

## ***O Anteprojeto de Lei sobre Agências Reguladoras\****

***Antônio Carlos Cintra do Amaral***

***Antônio Carlos Cintra do Amaral*** – Advogado em São Paulo. Consultor e parecerista em Direito Administrativo. Ex-Professor de Direito Econômico e atualmente Professor no Curso de Especialização em Direito Administrativo na PUC/SP (pós-graduação “lato sensu”). Diretor e Coordenador Geral do Centro de Estudos sobre Licitações e Contratos – CELC. Autor de comentários especializados divulgados quinzenalmente no site ***www.celc.com.br***.

O Governo Federal fez publicar, no DOU de 23 de setembro, Anteprojeto de Lei que dispõe sobre “*a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras*”, submetendo-o a consulta pública.

Desde a edição, em 1995, das Leis 8.987 e 9.074, venho proferindo palestras e publicando livros e artigos sobre concessão de serviço público. Alguns desses trabalhos, que versam especificamente sobre agências reguladoras de serviço público, foram divulgados no site ***www.celc.com.br***, onde podem ser encontrados na seção “*Comentários Anteriores*” (palestra divulgada em 15/11/2000 e Comentários ns. 77, 78 e 82). Animo-me, por isso, a escrever a respeito do Anteprojeto governamental, tecendo algumas considerações sobre o assunto.

Em primeiro lugar, parece-me que o Anteprojeto deveria ser dividido em uma Parte Geral, contendo normas aplicáveis a todas as agências reguladoras, naquilo que elas têm em comum, e três Partes Especiais, abrangendo, cada uma, um tipo de agência reguladora.

Entendo, como já acentuei em outras oportunidades, que há três tipos de agências reguladoras estatais, a cada um deles correspondendo uma função constitucional

específica. De acordo com a **função** que exercem, as agências reguladoras podem ser classificadas em:

- a) agências que regulam o exercício da **atividade econômica**, devendo para isso exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (art. 174 da Constituição);
- b) agências que têm por função regular o **monopólio** das atividades econômicas referentes a petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos (art. 177 e §§ 1º e 2º da Constituição); e
- c) agências que regulam a prestação, mediante concessão ou permissão, de **serviço público** (art. 175 da Constituição).

Não se pode, pelo menos a meu ver, focar adequadamente as questões referentes às agências reguladoras sem levar em conta essa diversidade. Assim, limitarei minhas observações às **Agências Reguladoras de Serviço Público**, para as quais tenho voltado minha atenção na qualidade de operador do Direito. São elas a ANEEL (energia elétrica), a ANATEL (telecomunicações), a ANTT (transportes terrestres) e a ANTAQ (transportes aquaviários).

A questão básica que se coloca é a de saber quais devam ser as atribuições das agências reguladoras de serviço público. Até hoje pouco se avançou nesse campo, pelo menos de maneira clara e consistente. As opiniões são divergentes e a legislação confusa. Atrevo-me a esboçar um entendimento pessoal sobre o assunto, a seguir sinteticamente exposto.

A concessão de serviço público é um contrato. Mais especificamente, um contrato “*de duração*”, em contraposição a contratos “*de execução diferida*” e contratos de “*execução imediata*”. Por outra ótica, pode-se igualmente classificar a concessão como um contrato “*principal*”, do qual decorre um outro – “*acessório*”, “*derivado*” ou “*dependente*” – entre a concessionária e o usuário (sobre esta última classificação, ver o Comentário nº 47, divulgado no referido site em 15/10/2001).

Os contratos se inserem em um processo, o **processo de contratação**, que abrange quatro etapas, quais sejam, o **planejamento**, a **licitação**, o **contrato** (formação do vínculo contratual) e a **execução**. Esta última etapa ganha maior relevância nos contratos “*de duração*” e nos de “*execução diferida*”, sendo de menor complexidade nos contratos de “*execução imediata*”. Saliente-se: a etapa de **execução** é da maior importância nos

contratos “*de duração*”, sobretudo nos contratos de concessão de serviço público, que têm longos prazos de duração, necessários à amortização dos investimentos – vultosos – efetuados pelas concessionárias.

Na etapa de execução dos contratos “*de duração*”, faz-se indispensável uma boa **gestão contratual**. Na concessão de serviço público, atrevo-me a dizer que a gestão do contrato é o fator determinante de sua **eficácia**, ou seja, da consecução dos objetivos perseguidos pelas partes contratantes (poder concedente e concessionária), bem como – e sobretudo – **da adequada prestação do serviço concedido**.

É nesse contexto que se insere – ou pelo menos entendo que se deva inserir – o papel das agências reguladoras.

Não me parece que o **gestor do contrato** deva **planejar** a contratação. Ele deve **participar do planejamento**, contribuindo para a elaboração tanto do edital de licitação quanto do contrato. É importante, sobretudo, que ele transmita sua experiência àqueles que elaboram novos editais e contratos, a fim que se evite, por exemplo, reincidir em erros de planejamento já detectados nos contratos em andamento. Mas é na etapa de **execução** do contrato que sua atuação é decisiva. Ele deve ser o **condutor** do processo de contratação **em sua etapa de execução**.

