom	3,72

Fonte: SEFID tratando dados da Anatel.

Ao analisar a instauração de Processos Administrativos Punitivos (PADOs) decorrentes de não conformidades apontadas pelos relatórios de fiscalização, constatou-se grande dificuldade da Anatel em apresentar dados gerenciais. O desencontro e atraso no fornecimento de tais dados prejudicaram a análise. Não obstante, foi possível detectar que nenhum PADO relacionado a obrigações de universalização havia sido instaurado até 2003, e que, até abril de 2004, nenhum tipo de sanção decorrente de descumprimentos de obrigações de universalização havia sido aplicada.

ANÁLISE SOB O ENFOQUE DA TPRR E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde meados da década de 1990, intensificou-se no Brasil o Programa Nacional de Privatização por meio da transferência de serviços públicos, até então prestados preponderantemente ou exclusivamente pelo Estado, para a iniciativa privada. Além das privatizações propriamente ditas, outros mecanismos de delegação de responsabilidades prestacionais do Estado para a iniciativa privada – principalmente concessões – passaram a ser amplamente utilizados.

A soma desses movimentos – privatizações e delegações – trouxe uma profusão de empreendedores privados como provedores de serviços públicos, além dos agentes públicos remanescentes, quase todos eles atuando como monopolistas ou oligopolistas em seus setores de mercado. Para dar conta de regular esse novo ambiente, foi necessário construir todo um aparato institucional e normativo, visto que não havia uma distinção clara entre poder concedente e concessionário, num cenário até então dominado pelo setor público (governo e empresas estatais).

É importante se ter em mente que a prestação dos serviços públicos é atribuição originária da Administração, que pode delegá-la (a prestação) a terceiros. O Poder Concedente não pode, portanto, perder de vista que o objetivo final de todo o relacionamento construído com os agentes delegados é o de assegurar o fornecimento de serviços a um conjunto de usuários (famílias e empresas), que os demandam e para quem, em muitos casos, são essenciais.

Considerando o objetivo geral deste artigo, de analisar um dos aspectos que ganhou maior importância após a reestruturação das telecomunicações em vários países, o incentivo e fiscalização do cumprimento das metas de universalização de acesso ao sistema fixo de telefonia, esse ponto ganha importância principalmente no Brasil, onde a parcela da população atendida pelas redes de telefonia ainda é pequena. Historicamente a garantia da universalização foi financiada por meio de subsídios cruzados, pois, a universalização de serviços e outras obrigações não-econômicas resultaram em tarifas insuficientes para cobrir os custos marginais.

Apesar dessa maneira de financiamento ser possível num ambiente de monopólio, a distorção que ela causa sobre as tarifas é insustentável no ambiente competitivo. Outras empresas terão estímulos distorcidos para entrar nos mercados que estiverem com tarifas artificialmente altas, enquanto que nos mercados subsidiados sua entrada seria dificultada. No entanto é necessário garantir às empresas incumbentes condições de igualdade com as entrantes, de onde surge o problema de como financiar essas obrigações quando as empresas não podem mais utilizar os subsídios cruzados.

No Brasil, os compromissos para a universalização dos serviços foram definidos no próprio processo de reestruturação e privatização. Foram também utilizados como condições para a transição para uma segunda etapa mais competitiva do mercado.

446

Nesse contexto, para cumprir estes papéis, a Agência Nacional de Telecomunicações foi criada depois de ter sido montado o marco regulatório das telecomunicações, e de se criarem condições para deflagrar o processo de privatização, ao contrário do setor elétrico. A ampliação de oferta de linhas e serviços telefônicos, a partir da privatização da telefonia, bem como a diminuição das taxas de acesso, como apontado no relatório é inegável, foi um movimento bastante auspicioso.

Outrossim, a aferição do cumprimento das metas de universalização, papel que cabe à Anatel, e que é também um direito tanto quanto o próprio direito ao acesso, envolve, em alguns casos, o monitoramento de um número enorme de observações, ou microdados. Esse é o caso, por exemplo, da aferição da distância máxima a percorrer em uma determinada localidade, para acessar um “orelhão”. Considerando a existência de cerca de 1,3 milhões de “orelhões” a impossibilidade de avaliar o cumprimento dessa obrigação em todo Território Nacional de forma censitária é algo evidente.

Entre os achados de auditoria de universalização, recorrentemente citada neste artigo, o fato de um sistema de gerenciamento das obrigações de universalização ter sido implantado pela Anatel muito depois do início do processo de certificação de antecipação de metas, que começou em novembro de 2001, demonstrou que a Agência não se preparou adequadamente em termos de uso eficiente de tecnologia da informação. Tanto

o Plano Geral de Outorgas como os contratos de concessão já explicitavam, em 1998, cronogramas de cumprimento e antecipação de metas.

Ademais o método de fiscalização vigente à época permitia à Agência ter apenas uma visão extremamente segmentada e incompleta da distribuição de “orelhões” em escala intramunicipal.

Isto ocorreu porque o procedimento de fiscalização da Anatel prescindia da utilização de um Sistema de Informações Geográficas (SIG) e de ferramentas modernas de auditoria de sistemas de informação para avaliar os dados das concessionárias referentes a obrigações de universalização. É paradoxal que justamente a Agência que regula e fiscaliza um dos setores mais dinâmicos e intensivos em tecnologia da economia do País utilizasse técnicas, procedimentos e sistemas de fiscalização tecnologicamente defasados, quando há alternativas mais eficientes e eficazes que não implicam necessariamente em maiores custos.

A gravidade e extensão dos diversos problemas encontrados demonstraram que o caso não era apenas de correção em erros pontuais ao longo do processo de fiscalização, mas de uma reformulação de manuais, procedimentos e de toda a operacionalização do processo de fiscalização. Neste sentido, recomendou-se nas conclusões auditoria que se adotasse uma nova estratégia de abordagem para a fiscalização ao fazer tal reformulação, tendo-se em vista critérios de eficiência, eficácia e economicidade

Esses achados demonstram que a Anatel estava despreparada, no momento de sua criação para o esforço regulatório que lhe seria demandado num momento posterior fundamental do processo de privatização.

Uma outra notícia que corrobora essa constatação foi a tardia criação da Superintendência de Universalização da Anatel, e ainda assim de maneira assoberbada e sem estrutura, fragilizando desde o início o processo fiscalização, mormente, no que tange a aferição dos direitos de universalização, questão sensível a maioria dos usuários.

Ademais, houve desde a criação do órgão regulador, problemas quanto à definição do quadro de pessoal da Agência. Na época, o governo recuou da idéia original de fazer do cargo dos reguladores carreira típica de Estado. Por razões fiscais, optou-se pelo regime celetista. Isso desqualificou a função. A agência, que deveria ser forte e bem estruturada, ficou sendo sustentada por dois terços de pessoal provisório.

Portanto, a fiscalização, que seria um elemento para mitigar a assimetria de informação intrinsecamente presente nas relações regulatórias, acaba por não cumprir seu papel, seja pela ineficiência das metodologias e ferramentas de fiscalização, seja pela instabilidade do corpo burocrático, o que compromete gravemente o marco regulatório das telecomunicações.

A inoperância da Agência e o descaso para com a fiscalização das atividades das empresas privatizadas, quando confrontados com o fato de o prêmio para a antecipação de metas (a possibilidade de atuar no mercado de longa distância nacional e internacional) ter representado uma grande oportunidade para as empresas de telefonia e o fato de se poder atribuir uma noção de “rapidez”, como razão entre universo total de fiscalização e

tempo total de certificação ao processo de antecipação de metas para as concessionárias de maior porte, pode significar, por exemplo, que foram inspecionadas menos localidades que o necessário, ou que as inspeções em campo avaliavam menos itens de controle, o que dá indícios de algo mais grave: uma captura do aparato fiscalizatório da Agência nos momentos críticos do processo de antecipação, que era condicionante suspensivo ao acesso a novos mercados e novas receitas.

Isso se agrava pelo fato de que dadas essas graves distorções no processo fiscalizatório ficar patente que a Agência não tem como contestar os dados que são fornecidos pelas próprias operadoras, e, portanto, não tem como assegurar que essas informações são fidedignas, muitas vezes apenas chancelando-os sem a devida análise crítica. Aí se constata uma enorme assimetria entre o regulador e o setor regulado, dando margens a situações de seleção adversa e perigo moral.

Remetendo a discussão à Seção 2, ficou notório a definição de estrutura e processos da Agência Reguladora pelos legisladores, não foi suficiente ou não foi devidamente complementada ao nível do Órgão para garantir um processo de fiscalização mais efetiva do cumprimento das metas de universalização.

Mecanismos complementares de controle social como as consultas públicas definidas na Lei Geral de Telecomunicações não foram suficientes para permitir a participação efetiva da sociedade no acompanhamento das metas, devida a novidade e complexidade da matéria e também a outros fatores como baixa divulgação e falta de aperfeiçoamento do instrumento, que embora válido, se mostrou inócuo para validar o processo de atestação do universalização.

448

Aparentemente optou-se por um cenário com menos amarras regulatórias para que se desse a abertura do mercado às concessionárias. Houve evidentes ganhos de prestígio para a burocracia regulatória que desde então tem feito deste então farta divulgação do notório avanço no acesso a telefonia da sociedade brasileira ao se comparar com o período pré-privatização.

Analisando esse quadro ainda sob a ótica da teoria descrita na seção 2, fica patente que a negociação da introdução do marco regulatório acabou por penalizar o grupo com menor poder de mobilização e negociação e mais sujeito às assimetrias de informação, ou seja, os usuários dos serviços.

Sob o efoque da TPPR, no caso das metas de universalização do serviço de telefonia fixa brasileiro, pode se contestar em que medida os mecanismos ex-ante estabelecidos pelos legisladores da Lei Geral de Telecomunicações apesar de terem, em tese, ter tido menos custo e terem sido negociados com os setores da sociedade diretamente envolvidos, justificariam os custos sociais da falta de monitoramento e de transparência devido de um processo tão caro para a sociedade brasileira.

Por fim, os estudos levam à concluir que, a menos que sejam tomadas ações específicas, geralmente os segmentos mais pobres da sociedade demoram mais a ter acesso à infra-estrutura pública ou a serviços a esta relacionados. Apesar da participação privada na prestação destes serviços e investimentos públicos geralmente aumentar o nível de bem-estar global, em decorrência de ganhos de eficiência, tais ganhos não são necessariamente compartilhados com os mais pobres.

REFERÊNCIAS

ANATEL: avaliação de contratos de consultoria e fiscalização de concessões, permissões e autorizações de serviços públicos referentes ao setor de telecomunicações: relatório de auditoria. *Auditorias do Tribunal de Contas da União*, Brasília, ano 3, n. 12, p. 47-92, 2000. Disponível em <http://www2.tcu.gov.br/pls/portal/docs/page/tcu/publicacoes/classificacaoporassunto/auditoria/auditorias_tcu/auditoria12.pdf>. Acesso em: 10 out. 2007.

ANDRADE, Thompson. *Aspectos distributivos na determinação de preços públicos*. Rio de Janeiro: IPEA, 1998.

ANUATTI NETO, F. et al. *Costs and benefits of privatization: evidence from Brazil*. Washington, DC: Inter-American Development Bank, 2003. (Research network working paper, R-455).

ANUATTI-NETO, F.; DOMINGOS, Renata C. *Resultados preliminares da política de universalização dos serviços de telefonia*. 2001. Pesquisa realizada no âmbito do projeto PIBIC/CNP. Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto-SP, 2001. Disponível em: <http://www.fgvsp.br/iberoamerican/Papers/0270_universtelecomFGV.pdf>. Acesso em 10 out. 2007.

ARBACHE, J. S. *Do structural reforms always succeed?: lessons from Brazil*. [S.l.: s.l.], 2004. (Wider working paper, n. 2004/X). Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=560045>. Acesso em 10 out. 2007.

BANCO MUNDIAL. *Private participation in infrastructure: trends in developing countries in 1990-2001: energy, telecommunications, transport, water*. Washington, DC: World Bank, Public-Private Advisory Facility, 2003. Disponível em <http://ppi.worldbank.org/resources/ppi_book.aspx>. Acesso em 10 out. 2007.

BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL (BNDES). Área de Desestatização e Reestruturação. *Privatização no Brasil*. Rio de Janeiro: BNDES, 2002. Disponível em <http://www.bndes.gov.br/conhecimento/publicacoes/catalogo/Priv_Gov.pdf>. Acesso em 10 out. 2007.

BIRDSALL, N.; NELLIS, J. *Winners and losers: assessing the distributional impact of privatization*. Washington, DC: Center for Global Development, 2002. (Working paper, n. 6).

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 188/97, Plenário. Relator: Min. Fernando Gonçalves, Brasília, Ata 12/97, Plenário. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 de abril de 1997. Seção 1.

CAMPOS, Edmundo (Org.). *Sociologia da burocracia por Max Weber*. Rio de Janeiro: Zahar, 1966. (Textos básicos de ciências sociais).

CARVALHO, José Ferreira de. *Parecer sobre métodos estatísticos apresentados no manual para acompanhamento e controle do cumprimento das obrigações de universalização e expansão do serviço telefônico fixo comutado*. [S.l.: s.n.], 2004.

CASTRO, A. Novas tecnologias e competição fixo/móvel em telecomunicações. In: CONFERÊNCIA COMPETIÇÃO EM TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL, 2004, Brasília. *Conferência Competição em Telecomunicações no Brasil*. Slides de apresentação.

CRUZ, Verônica Paulino da. *O processo decisório no setor de telecomunicações: a Anatel e a escolha do padrão de TV digital*. 2002. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Universidade de Brasília, Brasília, 2002.

DANNI, Luciano dos S.; BARBOSA, Marcelo N.; ÁVILA, Fábio C. *Auditoria operacional sobre a universalização dos serviços de telecomunicações*. 2004. Versão preliminar do relatório.

DOMINGOS, Renata C. *A universalização do acesso aos serviços de telecomunicações no Brasil*. 2003. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Economia) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 6. ed. Porto Alegre: Globo, 1985.

FIUZA, E. P. S.; NERI, M. C. *Reflexões sobre os mecanismos de universalização do acesso disponíveis para o setor de telecomunicações no Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, 1998. (Texto para discussão, nº 53).

GREEN, R.; PARDINA, M. *Resetting price controls for privatized utilities: a manual for regulators*. Washington, DC: World Bank., 1999. (Edi Development Studies).

450 | HAMMOND, T. H.; KNOTT, J. H. Who controls the bureaucracy?: presidential power, congressional dominance, legal constraints, and bureaucratic autonomy in a model of multi-institutional policy making. *Journal of Law, Economics and Organization*, Oxford, v. 12, n. 1, p. 119-166, Apr. 1996.

LAFFONT, J. J. The new economics of regulation ten years after. *Econometrica*, New Jersey, v. 62, n. 3, p. 507-537, May 1994.

LEAL, Sayonara de A. G. *Os mecanismos de controle público-social presentes no regulamento do setor de telecomunicações no Brasil: a lei geral de telecomunicações e o regimento interno da Agência Nacional de Telecomunicações*. 2001. Dissertação (Mestrado em Comunicação) - Universidade de Brasília, Brasília, 2001.

MCCUBBINS, M.; NOLL, R.; WEINGAST, B. R. Structure and process, politics and policy: administrative arrangements and the political control of agencies. *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 75, n. 2, p. 431-482, Mar. 1989.

MUELLER, B. A teoria econômica da regulação: o caso da legislação de reforma agrária no Brasil. *Revista Brasileira de Economia*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 83-110, jan./mar. 1998.

_____. *Teoria política positiva da regulação*. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

NELLIS, J. *Privatization in Latin America*. Washington, DC: Center for Global Development, 2003. (Working paper, nº 31).

