

O Projeto de Lei sobre Agências Reguladoras

Antônio Carlos Cintra do Amaral

Não pretendo, aqui, efetuar uma análise do projeto de lei encaminhado ao Congresso Nacional. Limito-me apenas a fazer três breves observações.

1. Já sustentei, em outra oportunidade (Comentário nº 90, divulgado no site www.celc.com.br), que a função básica das agências reguladoras de serviço público é – e deve ser – administrar os contratos de concessão. As agências não têm atribuições legais, nem constitucionais, para regular o setor, mas sim para regular a prestação dos serviços concedidos.

O art. 175 da Constituição dispõe que incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão. A decisão sobre se a prestação de um dado serviço público deve ser direta ou indireta é uma decisão **política**, tomada pelo Poder Executivo com a observância das normas constitucionais e legais. Se atribuída essa prestação à iniciativa privada, o Poder Público mantém a **titularidade** do serviço, transferindo seu **exercício** à concessionária ou permissionária. Vista a situação sob outra ótica, ele deixa de **exercer** a atividade e passa a **regulá-la**. O serviço concedido continua a ser **público**, pelo que o poder concedente continua **responsável** por sua adequada prestação ao **usuário**, que não é **cliente**, nem **consumidor**, como querem alguns (v. Comentário nº 41, no site acima citado).

Quando decidida a outorga da concessão, inicia-se o processo de contratação. Este desdobra-se em quatro etapas:

- a) o **planejamento**, do qual resulta o edital da licitação e a minuta do contrato;
- b) a **licitação**;
- c) a **celebração do contrato**; e
- d) a **execução**.

Grande parte dos problemas práticos enfrentados atualmente na regulação dos serviços públicos resulta do fato de que as agências reguladoras foram criadas a reboque das privatizações. Assim, não participaram do processo de contratação das concessões desde o início. A elas atribuiu-se a função de administrar contratos de cujo planejamento e celebração não haviam participado. Utilizando uma antiga expressão popular: tomaram o bonde andando.

Aos poucos, elas vêm-se organizando e estruturando, e sobretudo adquirindo experiência no acompanhamento da execução dos contratos de concessão no seu setor. Vêm deixando muito a desejar. **Mas são os únicos órgãos estatais com alguma experiência de regulação de serviços públicos concedidos.**

Um dos principais problemas verificados no processo de contratação de empreendimentos de longo prazo é o descompasso existente entre as atividades de planejamento e administração dos contratos. Quem planeja não acompanha a execução e quem administra não participa do planejamento. Problemas que os gestores de contratos estão enfrentando em seu dia a dia não são informados àqueles que estão planejando novos contratos de características semelhantes. Assim, erros de planejamento são constantemente repetidos, quando muitas vezes poderiam ser evitados com uma maior coordenação entre os que lideram o processo em etapas diferentes.

Talvez não seja adequado atribuir às agências reguladoras as funções de planejar a contratação, realizar a licitação e elaborar o contrato de concessão. Mas seria uma decisão desarrazoada negar-lhes participação ativa nessas etapas. Estaríamos repetindo, em outra época e em outros termos, o erro de entregar às agências contratos prontos e acabados, verdadeiras caixas pretas, para que elas os administrassem.

2. Tenho lido e ouvido afirmações que indicam uma total impropriedade no uso da expressão “*poder concedente*”. Essa impropriedade está contida em alguns dispositivos do projeto de lei encaminhado ao Congresso Nacional.

Muito se tem discutido sobre quem é o “*poder concedente*”: a agência ou o Ministério?
Essa questão não tem sentido jurídico.

O poder concedente, de acordo com a Constituição, é a entidade pública dotada de capacidade e autonomia políticas, pólo da relação jurídico-contratual de concessão. Quando a Lei 8.987/95 define, em seu art. 2º, I, o poder concedente como “a União, o

Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão”, está simplesmente explicitando um conceito contido na Constituição. Para que a agência reguladora, ou o Ministério a que esteja vinculada, fosse considerada poder concedente, seria necessário, antes, mudar a Constituição, a começar pelos seus arts. 1º e 2º.

3. Por último, não me parece que o chamado “*contrato de gestão*” seja verdadeiro contrato. A relação jurídico-contratual é estabelecida entre duas ou mais partes. Se se entende que o chamado “*contrato de gestão*” corresponde a uma relação jurídica entre o Ministério e a agência, cai-se na impropriedade de ter, em um dos pólos da relação, um órgão não personalizado (o Ministério). Se se entende que ele corresponde a uma relação jurídica entre a União e a agência, cai-se na impropriedade de admitir a existência de um contrato entre o ente estatal e uma autarquia, que por mais especial que seja não passa de um órgão do Poder Executivo, embora personificado. Este argumento me leva a contestar tanto a existência de um “*contrato*”, como de um “*convênio*”.

A meu ver, o chamado “*contrato de gestão*” é um ato regulamentar de controle. Controle que é legitimamente exercido pelo Poder Executivo, em relação às autarquias contidas em sua esfera de poder.

Vale notar que muito se tem falado em controle do cumprimento de objetivos e metas pela agência reguladora. Entendo que não é bem assim. Se a agência reguladora de serviço público tem a função básica de **administrar** contratos de concessão, sua **eficiência** é medida pela **eficácia** dos contratos por elas administrados. Assim, se os objetivos e metas estabelecidos nesses contratos estão sendo atingidos, se as obrigações das concessionárias estão sendo cumpridas, se seus direitos estão sendo respeitados, especialmente no que se refere à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, se os serviços estão sendo adequadamente prestados, nos termos da legislação aplicável, e, sobretudo, se os usuários estão satisfeitos, a agência está sendo eficiente. Caso contrário, não. É evidente, porém, que não se pode esperar eficiência de agências que não contem com a estrutura, o pessoal qualificado e os recursos financeiros necessários ao adequado exercício de suas atribuições.