Às agências reguladoras de serviço público deve ser atribuído – pelo menos a meu ver – o fundamental papel de **gestoras dos contratos de concessão**. Nessa qualidade, elas devem participar do planejamento da concessão, opinando sobre os respectivos atos, **mas não tomando decisões a respeito**. A partir do início da concessão é que a elas deve ser atribuída a **condução** do processo.

No exercício dessa função de **gestoras de contratos**, as agências reguladoras devem controlar, fiscalizar e, sobretudo, diligenciar no sentido de que os contratos sejam cumpridos, tanto pelas concessionárias, quanto pelos diversos outros órgãos da Administração do poder concedente, **da qual as agências também são partes integrantes** (é enganosa a afirmação de que no Direito brasileiro essas agências escapam aos controles, internos e externos, a que estão sujeitos os órgãos públicos em geral, incluídas as autarquias, mesmo as “*especiais*”).

Esta é a visão que tenho do papel que deva ser atribuído às agências reguladoras de serviço público. Algumas breves observações podem ser feitas a seguir.

A principal observação é quanto ao chamado “*poder normativo*” das agências. Ele não abrange – nem juridicamente é admissível que abranja – o “*poder regulamentar*”. Este é privativo do Presidente da República, de acordo com o art. 84, inciso IV, da Constituição. Muito menos é o de produzir normas legais, função típica do Poder Legislativo, excepcionalmente exercida pelo Presidente da República quando adota medidas provisórias nos termos e limites do art. 62 da Constituição. Esse “*poder normativo*” das agências reguladoras deve consistir na competência para baixar normas e diretrizes para o fiel cumprimento **do contrato de concessão**, com vista à sua eficácia. As agências reguladoras devem, assim, não apenas cumprir a Constituição e a Lei, **mas também o contrato de concessão**. Sua função normativa é, portanto, **infracontratual**. Não lhes cabe regular **o setor** (telecomunicações, energia elétrica ou transporte), mas sim **os contratos de concessão** dos respectivos serviços públicos.

As alterações contratuais não devem ser incluídas nas atribuições das agências reguladoras, salvo aquelas que objetivem manter ou restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Duas observações adicionais: a primeira, no sentido de que o equilíbrio econômico-financeiro da concessão pode ser rompido tanto em prejuízo quanto em benefício da concessionária, sendo, em ambas as hipóteses, dever do gestor do contrato providenciar o reequilíbrio (trata-se, assim, de **ato de gestão**); a segunda, de que em regra a alteração contratual é um ato de renegociação, equivalendo a um **replanejamento** da concessão, e isso resulta de uma **decisão política**, que deve escapar à competência das agências.

Afirmar-se que o “*poder normativo*” das agências reguladoras é **infracontratual** não significa subestimar a importância do seu papel. Sendo assim, a elas devem ser assegurados meios para atingir seus objetivos, tais como:

- a) devem ter um quadro de pessoal altamente capacitado, dotado de estabilidade funcional, remunerado em compatibilidade com sua qualificação e suficiente para atender ao adequado cumprimento das atribuições da agência; e
- b) seus diretores devem ter mandato fixo, a fim de assegurar-lhes, pelo menos em tese, independência funcional.

Deve ser assegurado às agências reguladoras o apoio de que necessitem junto aos órgãos integrantes da Administração do poder concedente, especialmente do Ministério a que estejam vinculadas. Mas o bom funcionamento dessas agências não pode **depende**r desse apoio. As agências reguladoras e seus servidores devem gozar de um razoável grau de independência em relação ao restante da Administração do poder concedente. Seria ingenuidade, porém, acreditar que seus dirigentes e servidores não possam sofrer pressões também por parte das concessionárias, pelo que devem ser asseguradas garantias e condições necessárias à sua independência também em relação a estas.

Por último, observo que cumpre ao Congresso Nacional aprovar a “*lei de defesa do usuário de serviços públicos*”, que, de acordo com o art. 27 da Emenda Constitucional nº 19, já deveria estar vigorando desde outubro de 1998. É oportuna a criação de ouvidorias nas agências reguladoras, tal como se propõe no Anteprojeto, mas a defesa do usuário de serviço público não pode continuar a ser feita, como atualmente, com base no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Repito o que venho sustentando há algum tempo: o poder concedente transfere o **exercício** do serviço público, que permanece sendo de sua **titularidade**, o que significa que ele continua **responsável** por sua adequada prestação, o que não ocorre na **relação de consumo**, da qual o Poder Público não participa, limitando-se a exercer uma função protetora da parte considerada hipossuficiente (ver estudo incluído na 2ª edição, revista, atualizada e ampliada, de meu “*Concessão de Serviço Público*”, São Paulo, Malheiros Editores, 2002). **Juridicamente, o usuário de serviço público não é um consumidor.** O que não impede que as agências reguladoras celebrem convênios com os órgãos de defesa do consumidor, já que não se pode ignorar, muito menos desprezar, a competência e a combatividade demonstradas pelos órgãos de defesa do consumidor nestes últimos 12 anos.

---

\* Trabalho encaminhado em 29.09.2003 à Casa Civil da Presidência da República, em atendimento à consulta pública por ela realizada.