- NISKANEN, William A. *Bureaucracy and representative government*. Chicago: Aldine-Antherton, 1971.
- NOVAES, Ana. *Privatização do setor de telecomunicações no Brasil*. [S.l.]: BNDES, 2000. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/ocde/ocde05.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2007.
- NOVAS tecnologias e competição fixo/móvel em telecomunicações. In: CONFERÊNCIA COMPETIÇÃO EM TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL, 2004, Brasília. *Conferência Competição em Telecomunicações no Brasil*. Slides de apresentação.
- PELTZMAN, S. Toward a more general theory of regulation. *Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 19, n. 2, p. 211-240, Aug. 1976.
- PINHEIRO, Armando Castelar. *No que deu, afinal, a privatização?* Rio de Janeiro: BNDES, 1996. (Textos para discussão. BNDES 40).
- PINHEIRO, A. C.; GIAMBIAGI, F. Lucratividade, dividendos e investimentos das empresas estatais: uma contribuição para o debate da privatização no Brasil. *Revista Brasileira de Economia*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 1, p. 94-131, jan./mar. 1997.
- PIRES, J. C. L. *Políticas regulatórias no setor de telecomunicações: a experiência internacional e o caso brasileiro*. Rio de Janeiro: BNDES, 1999. (Textos para discussão, 71).
- _____. A reestruturação do setor de telecomunicações no Brasil. *Revista BNDES*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 11, p. 187-214, jun. 1999.
- RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. *As instituições brasileiras de defesa da concorrência: uma análise à luz da teoria política positiva*. 2002. Dissertação (Mestrado em Economia) - Departamento de Economia, Universidade de Brasília, Brasília, 2002.
- RAMOS, Frederico Roman. *Avaliação das bases de dados georreferenciados dos telefones de uso público (TPU): proposição de procedimentos de padronização geográfica*. Brasília: [s.n.], 2004.
- RIPPER, M. D. *Universalização do acesso aos serviços de telecomunicações e a competição: o desafio atual no Brasil*. [S.l.: s.n.], 2003. Disponível em <http://www.ie.ufrj.br/desenvolvimento/pdfs/universalizacao_do_acesso_aos_servicos_de_telecomunicacoes.pdf>. Acesso em: 10 out. 2007.
- RODRIGUES, Rodrigo A. *O mercado da aviação doméstica no Brasil: o processo de desregulação comparado com a experiência norte-americana, sob o enfoque da teoria positiva da regulação*. 2003. Dissertação (Mestrado em Economia) – Departamento de Economia, Universidade de Brasília, Brasília, 2003.
- STIGLER, George J. The theory of economic regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, p. 3-21, Spring 1971.
- STIGLITZ, Joseph E. *Economics on the public sector*. 2nd ed. New York: Norton, 1988.

TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS (TELEBRÁS). *Tabela resumo de informações para análise (TRIPA)*. Brasília: Telebrás, Departamento de Coordenação do Planejamento e Controle Empresarial, 1998.

UNIVERSALIZAÇÃO: direito do cidadão. In: CONFERÊNCIA COMPETIÇÃO EM TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL, 2004, Brasília. *Conferência Competição em Telecomunicações no Brasil*. Slides de apresentação.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza R. Agências reguladoras. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 141, p. 143-171, jan./mar. 1999.

WALTER, Maria Inez Machado Telles. *Adequação dos aspectos técnicos de metodologias estatísticas do Manual para o Acompanhamento e Controle do Cumprimento das Obrigações de Universalização e Expansão do STFC*. 2004.

WEINGAST, B. R.; MORAN, M. J. Bureaucratic discretion or congressional control?: regulatory policymaking by the Federal Trade Commission. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 91, n. 5, p. 765-800, Oct. 1983.

ANEXO A METAS DE UNIVERSALIZAÇÃO

Item	Descrição	Regulamento
1	Quantidade de acessos individuais fixos instalados por UF.	Art. 4º, I, do PGMU e Cláusula 7.1, Anexo 2 do Contrato de Concessão
2	Localidades com mais de 1000/600/300 habitantes atendidas por STFC com acessos individuais, respectivamente em 31/12 de 2001, 2003 e 2005.	Art. 4º, II, do PGMU
3	Atendimento de solicitações de acessos individuais em até 4, 3, 2, 1 semanas, respectivamente a partir de 31/12 de 2001/02/03/04.	Art. 4º, III, do PGMU.
4	Atendimento de solicitações de acessos individuais para Estabelecimento de Ensino Regular e Instituições de Saúde em até uma semana (meta aplicável a partir de 1999).	Art. 5º, I, p. único do PGMU
5	Disponibilidade de encaminhamento gratuito de chamadas destinadas aos serviços de emergência (a meta indicada refere-se a 1999).	Art. 5º, II, p. único do PGMU
6	Disponibilidade de acesso ao SRFC via centro de intermediação para deficientes auditivos e da fala (Meta aplicável a partir de 1999).	Art. 6º, I, do PGMU
7	Atendimento de solicitações de acessos individuais aos deficientes auditivos e da fala em até 12, 6, 3, 2, 1 semanas, respectivamente a partir de 31/12 de 1999/00/01/02/03.	Art. 6º, II, do PGMU

Item	Descrição	Regulamento
8	Quantidade de TUPs ativos (a meta indicada refere-se a 2001).	Art. 7º do PGMU e Cláusula 7.1, Anexo 2 do Contrato de Concessão
9	Densidade de TUPs ativos por grupo de mil habitantes, por área de atuação (Meta de 7,5 e 8,0 respectivamente para 2003 e 2005).	Art. 7º, II. a e b do PGMU
10	Relação de pelo menos 3 TUPs ativos por grupo de mil habitantes, por localidade.	Art. 7º, § único do PGMU
11	Relação percentual de TUPs ativos pelo total de acessos instalados, por área de atuação (Meta de 2,5% e 3,0%, respectivamente a partir de 31/12 de 2003/05).	Art. 7º, II, a e b do PGMU
12	Distância máxima a partir de qualquer outro ponto dentro dos limites da localidade até o TUP mais próximo inferior a 800, 500, 300 metros, respectivamente a partir de 31/12 de 1999/01/03.	Art. 8º do PGMU
13	Percentual mínimo de 50% dos TUPs ativos capacitados de originar e receber chamadas locais e de longa distância nacional (LDN), instalados em locais acessíveis 24 horas por dia (Meta aplicável a partir de 31/12/99)	Art. 8º, p. único (1ª parte) do PGMU
14	Percentual mínimo de 25% dos TUPs ativos capacitados de originar e receber chamadas locais (LDN), e de longa distância internacional (LDI), instalados em locais acessíveis 24 horas por dia (Meta aplicável a partir de 31/12/99).	Art. 8º, p. único (2ª parte) do PGMU
15	Atendimento de solicitações de instalação de TUPs nos Estabelecimentos de Ensino Regular e Instituições de Saúde em até 8, 4, 2, 1 semanas, respectivamente a partir de 31/12 de 1999/00/01/03.	Art. 9º, p. único do PGMU
16	Atendimento de solicitações de instalação de TUPs para deficientes auditivos, da fala ou que utilizem cadeiras de rodas em até 8, 4, 2, 1 semanas, respectivamente a partir de 31/12 de 1999/00/01/03.	Art. 10, p. único do PGMU
17	Localidades com STFC somente coletivos atendidas com pelo menos um TUP em local acessível 24 horas por dia e capacidade de originar e receber chamadas locais, LDN e LDI (Meta aplicável a partir de 31/12/99)	Art. 11 do PGMU
18	Localidades com mais de 1000/600/300/100 habitantes, ainda não atendidas pelo STFC, individual ou coletivo, deverão dispor de pelo menos 1 TUP com capacidade de originar e receber chamadas locais, LDN e LDI, instalados em local acessível 24 horas por dia, respectivamente a partir de 31/12 de 1999, 2001, 2003 e 2005.	Art. 12 do PGMU

NOTAS

- ¹ A filosofia das auditorias de natureza operacional é buscar o aperfeiçoamento contínuo da administração pública, não só apresentando críticas e pontos fracos que mereçam correção, mas apontando alternativas a seguir.
- ² De acordo com o critério de Pareto, uma alocação é eficiente, ou Pareto Ótimo (PO), se for impossível distribuir recursos de modo que pelo menos um indivíduo tenha sua situação melhorada e nenhum outro indivíduo tenha sua situação piorada. Portanto, uma mudança social eficiente existiria apenas quando fosse possível melhorar a posição de um indivíduo, ao mesmo tempo que nenhum outro tivesse sua situação piorada.
- ³ Estruturas e Processos. O conjunto de normas, junto com os recursos materiais formam a **Estrutura** de uma organização. A modificação das regras, a utilização dos recursos orientada para a produção de serviços ou produtos da organização, o conjunto de relações interpessoais, os atos comunicativos, os processos de aprendizagem e de mudança constituem os **Processos** de uma organização (Fayol).
- ⁴ A informação sobre telefones na PNAD está associada ao domicílio. Assim, é possível detectar, para cada pessoa, se há pelo menos um telefone celular em seu domicílio, mas não permite efetivamente saber quantos celulares há por domicílio, ou, por exemplo, quantas pessoas em um domicílio possuem um telefone celular.
- ⁵ Apenas domicílios particulares permanentes. Na contagem de moradores do domicílio, não são incluídos pensionistas, empregados ou parentes de empregados, seguindo o procedimento que o IBGE utiliza ao analisar este assunto, para evitar dupla contagem.
- ⁶ Não são apresentados os dados de acesso para a região Norte, pois o IBGE só realiza entrevistas na zona urbana dos estados desta região, exceto Tocantins. Como a cobertura dos serviços de telefonia é muito menor na zona rural, isso gera distorções na análise.
- ⁷ Em função desta limitação há um subdimensionamento do total da população que possui acesso a algum tipo de telefone particular. Viu-se anteriormente que 8,7% da população possui apenas acesso a telefone celular.
- ⁸ Repetimos o alerta feito anteriormente: a informação sobre telefones na PNAD está associada ao domicílio. Assim, é possível detectar, para cada pessoa, se há pelo menos um telefone celular em seu domicílio, mas não permite efetivamente saber quantos celulares há por domicílio, ou, por exemplo, quantas pessoas em um domicílio possuem um telefone celular.
- ⁹ A série completa foi montada compilando dados mais recentes enviados pela Anatel por ocasião de instrução do processo no TCU.
- ¹⁰ Sua unidade de medida, localidades/dia, não implica em que sejam fiscalizadas as tantas localidades por dia. Como já visto, há um processo de amostragem para definir isto. Esta é apenas uma tentativa de obter uma base mínima para comparação.

NOEMIA MATAYAOSHI

RESUMO

Pretende-se desenvolver um estudo sobre o instituto da permissão de serviço público no atual ordenamento jurídico brasileiro, o qual não é um tema muito pesquisado, havendo muitas divergências e controvérsias entre a doutrina, a jurisprudência e a legislação hoje existentes versando sobre o tema. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, as controvérsias ficaram mais evidentes, não somente pelo próprio conteúdo do art. 175 da atual Carta Magna, mas também devido às normas infraconstitucionais que a regulamentavam, mormente, a Lei nº 8.987/1995. Assim, pretende-se responder ao problema: No Direito Brasileiro vigente a concessão e a permissão de serviços públicos se diferenciam?. Para tal, apresentaremos os embasamentos legais, jurisprudenciais e doutrinários tratando do tema, para em seguida analisarmos se a concessão e a permissão se diferenciam quanto à natureza jurídica, quanto ao objeto, quanto à natureza dos delegatários, quanto à estabilidade do vínculo (precariedade), quanto à remuneração e quanto à forma (licitação).

1 INTRODUÇÃO

Estamos vivenciando uma tendência mundial de globalização e de parceria com a iniciativa privada, em que presenciamos a retirada do Estado de certos setores da atividade econômica, em razão do que, mais do que nunca, torna-se fundamental o estudo das diversas formas de delegação de serviços públicos: umas novas, tal como a parceria público – privada, e outras mais antigas, tais como as concessões, as permissões e as autorizações de serviços públicos, que muitas vezes ressurgem, na atual realidade, com uma roupagem nova.

Nesse contexto, pretende-se desenvolver nesta monografia um estudo sobre o instituto da permissão de serviço público no atual ordenamento jurídico brasileiro, o qual não é um tema muito pesquisado, havendo muitas divergências e controvérsias entre a doutrina, a jurisprudência e a legislação hoje existente versando sobre o tema.

Pode-se afirmar que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, as controvérsias ficaram mais evidentes, não somente pelo próprio conteúdo do art. 175, mas também devido às normas infraconstitucionais que a regulamentavam, mais especificamente, a Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviço público previsto no art. 175 da Constituição Federal de 1988, e outras leis esparsas tratando da regulação de setores específicos, tais como os de transporte coletivo de passageiros, de instalação e exploração de portos secos (estações aduaneiras), etc.

Classicamente, a doutrina entendia que a concessão era instrumentalizada por meio de um contrato administrativo e que a permissão o era por meio de um ato administrativo. Assim, na permissão, estabelecida por um ato unilateral, com a característica da precariedade, o permissionário não teria as garantias de um contrato, razão pela qual esse

instituto deveria ser utilizado quando não houvesse necessidade de grande investimento de capital pelo permissionário particular (VILLELA SOUTO, 2001, p. 150).

Ocorre que a Constituição Federal de 1998 (art. 175) estabeleceu que cabe licitação (que precede a celebração de contrato administrativo) tanto para a concessão quanto para a permissão, e firmou no parágrafo único, inciso I, que a lei disporá sobre 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” (grifo nosso). Havia, portanto, duas indicações sobre a contratualização da permissão no mesmo dispositivo constitucional, o que contrariava aquilo que doutrina classicamente vinha pregando sobre as permissões.

E a Lei nº 8.987/1995 (art. 40), que regulamentou o art. 175 da Constituição Federal de 1998, estabeleceu que “a permissão de serviço público será formalizada mediante **contrato de adesão**, que observará os termos desta lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à **precariedade** e à **revogabilidade unilateral do contrato** pelo poder concedente” (grifos nossos). O parágrafo único desse mesmo artigo completa estabelecendo que “aplica-se às permissões o disposto nesta lei.”. Mais uma vez ocorre a confirmação do uso do contrato como meio de formalização da permissão e com a agravante e aparente contradição de se manter a precariedade e a revogabilidade unilateral próprias das permissões tradicionais.

Assim, tudo indicava que a permissão de serviço público teria ficado contratualizado, o que afetaria a discricionariedade e a precariedade que tradicionalmente se atribuía ao instituto da permissão.

458

Mesmo assim, alguns autores entendiam que houve imprecisão técnica de redação do art. 175 da Constituição Federal, pois consideravam que, embora o constituinte tenha tratado conjuntamente da concessão e da permissão, teria usado a expressão “contrato” para remeter somente à figura da concessão. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 701) e Benedicto Pereira Porto Neto (*apud* VILLELA SOUTO, 2001, p. 151).

E, em decorrência dessas aparentes contradições (permissão com características de concessão) e as conseqüentes contendas administrativas e judiciais existentes, entendemos ser interessante e oportuno um estudo mais detalhado do instituto da permissão de serviço público.

Pode se afirmar que os autores em unanimidade entendem ser confusa a legislação vigente tratando do instituto da permissão de serviços públicos.

No Tribunal de Contas União(TCU) não há ainda um estudo sistematizado compilando os principais e os mais atuais entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito do instituto da permissão de serviço público.

As análises e entendimentos existentes sobre o tema encontram-se, de forma esparsa, no âmbito de alguns processos em tramitação no TCU, referentes ao acompanhamento das outorgas de permissão de serviços públicos, especialmente nas áreas de transporte coletivo interestadual e internacional de passageiros e de exploração de portos secos (estações aduaneiras).

Assim, pretende-se responder ao problema: No Direito Brasileiro vigente a concessão e a permissão de serviços públicos se diferenciam?

Para levantarmos o embasamento legal, doutrinário e jurisprudencial necessário a tal mister, examinar-se-á, preliminarmente, em detalhes, o instituto da concessão de serviços públicos na parte 2 deste estudo; o instituto da permissão de serviços públicos na parte 3; o tratamento constitucional das concessões e permissões de serviços públicos na parte 4; sobre os serviços públicos objeto das concessões e permissões de serviços públicos na parte 5.

Para fundamentar nossa resposta analisaremos, na parte 6 deste estudo, cada um dos elementos que diferenciam a concessão da permissão de serviços públicos, ou seja, responderemos às seguintes indagações: a) a concessão e a permissão se diferenciam quanto à respectiva natureza jurídica? ; b) a concessão e a permissão se diferenciam quanto ao objeto? ; c) a concessão e a permissão se diferenciam quanto aos sujeitos (outorgados)?; d) a concessão e a permissão se diferenciam quanto à estabilidade do vínculo (precariedade)?; e) a concessão e a permissão se diferenciam quanto à remuneração do concessionário e do permissionário?; f) a concessão e a permissão se diferenciam quanto à forma (licitação)?.

Durante a análise apresentaremos jurisprudências que comprovam o quão polêmico é o tema das permissões de serviços públicos.

Mostraremos no curso dos estudos que a permissão tem apresentado diversas configurações sob uma mesma denominação.

Em síntese, pretende-se mostrar que diante do atual quadro jurídico e legal existente, sempre que se estiver diante da aplicação do instituto da permissão, é necessário verificar o conteúdo dos acordos vigentes, isto é, analisar-se a situação jurídica existente e não se ater somente ao rótulo que se tenha conferido para o ato de outorga para se inferir das implicações possíveis, uma vez que, legalmente, não há mais permissões nos moldes tradicionalmente previstos na doutrina.

Como metodologia de trabalho, foram utilizados: pesquisa bibliográfica e documental envolvendo o levantamento, leitura e análise de leis e normas, jurisprudência do TCU e de outros Tribunais, e bem assim de textos de doutrinadores renomados a respeito do instituto da concessão e da permissão de serviço público.

Espera-se que o resultado deste estudo seja útil, de imediato, aos técnicos do TCU que instruem processos de acompanhamento de outorga de permissões de serviços públicos, e na seqüência, a todos aqueles interessados na matéria, uma vez que não há muita literatura compilada a respeito.

2 O INSTITUTO DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

A concessão de serviços públicos é um instituto que existiu e foi utilizada desde o século XIX, sobretudo na Europa, tendo sido criada para atendimento aos serviços que exigiam grandes investimentos e pessoal técnico especializado, num contexto em que o Poder Público não podia assumir esses encargos. A concessão era em longo prazo para propiciar o retorno do investimento aplicado. Assim, transferia-se para o setor privado a execução desses serviços, remunerados pelas tarifas pagas pelos usuários, tendo, na ocasião, recaído principalmente sobre transporte ferroviário, fornecimento de água, gás e transporte coletivo urbano (MEDAUAR, 2003, p.217).

A partir da terceira década do século XX, registrou-se o declínio das concessões em virtude da instabilidade econômica, em geral devido às guerras mundiais e às tendências

estatizantes, período em que muitas atividades concedidas foram nacionalizadas, criando-se empresas estatais que absorveram grande parte das concessões do setor privado (MEDAUAR, 2003, p.217).

O interesse pela concessão ressurgiu a partir de fins da década de 80, acentuando-se na década de 90, num contexto de reforma do Estado e privatização e com justificativas similares às que nortearam seu uso no século XIX, ou seja, execução de serviços públicos sem ônus financeiro para o Poder Público. Porém, na atual modelagem, a exclusividade não caracteriza mais em geral as concessões em virtude da introdução da concorrência. É nesse contexto que no Brasil editou-se a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Lei Geral das Concessões), a Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e outras (MEDAUAR, 2003, p. 217- 218).

A concessão de serviço público passou a ser contemplado constitucionalmente desde a Carta de 1934, tendo sua regulamentação sido remetida à legislação infraconstitucional. A atual Constituição de 1988 repetiu o feito tendo estabelecido que “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” (art. 175), e iria dispor sobre “o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial¹ de seu **contrato** e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da **concessão** ou permissão”.

A Lei² a que se refere o parágrafo único, do art. 175 é, basicamente, a Lei nº 8.987/1995, à qual se conjuga a Lei nº 9.074/1995, documentos nos quais se tem o tratamento infraconstitucional geral³ sobre as concessões e permissões de serviços públicos no Brasil, excetuando os de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 41 da Lei nº 8.987/1995). Há também outras legislações de setores econômicos específicos que tratam de maneira complementar de alguns aspectos das concessões e permissões de serviços públicos a serem outorgados, mas o disciplinamento básico estão naqueles normativos mencionados.

Por oportuno, cabe registrar que, embora houvesse desde a Carta Magna de 1934 remissão a uma lei que dispusesse sobre as concessões, somente com a edição da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, veio a se concretizar uma Lei que dispusesse sobre o regime geral das concessões e permissões de serviços públicos.

E a Lei nº 8.987/1995 que regulamentou o art. 175 da Constituição Federal de 1998 cuidou de definir alguns conceitos, tal como o da concessão de serviço público nos seguintes termos:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

[...]

II – **concessão** de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

III – **concessão** de serviço público **precedido da execução de obra pública**: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa

jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou obra por prazo determinado.

[...]

Art. 4º A **concessão** de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante **contrato**, que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação. (destaques nossos)

Relativamente à definição de concessão contida na Lei nº 8.987/1995, cabe registrar que nem todos concordam que a definição da Lei seja a melhor existente.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p.75) afirma que o conceito da lei não contém todos os elementos necessários para caracterizar adequadamente a concessão, pois o dispositivo não se refere à concessão como contrato, e não indica a forma de remuneração que lhe é característica, a saber, a tarifa paga pelo usuário ou outra fonte de receita ligada à exploração do serviço.

Ressalta, entretanto, que outros dispositivos da lei acabam por permitir concluir que essas características estão presentes, tal como o art. 4º que estabelece que as concessões serão formalizadas mediante contrato, e, relativamente às tarifas; o art. 9º, que estabelece a forma de fixação e revisão da tarifa; o art. 18º, inciso VIII, que manda incluir entre as cláusulas do edital a referente a “critérios de reajuste e revisão da tarifa”; e o art. 23, inciso IV, que inclui entre as cláusulas essenciais do contrato a relativa ao “preço do serviço e aos critérios e procedimentos para reajuste e revisão das tarifa” (Di Prieto, 2002, p.75).

461

A mesma autora lembra ainda que o conceito de concessão trazido pela lei menciona algumas formalidades que não compõem o conceito doutrinário de concessão quando, quanto aos requisitos relativos à licitação, estabelece que esta será na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho.

Com essas considerações, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p.75) apresenta sua definição de concessão de serviço público como:

o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.

Toshio Mukai (1999, p. 423), sobre o conceito legal de concessão contido na Lei nº 8.987/1995, observa que não discrepa muito daqueles oferecidos pela doutrina, chamando a atenção para a restrição da licitação à modalidade de concorrência pública e a não-admissão da delegação a pessoa física, como permite a doutrina.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 652):

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio⁴, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro,

remunerando-se *pela própria exploração do serviço*, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.

Este mesmo autor afirma que só há concessão de serviço público quando o Estado considera o serviço em causa como próprio e como privativo do Poder Público, razão que justifica a transferência para o concessionário – diversamente do que ocorre nas autarquias – tão-somente do exercício da atividade pública e não da titularidade (2004, p. 661).

Não há total concordância entre os doutrinadores sobre a natureza jurídica da concessão de serviço público, porém, predomina o entendimento de que se trata de contrato administrativo.

3 O INSTITUTO DA PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

A permissão de serviço público passou a ter previsão constitucional expressa a partir da Carta de 1988. O art. 175 estatui: “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”. E o parágrafo único, inciso I, desse artigo estabelece que a Lei disporá sobre “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*”. (destaques nossos)

462 A Lei acima referenciada é a de nº 8.987/1995 que regulamentou o citado art. 175 da Constituição Federal de 1998, valendo transcrever alguns artigos, tais como: art. 2º, inciso IV, que define o instituto da permissão de serviço público; art. 40, que remete à formalização desse instituto por meio de *contrato de adesão*, estabelecendo como suas características a *precariedade* e a *revogabilidade unilateral do contrato* pelo poder concedente; e, bem assim, o parágrafo único que expressamente dispõe sobre a aplicação da Lei às permissões.

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

[...]

IV – **permissão** de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

[...]

Art. 40. A **permissão** de serviço público será formalizada mediante **contrato de adesão**, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à **precariedade** e à **revogabilidade unilateral** do contrato pelo poder concedente.

Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei. (destaques nossos)

Para ilustrar o conceito utilizado tradicionalmente pela doutrina para o instituto da permissão de serviço público e os casos de cabimento de seu uso, valemo-nos das palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p.701-702):

Permissão de serviço público, segundo conceito tradicionalmente acolhido pela doutrina, é ato unilateral e precário, *intuitu personae*, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários.

[...]

Pelo seu caráter precário, caberia utilizá-la normalmente quando: a) o permissionário não necessitasse alocar grandes capitais para o desempenho do serviço; b) poderia mobilizar, para diversa destinação e sem maiores transtornos, o equipamento utilizado ou, ainda, quando; c) o serviço não envolvesse implantação física de aparelhamento que adere ao solo, ou, finalmente, quando; d) os riscos da precariedade a serem assumidos pelo permissionário fossem compensáveis seja pela extrema rentabilidade do serviço, seja pelo curtíssimo prazo em que se realizaria a satisfação econômica almejada.

Em suma, e para melhor caracterizar os casos de seu cabimento, poder-se-ia dizer que seu préstimo ajustar-se-ia às hipóteses em que a possibilidade de **revogação** unilateral a qualquer tempo e **sem qualquer indenização** – traço que se lhe dava como característico – não acarretaria consequências econômicas perniciosas para o permissionário, sendo, pois, um instituto aplicável sobretudo em face de situações efêmeras, transitórias. (destaques nossos)

Segundo Marcos Juruena Villela Souto, a diferença entre concessão e permissão de serviço público estaria em que a **concessão** adviria de um acordo de vontades, instrumentalizado em um contrato administrativo, no qual o particular-concessionário teria maior resguardo para a busca do capital investido, enquanto que na **permissão**, constituída por meio de ato unilateral, com a característica da precariedade, o particular-concessionário não teria as garantias de um contrato, podendo a Administração revogar seu ato unilateral a qualquer momento, em decorrência de a permissão ser utilizada em hipóteses em que não houvesse grande investimento de capital por parte do particular (2001, p. 150).

463

Ocorre que, em termos legais, conforme já referenciado, a Constituição Federal de 1988 (art. 175) estabeleceu que cabe licitação (que precede a celebração de contrato administrativo) tanto para a concessão quanto para a permissão, e a Lei nº 8.987/1995 (art. 40), que regulamentou o art. 175 da Constituição Federal de 1988, estabeleceu que a permissão de serviço público seria formalizada mediante contrato de adesão, inobstante tenha mantido a precariedade e a revogabilidade unilateral do contrato, características da permissão tradicionalmente conhecida.

Nesse contexto, os autores são unânimes em afirmar que a legislação posta, desde a constitucional até a infraconstitucional⁵, tratando sobre o instituto da permissão de serviço público, está confusa.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em face da ocorrência de permissões concedidas a prazo certo ou com condicionamentos à faculdade de revogação, identificou algumas orientações seguidas pelos doutrinadores, as quais reproduzimos por bem resumir os entendimentos atualmente existentes (2004, p. 704-706):

a) Uns entendem que, em tais casos, da designação permissão **não se pode depreender precariedade**, pois tratar-se-á de um **contrato**, como disse o

eminente José Horácio Meirelles Teixeira, ou consideram que, **em havendo prazo, é imprópria**⁶ a designação adotada para a relação jurídica e **os efeitos do ato irão equiparar-se ou quase equiparar-se aos de uma concessão**, opinião sustentada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, opinião de que também compartilhamos.

b) Outros consideram tratar-se de uma **normação excepcional da permissão**, caso de Hely Lopes Meirelles e Diogo de Figueiredo Moreira Neto, os quais sustentam que, bem por isto, terá regime diverso do que lhe é conatural, ensejador, então, de **maiores garantias ao permissionário**, como as de ser **indenizado** em caso de prematura extinção.

c) Há ainda os que admitem, como Cretella Jr., que existem, simplesmente, **duas modalidades de permissão**: uma **simples**, sem prazo, que pode ser revogada **sem ensejar indenização**, e outra **“qualificada”**, vale dizer, **com prazo certo e exigente de indenização**. Substancialmente, não é distinta a opinião de Diógenes Gasparini, que já a sustenta há muitos anos e para quem não procede o dizer-se que a permissão seja precária, pois seu regime será tal ou qual dependendo do que o Direito dispuser em cada caso ao respeito.

d) Finalmente, Lucia Valle Figueiredo expressamente declara **que não vê como possa ser utilizada para a “implementação de serviços públicos, de natureza continuada, de serviços que postulem continuidade...”**, pois, em sua forma clássica, tal como a configura a doutrina brasileira, a permissão é unilateral e precária. Entende que “deve ser ato bilateral, precedido de licitação, e jamais poderia ter natureza precária (...) sobretudo se alocados grandes capitais”. Sustenta que – se, já no passado, não lhe parecia existir diferenças quanto ao regime jurídico entre permissão e concessão de serviço público – desde a Constituição de 1988 não é mais possível predicar-lhe precariedade, pois foi colocada *“pari passu com a concessão de serviço público”* (destaques nossos)

Cabe registrar, na oportunidade, que identificamos na doutrina uma outra qualificação para as permissões, como a defendida por Eros Roberto Grau que refere-se à existência da *“permissão diferenciada”*, definida como aquela em que, além do termo determinado de duração fixado (*permissão qualificada*), a *discricionariedade* da Administração deixa de ser absoluta (1993, p. 81-82). Se fizermos uma analogia com a análise empregada por este autor poderíamos facilmente entender que a exigência de prévia licitação para a outorga das permissões, instituída pela Constituição Federal de 1988, já seria uma forte indicação da relativização da discricionariedade da atuação da Administração.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em vista da realidade legal e prática hoje existente, reconhece que o uso da permissão vem sendo desvirtuado. Para ilustrar sua posição, cita o fato de a Administração estar conferindo, a título de permissão, serviços públicos que demandariam permanência, estabilidade e garantias razoáveis em prol de seu prestador. Refere-se também ao surgimento de legislação específica que prevê a outorga do serviço de transporte coletivo de passageiros, por permissão, apesar de esse serviço implicar investimentos de considerável monta (2004, p. 703).

Marçal Justen Filho (2003, p.113-114), por outro lado, sustenta que continuam a existir diferenças entre concessão e permissão, e que os dois institutos não são equivalentes ou de conteúdos idênticos, ainda que as diferenças tradicionalmente apontadas venham sendo alteradas ou suprimidas pela evolução jurídica. O autor defende que a

permissão será utilizável para delegações em que a remuneração obtida em curto prazo é suficiente para compensar o particular. Não haverá investimentos de maior monta nem haverá bens que reverterão para o patrimônio público. O contrato destina-se a prazos curtos de vigência. Ademais disso, é cabível nos casos em que o particular **não se valerá da exploração do empreendimento como meio de recuperação de investimentos realizados**. É previsível que eventual revogação do contrato, a qualquer tempo, não acarretará maiores conseqüências. Por isso, o particular assume, desde logo, a possibilidade de ser dispensado a qualquer momento. Não poderá obter indenização justamente por não ter realizado investimentos amortizáveis nem ser titular de interesses jurídicos frustrados ou lesados. (destaques nossos)

Parece-nos que em termos teóricos e conceituais, essa explicação dada por Marçal Justen Filho está adequada, porém, em termos práticos, dificilmente se encontrarão casos de aplicação do instituto da permissão nesses termos, pois a maioria dos empreendimentos prevê a exploração do negócio para o retorno dos investimentos desenvolvidos. Além do que é complicado estabelecer qual deverá ser o prazo do negócio para que seja definido como sendo de curto prazo.

Inobstante a veemência com que defende a existência de diferenças entre a concessão e a permissão, este mesmo autor, prudentemente, registra que a denominação adotada concretamente pela Administração é irrelevante para determinar a natureza jurídica do contrato. Assim, para ilustrar esse seu entendimento, cita o caso das delegações no âmbito dos transportes coletivos, usualmente, denominados pela Administração como permissões, mas que se revelam, em quase a totalidade dos casos, como sendo de concessão, pois são assegurados prazos mínimos e impostos deveres ao delegatário cuja execução pressupõe investimentos que somente se amortizarão se a exploração permanecer durante o período de vigência originalmente previsto na avença (2003, p. 114-115).

465

Assim, o que se observa é que, na realidade, este autor também está na mesma linha dos outros autores, uma vez que ele define as situações em que caberiam as permissões, no entanto, admite que na prática possam existir acordos com a denominação de permissão, e que na verdade, não são verdadeiras permissões, isto é, reconhece ser possível que, embora existam previsões doutrinárias e clássicas que estabeleçam os casos recomendáveis do uso da permissão, isto nem sempre é observado.

De todo o exposto é importante frisar que, embora existam muitos autores defendendo que praticamente inexistam diferenças entre os institutos da concessão e da permissão, tal fato não é percebido de forma natural, tanto que o Poder Público, ao invés de se encaminhar para o uso do instituto da concessão de serviço público, quando este seria o caso mais adequado, confere a título de permissão serviços públicos que demandariam maiores garantias para o seu prestador ou fixa prazos para as permissões, retirando do instituto uma das suas características distintivas.

Assim, não é de se estranhar que inúmeras pendências envolvendo o uso do instituto da permissão tenha desembocado no âmbito do poder judiciário porque, possivelmente, em determinado momento, uma das partes pode ter alegado que no caso em análise caberia outras regras que não a da permissão tradicionalmente conhecida na doutrina.

Porém é importante registrar que, na realidade, a confusão em torno do instituto da permissão já ocorria anteriormente à promulgação da Constituição de 1988. Já existia em 1969, conforme se depreende do conteúdo do parecer elaborado por Miguel Reale (1988, p. 7-13) no qual o autor se reportava ao antigo estudo de sua lava, inserto no seu

livro Direito Administrativo de 1969, ocasião em que afirmara em relação à permissão de serviço público:

[...] instituto especial, que compartilha da *autorização* como *ato permissivo*, dependente da apreciação discricionária dos fatos por parte da autoridade administrativa, e, ao mesmo tempo, participa da objetividade e garantia do *status* de concessão, uma vez que o permissionário passa a usufruir de um regime jurídico próprio..

Poder-se-ia dizer que *a permissão se constitui como se fora autorização e é exercida como se fora concessão*, o que explica que nossos legisladores ora empreguem um vocábulo, ora outro, ou os dois, indiferentemente, demonstrando a falta de clara determinação conceitual. (destaques do original)

Portanto, conhecedores de que o instituto da permissão, utilizado na prática, não tem características claramente definidas, os operadores do direito devem estar sempre atentos ao conteúdo dos acordos para analisar a consequência jurídica deles decorrentes. Pode-se afirmar que é quase impossível com base no rótulo apresentado de permissão deduzir conclusões, sobretudo se baseado na doutrina tradicional.

4 DO TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DAS CONCESSÕES E PERMISSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

466

Constituição Política do Império no Brasil, de 25 de março de 1824 e Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891

As Cartas Constitucionais de 25 de março de 1824 e de 24 de fevereiro de 1891 foram omissas a respeito do tema das concessões de serviços públicos.

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934

Somente a partir da Carta Constitucional de 1934, cuidou-se de incluir o instituto da concessão de serviço público. Já a permissão de serviço público somente passou a ser contemplada constitucionalmente a partir da Constituição Federal de 1988, já sujeita à obrigatoriedade de submissão a prévio procedimento licitatório.

Historicamente, desde a Constituição Federal de 1934, houve previsão de regulamentação da figura da concessão de serviço público por lei. A Carta vigente também repete a determinação (art. 175), agora incluindo também a figura da permissão de serviço público. Porém, somente com o advento da Constituição Federal de 1998, é que foi finalmente editada a Lei nº 8.987/1995 que rege as concessões e permissões de serviços públicos.

A CF/1934 limitou-se a assegurar que brasileiros ficassem com a administração superior das empresas concessionárias (art. 136), e remeteu à legislação infraconstitucional para estabelecer a fiscalização das tarifas para assegurar que, visando o interesse coletivo, não houvesse lucro excessivo por parte dos concessionários ou delegados (art. 137).

Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937

A CF/1937 também teve a preocupação de garantir que ficaria nas mãos de brasileiros a administração superior das empresas concessionárias (art. 146), e também remetera à legislação infraconstitucional, estabelecendo que haveria fiscalização das tarifas com a finalidade de assegurar que, com vistas ao interesse coletivo, não houvesse lucro excessivo por parte dos concessionários ou delegados (art. 147).

Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946

A Carta Constitucional de 1946, promulgada nove anos após a CF/1937, remete à legislação infraconstitucional o regime das empresas concessionárias de serviços públicos. Manteve, ainda, o comando de que “Aplicar-se-á a lei às concessões feitas no regime anterior, de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato”, o que é compreensível, uma vez que os contratos de concessão costumam ser longos, durando muitas vezes décadas. Essa CF foi mais enxuta, não mais contendo determinações visando a asseverar que ficasse em poder dos brasileiros a administração das empresas concessionárias.

Note-se também que a presente Carta foi a primeira a fazer alusão a uma lei específica que deveria dispor sobre o regime das empresas concessionárias⁷.

Constituição do Brasil, de 24 de janeiro de 1967

Esta nova Carta Constitucional de 1967, promulgada vinte e um anos após a CF/1946, também remete à legislação infraconstitucional o estabelecimento do regime das empresas concessionárias de serviços públicos.

Ela tem como grande inovação, e que é um avanço em termos de direitos do consumidor, o estabelecimento da obrigatoriedade de os concessionários manterem o serviço adequado (art. 160, inciso I).

De resto, as diretrizes são basicamente as mesmas da CF anterior, isto é, controle sobre as tarifas (neste caso passando a mencionar a figura do equilíbrio econômico e financeiro do contrato) e o asseveramento (já por três Constituições consecutivas) de que a fiscalização sobre as tarifas valem, mesmo para aqueles contratos que garantiam a imutabilidade das tarifas.

Nessa ocasião, encontrava-se vigente o recém-editado Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispunha sobre a organização da Administração Federal⁸. O art. 126, § 2º, letra f, desse Decreto-Lei deliberava que era **dispensável** a licitação, “quando a operação envolver concessionário de serviço público ou , exclusivamente, pessoas de direito público interno ou entidades sujeitas ao seu contrôle majoritário.”.

Sobre esse último ponto, vale registrar que, naquela época, os concessionários de serviços públicos se constituíam de órgãos estatais, em razão de não caber conclusão de que, ao contrário da situação atual, não havia obrigatoriedade de prévio procedimento licitatório para a contratação dos serviços prestados pelas concessionárias de serviços públicos. O Decreto-Lei nº 200/1967 apenas ressaltava a desnecessidade de prévio

procedimento licitatório para contratar com a própria administração e não com particulares, como ocorre nos dias atuais.

Constituição do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, com a EC n° 1 de 17 de outubro de 1969

A Emenda Constitucional n° 1 de 1969 não alterou o conteúdo das diretrizes estabelecidas na CF/1967 no que se refere às concessões.

Constituição Federal de 5 de outubro de 1988

Os serviços públicos, cuja titularidade pertence ao Estado, e cuja prestação pode ocorrer de forma direta pelo Poder Público ou mediante delegação, sob o regime de concessão, *permissão* ou autorização, são referidos em diversos dispositivos da atual Constituição Federal, notadamente, em seu art. 175, que dispôs:

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 – a política tarifária⁹;

IV – a obrigação de manter serviço adequado. (destaques nossos)

Esta nova Carta Constitucional de 1988, promulgada em 5 de outubro de 1988, portanto, vinte e um anos após a CF de 1967, foi muito inovadora no sentido de ter estabelecido a obrigatoriedade de submissão das outorgas de concessão e de permissão à realização de prévio procedimento licitatório. Pode-se afirmar também que ela é controversa em determinados pontos, no que dispõe sobre a delegação de serviços públicos, suscitando até hoje, passados dezesseis anos de sua aprovação, incontáveis discussões, que incluem aqueles referentes ao instituto da permissão de serviços públicos.

Cabe notar que a Constituição Federal de 1998 foi a primeira e a única a dispor expressamente sobre o instituto da permissão de serviços públicos. Anteriormente, a matéria era disciplinada somente em nível infraconstitucional, doutrinário ou jurisprudencial.

A Constituição Federal de 1998, entretanto, não pacificou o assunto referente às permissões de serviços públicos, nem mesmo com a edição da Lei n° 8.987/1995 que regulamentou o seu art. 175.

O ponto mais controverso é a formalização das permissões por contratos. Alguns autores entendem que a palavra “contrato” deveria ser atribuída a imperfeições técnicas do constituinte.

Cabe, por oportuno, referirmo-nos também aos dispositivos presentes na Carta Magna de 1988 (arts. 173 e 174), que positivam a atual tendência mundial de globalização e de parceria com a iniciativa privada, em que se busca a retirada da presença do Estado em certos setores da atividade econômica para assegurar-lhe maior eficiência, e que repercutem na área da prestação dos serviços públicos.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

[...]

Art. 174. 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.

Observe-se que em termos constitucionais foram contemplados **o regime do serviço público** – entregue à exclusiva competência estatal e submetido a regime jurídico específico, inclusive quando prestado indiretamente por concessionário ou permissionário (art. 175) – e **o regime jurídico da atividade econômica**, entregue ao desempenho do setor privado, apesar de não o ser de forma exclusiva, porque em alguns casos já previstos na Constituição Federal, e sempre para o atendimento de específico interesse público, a atividade econômica poderá ser explorada também pelo Estado (art. 173).

Quando da promulgação da Constituição Federal de 1998, encontrava-se vigente o Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, que dispunha sobre o estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações, **concessões** e locações, no âmbito da Administração Centralizada e Autárquica. Este normativo, reproduzindo cláusula inserta no revogado Decreto-Lei nº 200/1967, continuou a estabelecer que era **dispensável a licitação**, “quando a operação envolver concessionário de serviço público e o contrato for pertinente ao da concessão” (art. 22, inciso VII).

Sobre esse último ponto, continuam válidos comentários já colocados em relação ao Decreto-Lei nº 200/1967. À época da emissão do Decreto-Lei nº 2.300/1986, os concessionários de serviços públicos se constituíam de órgãos estatais em razão de não caber conclusão de, ao contrário da situação atual, não haver obrigatoriedade de prévio procedimento licitatório para os serviços prestados pelas concessionárias de serviços públicos. Isto porque o Decreto-Lei nº 2.300/1986 apenas ressaltava a desnecessidade de prévio procedimento licitatório para contratar com a própria administração e não com particulares, como ocorre nos dias atuais.

Atendendo a comando constitucional, após a promulgação da Constituição Federal de 1998, foram editadas diversas leis regulamentando-a.

Assim, é pertinente citar a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamentou o art. 37, inciso XXI da atual Carta Constitucional, estabelecendo em seu art. 2º que as **concessões e permissões**, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas naquela Lei.

E de fundamental importância foi a edição da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que regulamentou o art. 175 da Lei Maior, dispondo sobre o regime geral de

concessões e permissões da prestação de serviços públicos, e, bem assim, a Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, que acrescentou mais dispositivos, entre outras, as referentes a outorgas e prorrogações de concessões e permissões.

Sobre a Lei nº 8.987/1995, é relevante mencionar que foi editada após uma longa espera que perpassou várias Constituições, pois, embora houvesse, desde a Carta Magna de 1934, remissão a uma lei que dispusesse sobre as concessões, somente com a referida Lei de 1995, em cumprimento ao comando inserto no art. 175 da Constituição Federal de 1998, veio a ser editado um normativo que tratasse do regime geral das concessões e permissões de serviços públicos. Como veremos durante o desenvolvimento deste estudo, inobstante a importância da sua edição, a Lei nº 8.987/1995 ainda tem gerado muitas controvérsias, principalmente, no que dispôs sobre o instituto das permissões de serviços públicos.

Antecedentes da aprovação do art. 175 da Constituição Federal de 1988

Consultou-se os anais da Assembléia Nacional Constituinte de 1988¹⁰, arquivados na Biblioteca da Câmara dos Deputados, a fim de se obter o histórico dos debates que antecederam a aprovação do artigo 175 da Constituição Federal de 1998.

O objetivo principal dessa pesquisa específica foi buscar informações que ajudassem a decifrar as razões que levaram o Constituinte originário a estabelecer a obrigatoriedade da realização de licitação para a outorga de permissões de serviços públicos¹¹, e a conseqüente contratualização desse instituto.

470 | A Biblioteca da Câmara dos Deputados disponibilizou material datado desde 1º de junho de 1987, contendo atas e resumos informatizados dos debates ocorridos, envolvendo emendas, anteprojetos, projetos e votações que precederam à aprovação do art. 175.

Observou-se que, desde o início dos trabalhos, havia proposta para que a delegação dos serviços públicos fosse ser precedida de licitação. Do material colhido não vislumbrou-se nenhuma discussão ou questionamento sobre a necessidade ou não de licitação para as **permissões** de serviços públicos. O mesmo ocorreu em relação à menção do caráter especial do contrato de permissão.

As discussões havidas e que foram registradas nos anais, sendo disponibilizadas para consulta, foram as referentes à “política tarifária” (atual art. 175, parágrafo único, inciso III), em relação à qual a Assembléia Nacional Constituinte terminou por optar por um texto mais enxuto, deixando para a legislação infraconstitucional a tarefa de melhor detalhá-la, por entender que esta poderia ajustar-se mais às mudanças da realidade e da conjuntura econômica. Isso ocorreu em 29 de abril de 1988, após a Emenda nº 1212 apresentada pela constituinte Irma Passoni. Nessa data, o art. 175 (na ocasião apresentado como de nº 204) ficou praticamente com a sua redação final, tendo como diferença básica, em relação ao atual art. 175, a menção a “Estado” e não ao “poder público” a incumbência da prestação dos serviços públicos. A redação proposta na ocasião tinha a seguinte redação:

Art. 204. Incumbe ao **Estado**, 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, e 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. (destaques nossos)

Analisando-se o material coletado, não foi possível averiguar se houve alguma razão específica que tivesse motivado o legislador constituinte a estabelecer a necessidade de licitação para a outorga das concessões ou permissões de serviços públicos.

Encontramos, no entanto, referências às razões para a contratualização das permissões na obra de Marcos Juruena Villela Souto (2001, p. 152). Segundo o que ali consta, José Augusto Delgado¹² teria afirmado que a *permissão* teria assumido um caráter contratual em face dos abusos que foram cometidos pelo Poder Público no trato de sua precariedade. Sustentou-se que, na prática, a *permissão* só foi mantida na lei, mesmo equiparada à concessão, como uma forma de não permitir que tal instituto fosse usado sem licitação. Acrescentou-se, ainda, que se o legislador fosse omissivo a respeito da *permissão*, poder-se-ia alegar que tal delegação não necessitaria de licitação.

5 DO SERVIÇO PÚBLICO

471

5.1 Conceito de serviço público

A Constituição Federal dispõe expressamente que compete ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou mediante delegação, sob o regime de **concessão** ou **permissão**, a prestação de **serviços públicos**. Remeteu ainda à lei infraconstitucional as formas de participação do usuário no controle dos serviços públicos. Assim, constará de lei o regime de delegação, os direitos dos usuários, a política tarifária, a obrigação de o prestador manter serviço adequado e as reclamações relativas à sua prestação (arts. 175, parágrafo único, e 37, § 3º).

Vê-se, portanto, que é fundamental para o propósito deste estudo ter-se o conceito de serviço público, para o qual não há consenso entre os autores.

Para Hely Lopes Meirelles (2001, p. 311) “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”.

O professor Meirelles (2001, p.311) afirma ainda que

Fora dessa generalidade não se pode, em doutrina, indicar as atividades que constituem *serviço público*, porque variam segundo as exigências de cada povo e de cada época. Nem se pode dizer que são atividades coletivas *vitalis*

que caracterizam os serviços públicos, porque ao lado destas existem outras, sabidamente dispensáveis pela comunidade, que são realizadas pelo Estado com o *serviço público*.¹³

Ainda, segundo Hely Lopes Meirelles (2001, p.316), os requisitos do serviço público são sintetizados, modernamente, em cinco princípios que a Administração deve ter sempre presente, para exigí-los de quem os preste: permanência, generalidade, eficiência, modicidade e cortesia, explicando-os como segue:

o princípio da permanência impõe continuidade do serviço; o da generalidade impõe serviço igual para todos; o da eficiência exige atualização do serviço; o da modicidade exige tarifas razoáveis; e o da cortesia traduz-se em bom tratamento para com o público. Faltando qualquer desses requisitos em um serviço público ou de utilidade pública, é dever da Administração intervir para restabelecer seu regular funcionamento ou retomar a sua prestação.

Todos esses princípios estão positivados, encontrando-se, de forma isolada ou em conjunto, em diversas normas: na Constituição Federal (art. 175), no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, inciso X, e art. 22 da Lei nº 8.078/1990) e na Lei Geral de Concessões e Permissões de serviços públicos (caps. II, III e IV da Lei nº 8.987/1995).

José Cretella Júnior (1993, p. 4073-4104) faz extenso arrazoado sobre o conceito de serviço público de inúmeros autores para trazer a sua própria definição, qual seja, “Serviço público, é, portanto, toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas, mediante procedimento peculiar ao direito público, derogatório e exorbitante do direito comum.”.

472

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 620),

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Já para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 98), serviço público é

toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.

Segundo esta mesma autora (2001, p. 94-98), não é uma tarefa fácil definir serviço público, pois, seu conceito sofreu modificações ao longo do tempo, além de alguns autores adotarem conceitos mais amplos, e outros mais restritos, não havendo possibilidade de afirmar-se qual seria o mais correto. A autora graduou de forma decrescente, do mais amplo para o mais restrito, os vários conceitos de serviço público: 1) os que incluem todas as atividades do Estado (legislação, jurisdição e execução); 2) os que só consideram as atividades administrativas, excluindo jurisdição e legislação, sem distinguir o serviço público do poder de polícia, fomentação e intervenção; 3) os que preferem restringir mais para distinguir o serviço público das outras três atividades da Administração Pública.

Assim, de acordo com essa gradação, o conceito de Maria Sylvia Zanella Di Pietro estaria inserido na última acepção, isto é, mais restrito (2001, p. 98), e o conceito de Hely Lopes Meirelles seria um pouco mais restrito que o de Cretella Júnior porque, ao fazer referência à Administração e não ao Estado, exclui as atividades legislativa e jurisdicional. No entanto, ambos adotariam conceitos amplos vez que não distinguem o poder de polícia do serviço público, isto é, abrange todas as atividades exercidas pela Administração Pública (DI PIETRO, 2001, p. 95).

O conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello também seria restrito, pois, considera dois elementos integrantes do conceito: o substrato material, consistente na prestação de utilidade ou de comodidade fruível diretamente pelos administrados; e o substrato formal, que lhe dá caráter de noção jurídica, consistente em um regime jurídico composto por princípios e regras caracterizadas pela supremacia do interesse público sobre o particular e por restrições parciais (DI PIETRO, 2001, p. 95).

Ainda, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é o Estado, por meio da lei, que escolhe quais as atividades que em um determinado momento são consideradas serviços públicos (2001, p. 98). Na mesma linha de entendimento encontra-se, entre outros, Ruth Helena Pimentel de Oliveira (2003, p. 33 e 39) e Benjamim Zymler¹⁴ (2003, p.2), o qual expressa que há concordância entre os diversos autores que, independentemente das tentativas de definição ontológica da expressão, serviço público é o que a lei define como tal.

A propósito, Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 639) argumenta que é o Estado, por meio do Poder Legislativo, que erige ou não em serviço público tal ou qual atividade, desde que respeite os limites constitucionais. Desse modo, afora os serviços públicos mencionados na Constituição Federal, outros poderão assim ser qualificados desde que não sejam ultrapassadas as fronteiras constituídas pelas normas relativas à ordem econômica, as quais seriam garantidoras da livre iniciativa. Isso porque a exploração da atividade econômica, o desempenho de serviços pertinentes a esta área assistem aos particulares e não ao Estado, o qual apenas excepcionalmente poderá desempenhar-se empresarialmente nesta esfera (art. 173 da Constituição Federal).

A atual Constituição Federal já arrola expressamente alguns serviços públicos. Celso Ribeiro Bastos (1990, p. 130) bem resume este fato:

A nossa Constituição reserva para si esta tarefa de definir quais são os serviços públicos. Reparte-os entre a União, os Estados e os Municípios, segundo um rol de competências que ela mesma estipula. Para a União temos o art. 21, XII, que deixa certo pertencer a ela para ser explorado diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão tudo o que vem arrolado nas cinco letras daquele inciso. Quanto aos Estados há ao menos uma referência a um serviço público de sua alçada, previsto no art. 25, § 2º, que se refere aos serviços locais de gás canalizado. Aos Municípios compete organizar e prestar os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo. Nestes casos, mais especificamente no dos Estados e Municípios, há espaço para a criação, ou definição em lei, de serviços públicos. Há contudo de observar-se o seguinte. Em primeiro lugar o serviço instituído tem de estar dentro das competências da pessoa jurídica instituidora. Em segundo lugar tem de respeitar os limites de intervenção do Estado no domínio econômico. Sim, porque se não respeitasse os limites instituídos no art. 173 poderia dar-se uma transformação artificial de simples atividades econômicas em serviços, com o propósito sub-repício de estatizá-los.

Segundo Odete Medauar (2003, p. 215), os questionamentos que surgiram a respeito do serviço público, no decorrer da década de 90, levam a inseri-lo entre os itens clássicos que sofreram transformações.

Fazendo uma retrospectiva da evolução da noção de serviço público, a autora registra três momentos (MEDAUAR, 2003, p. 215-217).

O primeiro refere-se ao fato de a França ter sido o berço da noção de serviço público, que se expandiu para o mundo ocidental. Isso ocorrera no começo do século XX, com Duguit e Jeze. Na concepção clássica, serviço público exigia prestação pelo Poder Público sob regime de direito público.

O segundo teria se dado com o surgimento, a partir de 1930, da gestão dos serviços públicos por particulares e do serviço público realizado sob normas de direito privado, o que teria gerado muitas discussões sobre a noção de serviço público, após o que, passou-se a admitir a gestão privada e o uso do direito privado no regime jurídico do serviço público.

O terceiro momento da noção de serviço público teria se delineado no transcurso a partir da década de 90, continuando pelo século XX, em virtude de vários fatores: onda de privatizações, quebra de monopólios estatais, dinâmicas de novas conquistas tecnológicas e, com grande força, documentos oriundos da União Européia. Os textos da União Européia teriam influenciado vez que buscaram dar um tratamento econômico a atividades que sempre foram consideradas serviços públicos, sobretudo mediante a inserção da concorrência nestas atividades, e, bem assim, prestigiaram a noção de serviço *universal*, na acepção de um serviço básico, segundo uma qualidade definida e a um preço acessível.

474

Nesse ponto, pode-se identificar que o Brasil também foi influenciado pelas tendências mundiais, tendo incorporado em sua legislação constitucional e ordinária, muitas das novas concepções. Por exemplo, a Constituição Federal de 1988 diferencia serviço público de atividade econômica (arts. 175 e 173), estabelece a necessidade de prévio procedimento licitatório para a delegação de serviços públicos (art. 175), e em muitos normativos é corrente o estabelecimento da necessidade de prestação de serviços públicos com qualidade e a preços módicos (ex.: art. 6º da Lei nº 8.987/1985).

5.2 Conceito de serviço público passível de concessão ou permissão

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que para ser objeto de concessão, é necessário que sua prestação não tenha sido reservada exclusivamente ao próprio Poder Público, tal como ocorreu com o serviço postal e o Correio Aéreo Nacional (art. 21, inciso X). A propósito dessa menção, assinala ser manifestamente inconstitucional o disposto no art. 1º, inciso VII, da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, que inclui como passíveis de concessão ou permissão, quando couber, os serviços postais, colidindo, assim, com o texto da Lei Maior (2004, p. 661-662).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 71) afirma que, não obstante a abrangência do preceito constante do art. 175 da Constituição Federal de 1998, dando a impressão de que qualquer serviço público pode ser objeto de concessão, na realidade isso não ocorre. Isto porque sendo a concessão, por sua própria natureza, uma forma de gestão de serviço público remunerada pelo próprio usuário ou com receitas decorrentes da exploração do próprio serviço, só é possível cogitar sua utilização quando se tratar de serviço prestado a

terceiros (usuários), e que admita uma exploração comercial, ou seja, a possibilidade de produção de renda em favor do concessionário.

De acordo com Antônio Carlos Cintra do Amaral (2002, p. 19), somente o serviço público **específico** e **divisível**, que possa ser prestado ao usuário mediante pagamento de tarifa, é passível de ser objeto de concessão e permissão. Assim, o serviço público sendo **específico** e **divisível** poderia ser executado: a) diretamente pelo Poder Público (ou simplesmente posto à disposição) mediante o pagamento de uma taxa; ou b) indiretamente pelo Poder Público, mediante concessão e permissão, e – desde que efetivamente prestado – remunerado mediante tarifa.

Quanto a esse critério, esse autor ressalta que há impropriedades técnico-jurídicas na Lei nº 9.074/1995 (art. 2º), quando se refere aos serviços de *saneamento básico* e de *limpeza urbana* como serviços públicos passíveis de serem objetos de concessão ou permissão. A uma, porque não é *saneamento básico*, mas sim o *fornecimento de água* e *esgoto* contido na categoria mais ampla de saneamento básico que se caracterizaria como serviço público específico e divisível, cuja prestação efetiva é remunerável pelo usuário mediante o pagamento de tarifa. A duas, porque a *limpeza urbana* também não se caracteriza como serviço público passível de concessão ou permissão, já que as atividades envolvidas no serviço de limpeza urbana nem sempre são específicas (2002, p. 19).

Sobre esse segundo ponto, o autor ressalta que a limpeza e a manutenção de vias e logradouros públicos, por exemplo, são inespecíficas, beneficiando apenas seus moradores, mas também os que nele trafegam ou deles se utilizam. A coleta de lixo¹⁵, por sua vez, é específica. Porém nenhuma delas é divisível. Esse teria sido o argumento com que o Supremo Tribunal Federal considerara, em dezembro de 1996, inconstitucional a taxa de limpeza urbana que se cobrava no município de São Paulo. Na ocasião, o STF decidira que o seu custeio deveria ser efetuado por meio do produto da arrecadação dos impostos gerais.

Os estudos aqui relatados demonstram que há semelhança de entendimento em relação à posição adotada na área do Direito do Consumidor na definição dos serviços públicos sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor (CDC). Nessa área, a doutrina majoritária é no sentido de que não estão tutelados pelo CDC os *serviços públicos próprios* – aqueles prestados *uti universi* diretamente pelo Estado, mantidos com o produto da arrecadação dos tributos em geral –, por faltar-lhes o requisito da remuneração específica, limitando-se a tutela do CDC apenas aos **serviços públicos impróprios – prestados direta ou indiretamente pelo Estado ou por meio de concessão, permissão ou autorização, na medida em que são custeados por meio do pagamento específico de taxas ou tarifas**¹⁶.

Prosseguindo em seu raciocínio, Antônio Carlos Cintra do Amaral (2002, p. 20) afirma que os serviços de água, esgotamento sanitário, energia elétrica, gás canalizado, transporte e telefonia são divisíveis, mensuráveis. O serviço de limpeza urbana, não.

Disso conclui que as concessões do serviço de limpeza urbana, que ora estão sendo outorgadas por alguns Municípios brasileiros, ou são inconstitucionais, ou se caracterizam como terceirizações (contratos de prestação de serviços), denominadas “concessões” para escapar do prazo máximo de duração contratual (sessenta meses), contido no art. 57, II, da Lei nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações) (AMARAL, 2002, p. 20).

Este mesmo autor afirma que a Lei nº 9.074/1995 certamente não foi elaborada com o mesmo cuidado técnico-jurídico com que o foi a Lei nº 8.897/1995, e acrescenta

nova crítica a esta por ter definido no art. 4º como passíveis de concessão ou permissão de serviço público a geração, a transmissão e a distribuição de energia elétrica, quando somente a “distribuição” é atividade específica, divisível, e quando efetivamente prestada, é remunerável pelo usuário mediante o pagamento de tarifa.

6 DIFERENÇAS ENTRE A CONCESSÃO E A PERMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Neste ponto, procuraremos responder ao problema: No Direito Brasileiro vigente a concessão e a permissão de serviços públicos se diferenciam?

Para fundamentar nossa resposta passaremos a analisar cada um dos elementos que diferenciam a concessão da permissão de serviços públicos, ou seja, responderemos às seguintes indagações: a) a concessão e a permissão se diferenciam quanto à respectiva natureza jurídica?; b) a concessão e a permissão se diferenciam quanto ao objeto?; c) a concessão e a permissão se diferenciam quanto aos sujeitos (outorgados)?; d) a concessão e a permissão se diferenciam quanto à estabilidade do vínculo (precariedade)?; e) a concessão e a permissão se diferenciam quanto à remuneração do concessionário e do permissionário?; f) a concessão e a permissão se diferenciam quanto à forma (licitação)?.

6.1 A concessão e a permissão se diferenciam quanto à respectiva natureza jurídica ?

6.1.1 Da natureza jurídica da concessão de serviço público

Não há total concordância entre os doutrinadores sobre a natureza jurídica da concessão de serviço público, porém, predomina o entendimento de que se trata de contrato administrativo. Esta é a posição que consta expressamente do parágrafo único, inciso I, do art. 175 da Constituição Federal, e, bem assim, do art. 4º da Lei nº 8.987/1995, que regulamentou o dispositivo constitucional.

Hely Lopes Meirelles (2003, p. 254) cita que muitos autores combatem a natureza contratual da concessão de serviço público, tal como Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Celso Antônio Bandeira de Mello, mas se alinha com os que o admitem, dentre eles Mário Masagão, o pioneiro da tese contratualista no Brasil.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1969, p. 488-491) realizou estudo sobre a natureza jurídica da concessão e as várias teorias que procuram explicá-la, concluindo que se trata de ato complexo envolvendo um **ato união** e um **contrato**, no que se refere à equação econômico-financeira. Assim, segundo esse autor, essa orientação que procura conciliar as concepções unilateral e contratual ganha terreno sobre as demais. Dessa forma, em suas palavras:

[...] a concessão resulta de acôrdo de vontade entre concedente e concessionário. Contudo, esse acôrdo existe para a formação do vínculo jurídico, pois o regime jurídico da concessão, ante o caráter público do ato jurídico a ser praticado, da obra a ser executada e do serviço a ser prestado, se rege por normas regulamentares, unilaterais, baixadas pelo concedente, no seu curso, quanto aos meios, modos e formas da prática do ato jurídico, da feitura da obra e satisfação do serviço, a que o concessionário se subordina. Decorre de ato convencional, mas não contratual, portanto de **ato união**.

É verdade, ao lado existem normas que **asseguram a equação econômico-financeira** do concessionário e que obrigam os concedentes. Correspondem a **cláusulas contratuais** adjetas ao ato união, integrando no patrimônio daquele utilidades concretas e constituindo a seu favor situação jurídica subjetiva de efeitos futuros. (destaques nossos)

Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 662-663) também não apóia o posicionamento dominante de que a natureza jurídica da concessão de serviço público é de contrato administrativo, argumentando que tal entendimento deve ser creditado à cópia do que pregava a doutrina francesa, a qual, entretanto, já se transformara, de forma a não mais sustentar esse erro. Cita que a doutrina francesa teria revisto suas conclusões anteriores, devido ao desenvolvimento da teoria do serviço público, passando a consagrar o princípio da dupla natureza do ato de concessão, prevendo que um ato pode ser, por uma parte unilateral e por uma parte contratual, e, assim, mereça a qualificação de **ato misto**, sendo meio regulamentar e meio contratual. Assim, entende que

A concessão de serviço público é uma relação jurídica complexa, composta de um **ato regulamentar** do Estado que fixa unilateralmente condições de funcionamento, organização e modo de prestação do serviço, isto é, as condições em que será oferecido aos usuários; de um **ato condição**, por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público, e de **contrato**, por cuja via se garante a equação econômico-financeira, resguardando os legítimos objetivos de lucro do concessionário. (2004, p. 662).

Em resumo, afirma fazer parte do aspecto regulamentar tudo o que diz com o modo de prestação do serviço e fruição dele pelos usuários, integrando-o, em conseqüência, as disposições relativas à organização, ao funcionamento do serviço, ao prazo da concessão e às tarifas que serão cobradas, sendo a parte mutável da concessão por ato exclusivo do Estado (pode ser alterado unilateralmente pela Administração). O aspecto contratual da concessão residiria na equação econômico-financeira concertada, sendo imutável unilateralmente (2004, p. 664).

Quanto ao prazo da concessão e às tarifas, incluírem-se na parte regulamentar, embora tenham repercussão sobre a equação econômico-financeira, assim esclarece.

O prazo de concessão, ao contrário do que se poderia pensar, compreende-se nas cláusulas regulamentares, em razão de que o poder concedente pode, em razão de conveniência ou oportunidade, portanto, mesmo sem qualquer falta por parte do concessionário, extinguir a concessão sem que com isto pratique qualquer ato ilícito. Concorreria para esta inteligência o fato de que não há interesse jurídico do concessionário em manter o serviço em suas mãos; o que ele aspiraria, de direito, seria o resguardo de sua pretensão econômica (2004, p. 674).

Ainda, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, as tarifas não têm e nem poderiam ter natureza contratual, imutável. O que não pode ser unilateralmente modificado pelo Poder Público seria o valor resultante do equilíbrio econômico-financeiro, de que a tarifa é uma expressão, entre outras. Assim, conclui que ao concedente seria lícito alterar, como convenha, a sua grandeza, contanto que mantenha incólume a igualdade matemática já estabelecida, e da qual a tarifa se constitui em um dos termos, conquanto não necessariamente no único deles, em decorrência do que não há fator impeditivo para que o Poder Público venha a adotar um sistema de tarifas subsidiadas se entender adequada a sua adoção a fim de manter a modicidade tarifária (2004, p. 684).

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a parte que é disciplinada unilateralmente pelo Poder Público impõe-se ao particular não tanto em decorrência do contrato, mas por tratar-se de **normas que decorrem do poder regulamentar da Administração**. Prosseguindo, argumenta que, muitas vezes, essas normas constam da própria lei, que disciplina o serviço, de tal modo que, ao assinar o contrato de concessão, o **concessionário está se sujeitando a uma situação estatutária, regulamentar, que não admite qualquer discussão ou alteração, ainda que com a concordância das partes**. Essa parte regulamentar da concessão, que diz respeito à forma de gestão do serviço, consta das chamadas **cláusulas regulamentares** do contrato de concessão, e definiriam **o objeto, a forma de execução, a fiscalização, os direitos e deveres das partes, as hipóteses de rescisão, as penalidades, os direitos dos usuários etc.** (2002, p. 78).

Segundo a autora, ainda que tais normas constem do contrato (como efetivamente costumam constar), na realidade mantém-se sua natureza regulamentar e não contratual, **o que seria a razão pela qual muitos autores negarem que a concessão de serviço público seja contrato** (2002, p. 78).

Cabe também informar que, no 2º Seminário Nacional de Direito Administrativo, promovido pela Editora NDJ, no Rio de Janeiro, de 28 de maio a 2 de junho de 1995, Maria Sylvia Zanella Di Pietro teria afirmado que, tendo a Constituição e a Lei nº 8.987/1995 tratado a permissão como **contrato**, incompatível, portanto, com a precariedade que lhe é inerente, estaria tal instituto fadado à extinção (*apud* Marcos Jurvena Villela Souto, 2001, p. 152).

Registre-se que, não obstante, algumas divergências doutrinárias, a posição majoritária no atual ordenamento jurídico é a de que a concessão de serviços públicos tem natureza contratual.

6.1.2 Da natureza jurídica da permissão de serviço público

A doutrina tradicionalmente entendera a permissão de serviço público como um **ato unilateral** e precário, *intuitu personae*, por meio do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 701).

Ocorre que o art. 175 da Carta de 1988 estatui: “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”. E o parágrafo único, inciso I, desse artigo, estabelece que a Lei disporá sobre “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*”. (destaques nossos).

Diante desse quadro, há quem considere que houve imprecisão técnica de redação do art. 175, ao falar em contrato para a permissão que a interpretação literal do texto leva a crer, pois entendem que o constituinte, embora trate conjuntamente da concessão e da permissão, teria usado a expressão “contrato” para remeter somente à figura da concessão. Alinham-se a esse entendimento, entre outros autores, Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p.701) e Benedicto Pereira Porto Neto (*apud* VILLELA SOUTO, 2001, p. 151). Outros, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 128), ressaltam que causa

perplexidade a referência a “contrato” que o dispositivo constitucional faz ao instituto da permissão.

Porém com a edição da Lei nº 8.987/1995, que regulamentou o art. 175 da Constituição Federal de 1998, houve a confirmação da contratualização das permissões, o que eliminou qualquer dúvida deixada pela Constituição quanto a esse aspecto, e, bem assim, legalizou o desnaturamento do instituto conforme tradicionalmente conhecido, ao que muitos autores, entre eles, Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p.701), José dos Santos Carvalho Filho (2003, p.335) e Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁷ (2003, p.438) reagiram inconformados com o tratamento dado pela referida Lei ao instituto da permissão.

Assim, diante do disposto na Lei nº 8.987/1995 que em seu art. 40 caracterizou a permissão de serviço público como tendo natureza jurídica de contrato de adesão¹⁸, muitos autores reconhecem que legalmente o instituto da permissão está submetido à mesma disciplina das concessões. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho (2003, p. 334 e 335) e Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p.438).

Marçal Justen Filho (2003, p. 109-110) afirma que, quando a Administração promove licitação e escolhe uma proposta para outorgar a permissão, produz-se situação similar à de qualquer contratação administrativa, pois estará vinculada aos termos do ato convocatório e às condições da proposta do particular. Afirma, porém, que a existência da licitação prévia não é suficiente para acarretar natureza contratual para a permissão. O que deveria ser examinada é se a permissão antecedida de licitação produz uma fusão de vontades. Assim, segundo esse autor, se a licitação prévia envolver a formulação de propostas pelos potenciais interessados e se a melhor proposta traduzir-se nos termos da outorga de permissão não há como negar natureza contratual.

6.1.3 Da jurisprudência no Supremo Tribunal Federal sobre a natureza jurídica da concessão e da permissão de serviço público

José dos Santos Carvalho Filho (2003, p.335) registra que a incoerência da Lei nº 8.987/1995 e também do art. 175, parágrafo único, da Constituição Federal foi tão flagrante que dividiu até o Supremo Tribunal Federal. Em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.491-DF, na qual se discutia a questão relativa à forma de delegação do serviço móvel celular, prevista na Lei nº 9.295/1996, a Corte decidiu, pela apertada maioria de seis a cinco, que o art. 175, parágrafo único, da Constituição Federal, **afastou qualquer distinção conceitual entre permissão e concessão ao conferir àquela o caráter contratual próprio desta.**

Isso demonstra que, a despeito de inúmeras vozes discordantes dentro do próprio Tribunal, a maioria do STF considerou que, atualmente, a concessão e a permissão de serviços públicos têm a mesma natureza jurídica, isto é, de **contrato administrativo.**

6.1.4 Da jurisprudência no Supremo Tribunal Federal que analisou uma contenda pelo conteúdo da situação jurídica existente entre as partes, isto é, a natureza jurídica, e não o rótulo “permissão”

No bojo do Recurso Extraordinário nº 183180-4/DF¹⁹, interposto pela União Federal, junto ao STF, contra a Transbrasil Linhas Aéreas, houve interessante debate envolvendo o tema da permissão de serviços públicos.

Tratava-se de ação de indenização instaurada, em 2 de setembro de 1988, pela Transbrasil Linhas Aéreas, fundada na alegação de quebra do equilíbrio econômico e financeiro do contrato de concessão. Houve alegação da União de que se tratava de permissão e não de concessão de serviço público para não conceder o equilíbrio-econômico do contrato garantido pelo art. 167, inciso II, da Constituição Federal de 1967.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que a Transbrasil mantém com a União Federal um **contrato de concessão** de transporte aéreo, celebrado nos termos do art. 8º, XV, c, da Carta de 1969, por via do Decreto nº 72.898/1973 (art. 15), prorrogado pelo Decreto nº 95.910/1988.

Assim, o Pretório Excelso concluiu que não procede a alegação da União de que falta título hábil à pretensão, uma vez que a Transbrasil não é permissionária de serviço público, mas sim concessionária de transporte aéreo.

6.1.5 Do nosso entendimento

Entendemos que diante da realidade legal posta, especialmente o art. 175 da Constituição Federal, não há diferenciação entre a concessão e a permissão de serviço público quanto às respectivas naturezas jurídicas, já que ambos são contratos administrativos.

Registre-se que essa é a posição majoritária na doutrina e na jurisprudência.

480 6.2 A concessão e a permissão se diferenciam quanto ao objeto?

6.2.1 Comentários gerais

O objeto da concessão e da permissão de serviço público, como o próprio nome indica, é a prestação de serviços públicos.

A pergunta seguinte seria se todo e qualquer serviço público seria passível de ser objeto de concessão ou permissão, à qual já respondemos na parte 4.2, em que explanamos em detalhes sobre o assunto, tendo concluído que, segundo a doutrina, o serviço público necessita ser específico e divisível, além de não ser privativo do próprio Poder Público e se tratar de serviço prestado a terceiros (usuários), admitindo exploração comercial.

Não encontramos nenhum entendimento doutrinário, legal ou jurisprudencial delimitando qual instituto deveria ser usado em virtude de características específicas de serviço público, apesar de que muitos, movidos por aspectos práticos, defendem que os investimentos de maior porte demandariam concessão e não permissão.

6.2.2 Do nosso entendimento

Entendemos que a concessão e a permissão, legalmente, não se diferenciam quanto aos serviços públicos que podem ser seu objeto, devendo o Poder Público, no entanto, utilizar o instituto da concessão quando o porte do investimento assim o exigir.

6.3 A concessão e a permissão se diferenciam quanto aos sujeitos (outorgados)?

6.3.1 Comentários gerais

O inciso II do art. 2º da Lei nº 8.987/1995 estabelece que podem participar da licitação para a outorga de **concessão** de serviço público “pessoa jurídica ou consórcio de empresas”. Quanto à **permissão** de serviço público, o inciso IV do mesmo dispositivo legal define que podem participar da licitação “pessoa física ou jurídica”.

A interpretação literal dos citados dispositivos nos informa que a concessão e a permissão de serviço público se diferenciariam quanto à natureza dos delegatários. Porém, este também é um ponto polêmico, tendo suscitado até um “incidente de uniformização de jurisprudência” no âmbito do Tribunal de Contas da União (veja tópico específico adiante).

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2003, p. 335), essa diferença apontada pela literalidade do disposto nos citados incisos II e IV do art. 2º da Lei nº 8.987/1995 é “de uma irrelevância a toda prova”.

Marçal Justen Filho (2003, p. 116) também considera essa diferença “irrelevante ou secundária”, por retratar, mais precisamente as conseqüências jurídicas da diferença, **não sendo utilizáveis para distinguir os dois institutos.**

Este mesmo autor afirma ainda que

Há impossibilidade de pessoa física ser concessionária porque a atividade pressupõe organização dos fatores da produção que transcenda os limites da individualidade. Há impossibilidade de **consórcio** ser permissionário, porque se supõe que a complexidade da organização seria excessiva para desempenho da permissão. Em ambas as hipóteses, adota-se presunção absoluta, **que não corresponde necessariamente à verdade dos fatos.** Tratou-se, tão-somente, de opção legislativa. (JUSTEN FILHO, 2003, p. 116) (destaques nossos)

Observa-se que o autor na parte final de seu comentário deixa assente uma certa dúvida quanto ao conteúdo e à qualidade da legislação posta ao tratar da natureza dos delegatários.

Sobre esse ponto, registro interessante raciocínio apresentado por Luiz Alberto Blanchet (2001, p. 39-40), que afirma que o legislador deve ter-se deixado levar por estereótipos de seu subconsciente, pela crença popular de **que pessoas físicas geralmente tem menor porte²⁰, embora isso não corresponda à realidade**, razão pela qual entende que o mesmo legislador, ainda subconscientemente admite que pessoas físicas podem ser concessionárias (conclusão obtida pela conjugação dos arts. 2º, inciso II, e 35, inciso VI, da Lei nº 8.987/1995²¹).

Quanto à não previsão legal da participação de consórcios em licitações para permissões de serviços públicos, Luiz Alberto Blanchet (2001, p. 40) afirma que tal teria origem na sua prescindibilidade, uma vez que, para atividades de porte mais modesto, é maior o número de interessados aptos.

Ainda de acordo com Luiz Alberto Blanchet (2001, p. 40), a admissibilidade de consórcios em licitações tem por finalidade a ampliação da competitividade, pois seriam

poucos os licitantes isolados com porte, capacidade técnica, operacional ou financeira aptos a apresentarem propostas em razão da magnitude do empreendimento.

Assim, seguindo o raciocínio adotado pelo autor, conclui-se que o fundamento para a previsão em lei da participação de consórcios em **concessões** seria o aumento da competição e que o fundamento para a não previsão em lei da participação de consórcios em **permissões** seria a prescindibilidade de tal procedimento.

Aqui poderia se objetar que: a atividade administrativa está submetida ao princípio da legalidade; que em Direito privado o que não é proibido é permitido; e que em Direito Público o que não é permitido é proibido.

Dessa forma, poderia se concluir que a não previsão legal da participação de consórcio deveria ser entendido como proibição. Porém, esse também é um ponto polêmico, fato comprovado por recente “incidente de uniformização de jurisprudência” ocorrido no âmbito do Tribunal de Contas da União, apresentado no tópico a seguir.

6.3.2 Jurisprudência no TCU sobre a possibilidade de participação de consórcios em licitações para outorga de permissões para serviços públicos

No bojo do processo n° TC-550.232/1997-4, o TCU vinha acompanhando os procedimentos licitatórios para outorga, na modalidade de *permissão*, de exploração de serviços desenvolvidos em terminais alfandegados de uso público, por meio de Estação Aduaneira Interior-EADI (porto seco), localizada na cidade de Cascavel/PR (Concorrência SRF/SRRF 9º n° 01/98).

482

Naquele processo foi instaurado um procedimento regimental denominado “incidente de uniformização de jurisprudência”, em razão de divergência efetivamente existente entre o entendimento exarado na Decisão Plenária n° 1.662/2002, de 4 de dezembro de 2002 (processo n° TC-550.232/1997-4, relatada pelo Ministro Adylson Motta), e aquele manifestado, anteriormente, na Decisão Plenária n° 236/2002, de 20 de março de 2002 (processo n° TC-001.504/2000-1, relatada pelo Ministro Benjamin Zymler).

Na Decisão Plenária n° 236/2002, o TCU admitia a participação de consórcios, desde que se constituíssem em empresa caso vencessem a licitação, conforme se observa do dispositivo abaixo transcrito, para se enquadrarem aos termos do § 1º do art. 19 da Lei n° 8.987/1995²².

[...];

8.2 – determinar à Secretaria da Receita Federal que:

8.2.1 – inclua nos próximos editais de licitação de permissão para prestação dos serviços públicos cláusula que exija dos consórcios participantes do processo licitatório a sua constituição em empresa, antes da assinatura do contrato, caso lhe seja adjudicado o objeto da licitação;

E, na Decisão Plenária nº 1.662/2002 (item 8.3, alínea b), de 4 de dezembro de 2002, constou determinação, em sentido antagônico ao estabelecido na Decisão Plenária nº 236/2002, conforme se observa de parte da citada decisão transcrita a seguir:

[...]

8.3 determinar à Secretaria da Receita Federal que, em relação aos futuros editais de licitação e seus anexos:

[...]

b) adote as providências necessárias para adequá-los ao disposto no art. 2º inciso IV, da Lei nº 8.987/95 cumulado com o art. 4º do Decreto nº 1.910/96, tendo em vista a imprevisão legal de propostas apresentadas por *consórcios de empresas*; (destaques nossos)

Em sessão de 12 de maio de 2004, ao julgar o “incidente de uniformização de jurisprudência”, o Tribunal de Contas da União, mediante o Acórdão nº 564/2004-TCU-Plenário, concluiu pela impossibilidade de participação de consórcio de empresas em licitações de permissões de serviços públicos.

Entendemos que a Decisão Plenária nº 236/2002, ao determinar que as empresas em consórcio que vencessem a licitação deveriam se constituir em empresa, antes da assinatura do contrato, estava adequada, pois, conformava a situação de fato à previsão legal, isto é, a assinatura do contrato de permissão se daria com uma pessoa jurídica. Conforme visto, tal não foi o entendimento do TCU.

É mister também registrar que, no caso prático analisado pelo TCU, não foi feito um exame do conteúdo da avença, o que se tivesse ocorrido demonstraria que não se tratava de uma permissão, mas sim de uma verdadeira concessão de serviço público²³, pelo que caberia, sim, a participação de consórcios.

6.3.3 Do nosso entendimento

A nosso ver, há diferenças entre concessão e permissão quanto à natureza dos delegatários, porquanto não é unânime a interpretação de quem seriam estes.

A interpretação direta e literal da Lei nº 8.987/1995 estabelece que podem participar da licitação para a outorga de **concessão** de serviço público “pessoa jurídica ou consórcio de empresas” (inciso II do art. 2º), e para a de **permissão** de serviço público, “pessoa física ou jurídica” (inciso IV do art. 2º).

Porém, é mister registrar que, a exemplo do entendimento esposado por conceituados doutrinadores, como José dos Santos Carvalho Filho e Marçal Justen Filho, somos no sentido de que tentar diferenciar os dois institutos por meio da natureza dos delegatários não é razoável, pois **insuficiente para distinguir os dois institutos**.

6.4 A concessão e a permissão se diferenciam quanto à estabilidade do vínculo (precariedade)?

6.4.1 Comentários gerais

A Lei nº 8.987/1995 refere-se à precariedade da permissão de serviços públicos (fato contraditório com o caráter contratual que lhe atribui), conforme se observa dos arts. 2º e 40 do referido dispositivo legal abaixo transcritos:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

[...]

IV – **permissão** de serviço público: a delegação, a título **precário**, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Art. 40. A **permissão** de serviço público será formalizada mediante **contrato de adesão**, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à **precariedade** e à **revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente**.

Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei. (destaques nossos)

484

Para o instituto da concessão de serviços públicos, não há nenhuma referência quanto à existência da precariedade. Mesmo assim, a precariedade também não é um elemento diferenciador entre a concessão e a permissão de serviço público.

José dos Santos Carvalho Filho (2003, p. 335) à pergunta “no que consiste a precariedade não prevista para a concessão”?, argumenta que é praticamente impossível responder esta questão. Assim, entende que a ressalva “a título precário” não traduz marca distintiva convincente. A uma, porque se se considerar que a precariedade é um atributo indicativo de que o particular, que firmou ajuste com a Administração, está sujeito ao livre desfazimento do negócio por parte desta, sem que lhe assista direito à indenização por eventuais prejuízos, não crê que seja essa a situação jurídica do permissionário, o que advém do disposto no art. 40, parágrafo único, da Lei, que admite a incidência na permissão de regras atinentes às concessões. A duas, porque se se entender que a precariedade tem a ver com a possibilidade de o Poder Público (permitente) poder rescindir unilateralmente o contrato de permissão, tal também ocorre com a concessão por meio da encampação (art. 37)²⁴.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca que merece atenção especial a precariedade presente na permissão, um pouco pela imprecisão do vocábulo, mas também porque ela se apresenta com intensidade variável na concessão, na permissão e na autorização (2002, p. 129).

Esta autora destaca que a precariedade é palavra de múltiplos sentidos, que pode significar instabilidade, transitoriedade, revogabilidade ou inexistência de prazo. Ressalta, entretanto, que, para fins de distinção entre concessão e permissão, é preciso considerar dois sentidos do vocábulo precariedade: (a) de um lado, significa que o ato é

revogável a qualquer tempo, por iniciativa da Administração; b) de outro lado, significa outorga sem prazo estabelecido e, portanto, revogável a qualquer tempo, por iniciativa da Administração, sem direito a indenização. Portanto, esta autora também usou de critérios semelhantes aos de José dos Santos Carvalho Filho.

A seguir sintetizamos o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 128-131):

Concessão	Permissão	Conclusão
Precariedade no primeiro sentido (a): possibilidade de revogação a qualquer momento.	Precariedade no primeiro sentido (a): possibilidade de revogação a qualquer momento.	Mesmo no caso de contrato, em que a fixação de prazo é obrigatória, como é o caso da concessão, essa possibilidade existe. Uma das características dos contratos administrativos em geral e que constitui uma de suas cláusulas exorbitantes é precisamente a possibilidade de rescisão unilateral, pela Administração, por razões de interesse público. Isto, que sempre foi reconhecido pela doutrina, consta do direito positivo (art. 58, II, da Lei nº 8.666/1993-Lei geral das licitações).
-	Precariedade no segundo sentido (b): outorga sem prazo estabelecido e, portanto, revogável a qualquer tempo, por iniciativa da Administração, sem direito a indenização. Obs. Sobre esse argumento defendido pela ilustre professora, vide nossos comentários nos parágrafos seguintes quando comentamos as hipóteses de pagamento das indenizações.	A precariedade neste sentido não está presente na concessão, em razão da vedação de celebração de contratos sem prazo estabelecido na Lei geral das licitações (art. 57, § 3º da Lei nº 8.666/1993), e a obrigatoriedade de incluir como cláusula essencial do contrato de concessão a indicação do seu prazo de vigência (art. 23, inciso I, da Lei nº 8.987/1995). O prazo na concessão é essencial tendo em vista que dele depende o valor da tarifa. Além do mais, a natureza do serviço, objeto de concessão, por exigir investimentos de grande porte, aconselharia a Administração a optar por forma de delegação mais prolongada e estável para o contratado. Esse prazo é uma garantia para o concessionário pois significa que se ela não foi inadimplente e o poder concedente rescindir o contrato extemporaneamente, esta deverá responder por perdas e danos. Isto está na doutrina e no direito positivo: para os contratos administrativos em geral (art. 79, § 2º da Lei nº 8.666/1993) e para os contratos de concessão de serviço público (arts. 35, § 4º e 37 da Lei nº 8.987/95).
A precariedade não existe no ato de outorga	A precariedade está na origem do ato de outorga.	A Administração, ao consentir, por ato formal, na outorga da prestação do serviço público ao permissionário, já o faz com a nota da precariedade. O particular que recebe a permissão já sabe que ela é dada a título precário, em prazo estabelecido, e que, por isso mesmo, pode ser retirado a qualquer momento, pela Administração, sem direito a qualquer direito a reparação pecuniária. Neste caso, o fundamento da possibilidade de revogação por ato unilateral é a própria precariedade inerente ao ato formal da permissão. Essa precariedade afasta o direito de o permissionário opor-se à revogação e de pleitear qualquer tipo de compensação pecuniária.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro registra que alguns autores aceitam a possibilidade de fixação de prazo na permissão, o que é denominado **de permissão condicionada** por Hely Lopes Meirelles e de **permissão qualificada** por Cretella Júnior (2002, p. 131).

Esta autora, no entanto, ressalta que, em seu entendimento, a fixação de prazo na permissão praticamente faz desaparecer a diferença entre esse instituto e o da concessão, já que ocorrerá a perda da precariedade e o permissionário se tornará titular de direito subjetivo oponível à Administração, consistente no direito à prestação do serviço permitido pelo prazo convencionado, sob pena de responder a Administração Pública por perdas e danos (2002, p. 131).

Referente a indagação se é possível existir permissão contratual, sem prazo, entendemos que em virtude da legislação atualmente vigente, a resposta é negativa, já que também se aplicam, subsidiariamente, às concessões e permissões de serviços públicos a Lei Geral de Licitações (art. 124 da Lei nº 8.666/1993), que em seu art. 57, § 3º, veda expressamente a existência de contrato administrativo com prazo de vigência indeterminado.

Cabe colocar que a indenização, legalmente prevista, em que o poder concedente deve pagar à concessionária, em caso de extinção da concessão por advento do termo contratual (inciso I, art. 35, da Lei nº 8.987/1995) ou por encampação (inciso II, art. 35 da Lei nº 8.987/1995), refere-se às parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido (art. 36 da Lei 8.987/1995).

Assim, entendemos que, também na permissão, aplica-se esse critério de indenização, haja vista o disposto no art. 40, parágrafo único, da Lei, que admite a incidência na permissão de regras atinentes às concessões. Nesse ponto, não é adequado o entendimento da ilustre professora no sentido de que ocorre na permissão a “precariedade no sentido de outorga sem prazo estabelecido e, portanto, revogável a qualquer tempo, por iniciativa da Administração, sem direito a indenização”.

486

Em nosso entendimento, existindo *parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido*, a indenização é devida não importa qual seja o instituto utilizado: concessão ou permissão (art. 36 c/c art. 40, parágrafo único, da Lei nº 8.987/1995).

Celso Antônio Bandeira de Mello, a respeito do assunto, afirma que a Lei nº 8.987/1995, ao cogitar da indenização em tal caso (art. 36, por remissão do art. 37), só se refere à indenização das parcelas não amortizadas ou depreciadas atinentes aos bens reversíveis; mas que, “entretanto, é óbvio e de cristalina obviedade que haveria agravo à equação econômico-financeira do contrato se não houvesse indenização pelos **lucros cessantes**” (2004, p. 692).

Ao fato de a encampação da concessão exigir lei autorizativa específica (art. 37 da Lei nº 8.987/1995), Hely Lopes Meirelles (2003, p. 380) explica:

[...] Não pode o concessionário, em caso algum, opor-se à encampação. Seu direito limita-se à indenização dos prejuízos que, efetivamente, o ato de império do Poder Público lhe acarretar, calculada na forma do art. 36 da Lei nº 8.987/1995. A encampação depende de **lei autorizativa específica** e pagamento prévio da indenização apurada (art. 37). Com isso pretendeu-se **dar maiores garantias ao concessionário**, ao transferir para o Legislativo a decisão de encampar, uma

vez que o reconhecimento da existência de interesse público passa a depender de uma decisão colegiada e não individual do Chefe do Executivo. Justifica-se que assim seja, uma vez que a retomada do serviço pode importar indenização vultosa, dependente, talvez, de dotação específica. (destaques nossos)

Quanto ao fato de a encampação da concessão exigir prévio pagamento de indenização (art. 37 da Lei nº 8.987/1995), Marçal Justen Filho esclarece (2003, p. 577-578) que

Encampar equivale a desapropriar, transferir compulsoriamente bens e direitos privados para o patrimônio público. Justamente, por isso, a encampação subordina-se ao regime jurídico da desapropriação. O concessionário goza, em face da encampação, de todas as garantias constitucionais reservadas à desapropriação, inclusive com a imposição de que o poder concedente apenas poderá imitir-se na posse dos bens mediante pagamento de prévia e justa indenização em dinheiro.

Assim, estaria justificado legalmente o fato de a encampação da concessão exigir lei autorizativa específica e prévio pagamento de indenização (art. 37 da Lei nº 8.987/1995). Entendemos, no entanto, que não se aplicam esses pressupostos para a revogação unilateral da permissão, apesar de comando expresso afirmando a aplicação às permissões do disposto na Lei nº 8.987/1995 (art. 40, parágrafo único), porque a mesma Lei (*caput* do art. 40) estabelece o caráter precário de sua outorga.

Assim, o fato de a encampação da concessão exigir lei autorizativa específica e prévio pagamento de indenização (art. 37 da Lei nº 8.987/1995), de e não haver previsão semelhante para as permissões, não é marca distintiva para diferenciar a concessão da permissão quanto à precariedade, mas sim para reforçar que a escolha do instituto da concessão pressupõe maiores garantias para o concessionário.

487

6.4.2 Do nosso entendimento

Nosso posicionamento é de que a precariedade não é fator de diferenciação entre a concessão ou permissão, porque se entendê-la como possibilidade de rescisão unilateral a qualquer tempo, tal ocorre com ambos os institutos.

Vimos também que não procede entendermos que a indenização é devida na concessão e não na permissão sem prazo: a uma, porque não há permissão contratual sem prazo; a duas, porque ocorrendo a condição objetiva do art. 40, parágrafo único, da Lei nº 8.987/1995, a indenização é cabível, não importando qual seja o instituto utilizado. Além do que, mesmo sem previsão expressa na lei, os lucros cessantes também deverão ser indenizados para a manutenção do equilíbrio-econômico financeiro do contrato.

E concluímos também que o fato de a encampação da concessão exigir lei autorizativa específica e prévio pagamento de indenização (art. 37 da Lei nº 8.987/1995), e não haver previsão semelhante para as permissões, não é marca distintiva para diferenciar a concessão da permissão quanto à precariedade, mas sim para reforçar que a escolha do instituto da concessão pressupõe maiores garantias para o concessionário.

6.5 A concessão e a permissão se diferenciam quanto à remuneração do concessionário e do permissionário?

6.5.1 Comentários gerais

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 701), a permissão de serviço público, segundo conceito tradicionalmente acolhido pela doutrina, é ato unilateral e precário, *intuitu personae*, por meio do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando à moda do que faz na concessão, **a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários**.

Para Hely Lopes Meirelles (2003, p. 184), a permissão é o ato administrativo negocial, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público faculta ao particular a execução de serviços de interesse coletivo, ou o uso especial de bens públicos, a título **gratuito** ou **remunerado**, nas condições estabelecidas pela Administração.

E, saindo, dos conceitos tradicionalmente ligados à permissão pela doutrina, concluímos que, no atual ordenamento jurídico, esse instituto é um contrato ao qual se aplica as normas referentes às concessões por força do art. 40 da Lei nº 8.987/1995, portanto, não há dúvidas quanto à sua remuneração via tarifa cobrada dos usuários ou de outras fontes de receita ligadas à exploração do serviço, a exemplo do que ocorre com as concessões.

6.5.2 Do nosso entendimento

Entendemos que a concessão e a permissão não se diferenciam quanto à remuneração do concessionário e do permissionário, já que ambos são contratos que pressupõe remuneração via tarifa cobrada dos usuários ou de outras fontes de receita ligadas à exploração do serviço.

6.6 A concessão e a permissão se diferenciam quanto à forma (licitação)?

6.6.1 Comentários gerais

De acordo com o disposto no art. 175 da Constituição Federal de 1988, a prestação de serviços públicos mediante concessões e permissões será precedida de procedimentos licitatórios.

A Lei nº 8.987/1995, que regulamentou o art. 175 da nossa Carta, previu a modalidade de licitação de concorrência para as concessões (inciso II, art. 2º, da Lei nº 8.987/1995) não o fazendo para as permissões (inciso IV, art. 2º, da Lei nº 8.987/1995).

Assim, se o Poder Público escolher utilizar o instituto da concessão terá que adotar a modalidade de licitação da concorrência, não ficando, no entanto, vinculado se escolher utilizar a permissão, caso em que poderia adotar, em tese, outras modalidades, tal como a tomada de preços.

Entendemos, no entanto, que a Administração não pode usar esse critério, para escolher, por exemplo, utilizar o instituto da permissão, somente para não ficar sujeito a ter

que adotar a modalidade de licitação da concorrência. Isso seria tentar burlar a finalidade da lei.

6.6.2 Do nosso entendimento

Assim, diante do informado na nossa Lei Maior pode-se concluir que a concessão e a permissão não se diferenciam quanto à forma, porquanto a outorga de ambos pressupõe a realização prévia de licitação. O fato de a concessão somente comportar a utilização da modalidade de licitação de concorrência não é um fator relevante de diferenciação entre as concessões e as permissões de serviços públicos, pois, trata-se apenas de modalidade de licitação que, no caso das permissões, poderão ser outras, conforme o valor do investimento envolvido.

7 CONCLUSÃO

Estudamos os institutos da concessão e da permissão de serviços públicos (partes 2 e 3 respectivamente), e bem assim sobre os serviços públicos objeto desses institutos de delegação de serviços (parte 5).

Assim, com esses fundamentos teóricos, passamos à análise de cada um dos elementos que diferenciam a concessão da permissão de serviços públicos, isto é, quanto à natureza jurídica, objeto, natureza do delegatário, estabilidade do vínculo (precariedade), remuneração e forma (parte 6).

Concluimos que a concessão em relação à permissão de serviços públicos:

- a) diante da realidade legal posta, especialmente o art. 175 da Constituição Federal, não se diferencia quanto à **natureza jurídica**, já que ambos são contratos administrativos (posição majoritária na doutrina e na jurisprudência);
- b) legalmente não se diferencia quanto aos serviços públicos que podem ser seu **objeto**, devendo o Poder Público, no entanto, utilizar o instituto da concessão quando o porte do investimento assim o exigir;
- c) diferenciam-se, quanto à **natureza do delegatário**, mas que **tal fato não seria relevante**, não sendo suficiente para distinguir os dois institutos, porquanto há divergência jurisprudencial sobre quem seriam precisamente esses delegatários diferentes;
- d) não se diferenciam, quanto à **estabilidade do vínculo (precariedade)**, pois: d.1) se entender a precariedade como possibilidade de rescisão unilateral do contrato a qualquer tempo, tal ocorre com ambos os institutos; d.2) se entendê-la como possibilidade de encerramento da permissão sem prazo, sem pagamento de indenização, não procede: d.2.1) a uma, porque não há permissão contratual sem prazo; d.2.2) a duas, porquanto se aplica às permissões a Lei nº 8.987/1995 e, em ocorrendo a condição objetiva do art. 40, parágrafo único, dessa Lei - existindo parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e a atualidade do serviço concedido - a indenização é cabível, não importando qual seja o instituto utilizado; d.2.3) a três, porque, mesmo sem previsão expressa na lei, os lucros cessantes também deverão ser indenizados para a manutenção

do equilíbrio-econômico financeiro do contrato; d.3) o fato de a encampação da concessão exigir lei autorizativa específica e prévio pagamento de indenização (art. 37 da Lei nº 8.987/1995), e não haver previsão semelhante para as permissões, não é marca distintiva para diferenciar a concessão da permissão quanto à precariedade, mas sim para reforçar que a escolha do instituto da concessão pressupõe maiores garantias para o concessionário;

- e) não se diferenciam quanto à **remuneração** do concessionário e do permissionário, já que ambos são contratos que pressupõe remuneração via tarifa cobrada dos usuários ou de outras fontes de receita ligadas à exploração do serviço;
- f) não se diferenciam quanto à **forma** porquanto a outorga de ambos pressupõe a realização prévia de licitação. O fato de a concessão somente comportar a utilização da modalidade de licitação de concorrência não é um fator relevante de diferenciação entre as concessões e as permissões de serviços públicos, pois se trata apenas de modalidade de licitação que, no caso das permissões, poderão ser outras, conforme o valor do investimento envolvido.

Assim, conclui-se que não há traços relevantes para diferenciar a concessão da permissão de serviço público no atual Direito Brasileiro.

Reforça esse entendimento artigo intitulado “Autorização e permissão: a necessidade de unificação dos institutos” do ilustre professor José dos Santos Carvalho Filho (2002, p. 122), no qual o autor faz detalhada análise defendendo que, no atual ordenamento jurídico brasileiro, à vista da contratualização da permissão de serviços públicos, *desapareceu o ato administrativo de permissão destinado à prestação de serviços públicos*, concluindo, assim, que restou como ato administrativo de consentimento estatal apenas a *autorização*²⁵. A conclusão do autor originou-se no entendimento de que o único elemento significativo que distinguia a permissão da autorização era **o antigo ato administrativo de permissão se preordenar à execução de serviços públicos**.

490

Vimos durante este estudo que classicamente existem os pressupostos para a utilização do instituto da permissão, mas que, na prática, sob aquela denominação costuma se abrigar verdadeiras concessões.

Pode-se afirmar que tal situação pode ser creditada também à confusa legislação que trata do tema das concessões e das permissões de serviços públicos.

Dessa forma, à luz do sistema legal vigente, ao depararmos com o uso do instituto da permissão de serviço público, é necessário analisar o conteúdo do avençado entre as partes, isto é, a real relação jurídica existente, antes de fazermos um juízo de valor sobre as implicações jurídicas dele decorrentes. Em outras palavras, no atual ordenamento jurídico, a utilização do rótulo “permissão” deve ser visto com cuidado, para que não sejam tiradas conclusões totalmente equivocadas, pois pode se tratar de uma relação jurídica indevidamente nominada “permissão”, mas, em realidade, se tratando de uma verdadeira concessão com as correspondentes conseqüências legais daí advindas.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 7.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1989.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Autorização e permissão: a necessidade de unificação dos institutos. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 16, p. 117-130, jul./dez. 2002.

_____. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989-1993. v. 8.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRAU, Eros Roberto. Concessão de direito real de uso: concessão, permissão e autorização de serviço público e empresas estatais prestadoras de serviço público. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 5, p. 75-97, 1994.

GRAU, Eros Roberto. Permissão de serviço coletivo rodoviário. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 77, p. 104-109, [1986?].

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio B. de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 1.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. *Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual*. São Paulo: Atlas, 2003.

REALE, Miguel. Permissão de serviço municipal de transporte coletivo urbano. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 77, n. 631, p. 7-13, maio 1988.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1996.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

ZYMLER, Benjamim. *O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras*. Brasília, 2003. Palestra proferida no Instituto Brasileiro de Direito Público.

NOTAS

492

¹ Há autores que entendem que o constituinte brasileiro sinalizou ser aquele contrato submetido a regime jurídico de direito público, donde a expressa remissão à “especialidade” do mesmo. Ele seria especial ao adotar o modelo contratual que em geral rege relações acordadas entre particulares.

² José Afonso da Silva sobre que “lei” seria essa referida pelo art. 175 da Constituição Federal de 1998 comenta ser a lei própria do poder concedente que pode ser a União (lei federal), Estado (lei estadual), o Distrito Federal (lei distrital) e Município (lei municipal), pois a CF não mais falaria em **lei federal** mas apenas a **lei**, o que remeteria à competência das entidades constitucionais autônomas, com o que estas recuperaram sua plena autonomia normativa nessa matéria, apenas ficando sujeitas às normas gerais federais, à vista do disposto no art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal de 1998. Esse último dispositivo dispõe que compete privativamente à União legislar sobre “XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecidos o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III. O autor cita que Hely Lopes Meirelles teria o mesmo entendimento. Por fim, salienta que a Lei nº 8.987/95 teria assumido essa concepção, quando no **parágrafo único do art. 1º** estabeleceu que a “União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços”. (1996, p.734-735). Cabe esclarecer que somente as Constituições de 1934 e de 1937 faziam referência a uma **lei federal** que regularia a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão. As Constituições de 1946, de 1967 (EC nº1/1969) e de 1988 passaram a referir-se a uma **lei** que dispusesse sobre o regime das empresas concessionárias (e permissionárias a partir da Constituição Federal de 1998). Assim, não procede o argumento de José Afonso da Silva que leva a crer que antes da Constituição Federal de 1998 houvesse referência somente a uma **lei federal**. Por outro lado, é importante mencionar que Maria Sylvania Zanella Di Pietro refere-se também ao art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal de 1998, para concluir que a Lei nº 8.987/1995 é uma **lei nacional**. Nesse sentido também Celso Ribeiro Bastos (1990, p. 130). A propósito desse assunto,

cabe informar que Toshio Mukai entende que o **parágrafo único do art. 1º** Lei nº 8.987/1995 é inconstitucional. Para maiores detalhes, ler a Nota de rodapé nº 3.

³ Toshio Mukai defende que o parágrafo único da Lei nº 8.987/1995 é inconstitucional, pois, entende que a Constituição Federal não concedeu à União, nem no art. 175 da CF, nem no parágrafo único da referida Lei, competência para baixar uma lei, pretensamente nacional, para dispor sobre concessões e permissões de serviços públicos estatuidando normas gerais ou específicas, cogentes a Estados, Distrito Federal e Municípios. Entende que a lei referida no art. 175 da CF não pode ser senão uma lei própria e privativa de cada ente federativo e que jamais poderia ser uma lei nacional, pois o art. 175 não contemplara a hipótese de uma lei federal exclusiva para disciplinar as concessões e permissões de serviços públicos em todas as esferas de Governo. (MUKAI, 1999, p.410) Vide também a Nota de rodapé nº 2.

⁴ O autor esclarece que mencionou o fato de o concessionário atuar “em nome próprio” modificando um entendimento anterior em que afirmara que, na concessão, o serviço era prestado “em nome do Estado”. Informa que com o entendimento anterior pretendia realçar a idéia “ – aliás inquestionável – de que, sendo estatal o serviço operado pelo concessionário, este não tem qualquer senhoria sobre dito serviço; donde, apenas age em nome de outrem, por investidura outorgada pelo titular, isto é, pelo concedente.” Entretanto, afirma render-se “ao fato de que a afirmação de que o concessionário age ‘em nome próprio’ parece ser insubstituível para realçar a diferença entre a concessão de serviço público e o simples contrato de prestação de serviços travados entre o Estado e a sua contraparte. Enquanto na concessão instaura-se uma relação jurídica por força da qual o concessionário é investido em titulação para prestar serviços *ao público*, nos simples contratos de prestação de serviços o contratado se vincula a prestar dados serviços *ao Estado* apenas. Assim, o liame contratual não extrapola as relações entre ambos; as obrigações recíprocas confinam-se ao estrito âmbito das partes que se entrelaçaram. Daí a compreensível insistência da doutrina em dizer que o concessionário age ‘em nome próprio’”

⁵ Se analisarmos as legislações específicas que regulam os diferentes setores em que ocorreram delegações de serviços públicos, tais como os do transporte coletivo de passageiros interestaduais e internacionais, da exploração de serviços de movimentação de cargas (estações aduaneiras ou portos secos) ou dos serviços de telecomunicações, encontraremos diversas configurações de permissões de serviços públicos. Mais especificamente no setor de telecomunicações, pode-se observar que a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações-LGT), ao tratar da permissão de serviços, apresentou-a com um conceito mais próximo daquele estabelecido pela doutrina (art. 118), porém prevê também a assinatura de um termo no qual deverá constar prazos mínimos e máximos de vigência, assim como informações sobre bens reversíveis, se houver (art. 120, incisos I e IX). A respeito, cabe colocar que não existe ainda nenhuma permissão de serviços, nos moldes previstos pela LGT, e que esse instituto foi previsto para atendimento a uma situação excepcional envolvendo encampações. O art. 118 estabelece: “Art. 118 Será outorgada permissão, pela Agência, para prestação de serviço de telecomunicações em face de situação excepcional comprometedora do funcionamento do serviço que, em virtude de suas peculiaridades, não possa ser atendida, de forma conveniente ou em prazo adequado, mediante intervenção na empresa concessionária ou mediante outorga de nova concessão. Parágrafo único. Permissão de serviço de telecomunicações é o ato administrativo pelo qual se atribui a alguém o dever de prestar serviço de telecomunicações no regime público e em caráter transitório, até que seja normalizada a situação excepcional que a tenha ensejado.”

⁶ Celso Antônio Banderia de Mello (2004, nota rodapé nº 53, p. 705) esclarece que, quando se percebe que a disciplina atribuída a uma dada relação jurídica não corresponde à nomenclatura técnica que lhe foi dada, diz-se que recebeu qualificação imprópria, por estar-se perante figura jurídica diversa da que corresponderia a sobredita nomenclatura (recebida esta na conformidade de seu sentido técnico corrente).

⁷ Somente em cumprimento à Constituição Federal de 1988 (art. 175) foi editada a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviço público.

⁸ O art. 125 do Decreto-Lei nº 200/1967 estabelecia: “As licitações para compras, obras e serviços passam a reger-se, na Administração Direta e nas autarquias, pelas normas consubstanciadas neste

- Título e disposições complementares aprovadas em decreto.” Os arts. 125 a 144 desse Decreto-Lei foram revogados pelo Decreto-Lei nº 2300, de 21 de novembro de 1986.
- ⁹ Segundo Antonio Carlos Cintra do Amaral (2002, p.25) a Constituição de 1967 referia-se a “tarifas” enquanto a de 1988 fala em “política tarifária” o que daria no mesmo. Esse mesmo autor, também em relação à CF pretérita, afirma que a Constituição Federal de 1998 não assegura, expressamente, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, mas isso continua a ser dever do poder concedente, por força da aplicação da teoria da imprevisão (em sentido amplo) a todos os contratos administrativos, inclusive – e especialmente – aos contratos de concessão, já que essa teoria teria sido formulada pelo Conselho de Estado Francês a partir de decisões relativas a contratos de concessão de serviço público
- ¹⁰ A Assembléia nacional Constituinte, composta por 559 congressistas, foi instalada em 1º de fevereiro de 1987, sendo presidido pelo deputado Ulysses Guimarães, do PMDB. Os trabalhos dos constituintes se estenderam por dezoito meses. Em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a nova Constituição brasileira
- ¹¹ A obrigatoriedade de realização de prévio procedimento licitatório para as outorgas de concessão e, também, das permissões foi a grande inovação da Carta de 1988.
- ¹² No 2º Seminário Nacional de Direito Administrativo, promovido pela Editora NDJ, no Rio de Janeiro, de 28/5 a 2/6/1995.
- ¹³ O professor Hely Lopes Meirelles cita como exemplos de serviços públicos dispensáveis pela coletividade, mas em alguns casos prestados pelo próprio Estado, os jogos em cassino, como os de Monte Carlo, no Principado de Mônaco, e entre nós, a Loteria Federal e a Loteria Esportiva.
- ¹⁴ Benjamim Zymler é Ministro do Tribunal de Contas da União, Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília (UnB) e Professor de Direito na UnB e em outras instituições.
- ¹⁵ O autor menciona que é possível que o serviço de coleta de lixo venha a ser, em futuro próximo, passível de concessão, desde que viabilizada seja a mensuração do serviço efetivamente prestado a cada usuário, o que ainda não ocorrera (Nota de rodapé nº 2, p. 20 da obra citada).
- ¹⁶ Esta é a posição defendida por autores, como Adalberto Pasqualotto (In Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 1. 1990, p. 130/148).
- ¹⁷ Diogo de Figueiredo Moreira Neto expressa que toda a tentativa de se salvar a permissão com suas características doutrinárias tradicionais perdeu sua razão de ser com o advento da Lei nº 8.987/1995, que em lacônico e impreciso dispositivo (art. 40) caracterizou-o como contrato de adesão e que somente **uma declaração de inconstitucionalidade** lograria corrigir essa situação. O mesmo autor expressa ainda que “a violenta distorção da antiga doutrina atingiu apenas as *permissões de serviços públicos*; remanescendo, portanto, intocadas, as modalidades tradicionais da *permissão de obra pública* e da *permissão de uso de bem público*, sob as respectivas definições legais que lhes derem os entes políticos da Federação.” (2003, p. 438).
- ¹⁸ Marçal Justen Filho (2003, p. 110-111) coloca que não há fundamento jurídico para reconhecer a existência de um contrato de adesão no âmbito do relacionamento entre o Estado e o permissionário. Segundo o autor, a figura do contrato de adesão foi elaborada no campo do direito comercial, pressupondo-se presença permanente no mercado, em condições de superioridade econômica, gerando contratações em série, contínuas, de molde a eliminar ou reduzir o juízo crítico dos possíveis contratantes, sendo sua razão de ser a proteção à parte hipossuficiente, relacionando-se com a figura do consumidor, sujeito isolado que se vê cercado de ofertas empresariais as mais diversas, todas elas predetermináveis e não sujeitáveis a alteração em suas condições iniciais. José dos Santos Carvalho Filho (2003, p. 336) expõe que a objeção de que a permissão se faz por contrato de adesão para distingui-la da concessão não é aceitável, pois, a adesão de fato incide tanto sobre o concessionário quanto sobre o permissionário, uma vez que durante a licitação, já estarão predefinidas várias cláusulas do futuro contrato, não somente no edital, como na própria minuta do contrato. E sobre tais cláusulas prefixadas não há alternativa que não aderir a elas.
- ¹⁹ Revista de Direito Administrativo nº 224, abr./jun.2001, p.392-418.
- ²⁰ A Lei nº 8.987/1995 prevê expressamente que podem participar das licitações para outorgas de concessões “pessoas jurídicas e consórcio” e de permissões “pessoas físicas e jurídicas”.

- ²¹ Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: [...] II – **concessão** de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, **à pessoa jurídica ou consórcio de empresas** que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado. [...] Art. 35. Extingue-se a concessão por: [...] VI – falência ou extinção da empresa concessionária e **falecimento do titular, no caso de empresa individual.** (destaques nossos)
- ²² O § 1º do art. 19 da Lei nº 8.987/1995 estabelece: Art. 19. Quando permitida, na licitação, a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: [...] § 1º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e registro do consórcio[...].
- ²³ Analisando-se a minuta de contrato anexo ao Edital de Concorrência SRF/SRRF 9ª n° 01/98, observa-se que a natureza do acordo é explicitamente de um contrato e não um simples ato administrativo e a avença estabelece que a remuneração dos serviços (tarifa) irá amortizar o investimento, o que pressupõe que não se trata de um negócio de pequeno porte (cláusula sexta). Além disso, há previsão: de vigência para o contrato de 10 (dez) anos que não nos parece curto (cláusula segunda); do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ensejador de maiores garantias ao contratante e que retira a discricionariedade do poder público (cláusula segunda, parágrafo único e cláusula sétima); da indenização dos investimentos ainda não amortizados no caso de encampação (cláusula décima primeira, parágrafo segundo) e do valor dos bens ainda não amortizados ou depreciados, mediante a transferência de sua propriedade para a União, no caso de revogação unilateral (cláusula décima primeira, parágrafo décimo segundo). Dessa forma, encontravam-se no contrato em análise todas as características de uma concessão. Só o rótulo foi denominado como “permissão”. Assim, incidirá no caso todas as consequências jurídicas decorrentes do instituto da concessão, independente do nome que lhe foi dado. Assim, não foi adequada a decisão do TCU porque a análise não considerou que o fato sob comento não se enquadrava como uma permissão pura, em razão do qual deveria-se avaliar o conteúdo jurídico da avença e aplicar as regras pertinentes usando de técnicas da hermenêutica.
- ²⁴ Art. 37 da Lei nº 8.987/1995: “Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.”
- ²⁵ O autor esclarece que não considerou nesse raciocínio o instituto da *licença* porque esta se caracteriza por ser ato vinculado, enquanto a *permissão* e a *autorização* se caracterizavam como precários e discricionários.

Responsabilidade Editorial

Secretário-Geral de Controle Externo
Jorge Pereira de Macedo
Secretário de Fiscalização de Desestatização
Adalberto Santos de Vasconcelos

Organização dos textos

Alketa Peci
Marcelo Barros Gomes
Maria do Amparo Coutinho
Maurício de Albuquerque Wanderley

Adaptação Final e Capa

Secretaria-Geral da Presidência
Instituto Serzedello Corrêa
Centro de Documentação
Editora do TCU

Projeto gráfico

Gabriela Alves
Miryan Rodrigues

Capa

Lúisa Vieira
Vivian Campelo

Diagramação

Paulo Prudêncio
Patricia Guimarães
Thais Lorenzini
Vivian Campelo

Endereço para Contato

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
Secretaria de Fiscalização de Desestatização
SAFS Quadra 4 Lote 1
Edifício Anexo I Sala 329
70.042-900 Brasília - DF
Fones (61) 3316 7381/7382/7480
Fax (61) 3316 7545
E-mail: sefid@tcu.gov.br

Ouvidoria do Tribunal de Contas da União

Edifício-Sede, Sala 221
Fone 0800 644 1500

Negócio

Controle Externo da Administração Pública
e da gestão dos recursos públicos federais

Missão

Assegurar a efetiva e regular gestão dos
recursos públicos em benefício da sociedade

Visão

Ser instituição de excelência no controle e contribuir
para o aperfeiçoamento da Administração Pública