

## ***Regulação: Marcos Legais e Investimentos \****

*Antônio Carlos Cintra do Amaral*

### **I**

Tratarei do tema que me foi proposto limitando minhas observações às **agências reguladoras de serviço público**. Tenho sustentado que não é possível abordar as questões pertinentes às agências reguladoras sem distinguir seus três tipos: **(a)** agências que regulam atividade econômica, com base no art. 174 da Constituição, como é o caso da ANVISA, ou da ANS; **(b)** agências que regulam o monopólio da União relativo ao petróleo, com base no art. 177 da Constituição, caso da ANP; e **(c)** agências que regulam serviço público, com base no art. 175 da Constituição, como são exemplos a ANATEL, a ANEEL e a ANTT.

O processo de contratação de uma concessão de serviço público abrange as seguintes etapas:

#### **OUTORGA DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO**

- Decisão de "privatizar" o serviço
- Planejamento da contratação (incluindo a realização de audiência pública e a elaboração do edital e da minuta do contrato)
- Realização da licitação
- Contratação da licitante vencedora
- Execução do contrato

Muito se tem discutido sobre qual a função que deve ser atribuída às agências. É evidente que não lhes cabe a decisão de “privatizar” o serviço, ou seja, transferir o **exercício** do serviço, mantida sua **titularidade** com o poder concedente. Essa decisão é **política**, e não **técnica**. Mas é recomendável que elas participem ativamente do planejamento da licitação, sobretudo da elaboração da minuta do contrato. O mais relevante, porém, é que lhes seja atribuída a função básica de administrar o contrato de concessão, buscando harmonizar os interesses envolvidos, do usuário, da concessionária e do poder concedente.

Assim, sua função básica é - e deve ser - uma **função infracontratual**.

Muita discussão inútil se tem travado a respeito. Fala-se constantemente em **poder normativo** das agências. Com isso muitas vezes se pretende dizer que elas exercem função legislativa. Não exercem! Ou que exercem função regulamentar, atribuída privativamente, pela Constituição, ao Presidente da República. Tal discussão não é apenas estéril. É prejudicial, na medida em que se desvia o foco do problema real. As agências exercem – e devem exercer – a importante função de administrar os contratos de concessão.

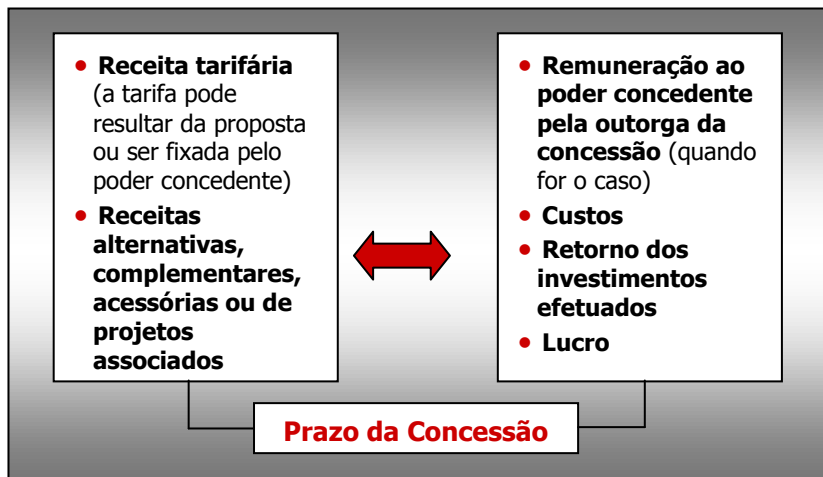
Cabe a este passo uma reflexão importante. As agências reguladoras foram criadas a reboque das privatizações. Não participaram da elaboração dos contratos atualmente vigentes, simplesmente porque sequer existiam. Se a elas, como gestoras dos futuros contratos de concessão, não for atribuída agora a função de participar ativamente da elaboração do edital, incluída a minuta do contrato, estaremos repetindo, em outro tempo e em outras circunstâncias, o mesmo erro anterior. Com a agravante de que as agências adquiriram, nestes anos de atuação, uma experiência inestimável, que as torna capazes de contribuir decisivamente para o aperfeiçoamento dos novos contratos a serem celebrados. Experiência, aliás, que falta aos demais órgãos, personificados ou não, do poder concedente.

## II

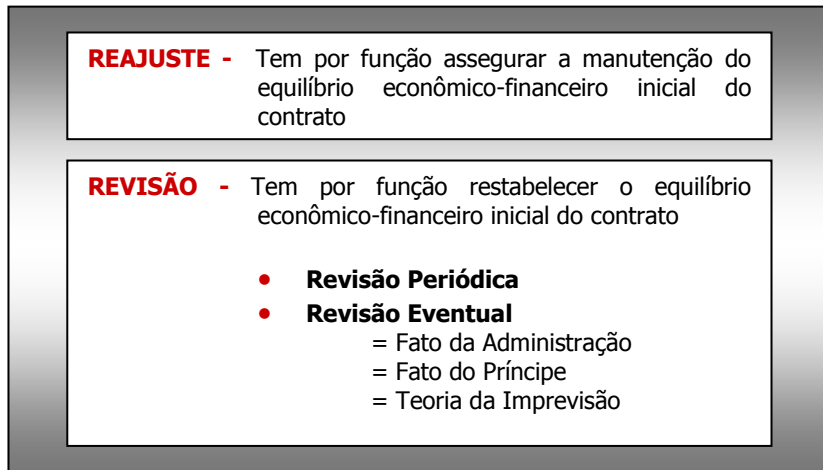
É comum ouvirmos a afirmação de que os contratos de concessão devem ser cumpridos. Trata-se de afirmação equívoca. Os contratos administrativos, dentre os quais o de concessão de serviço público, são alteráveis unilateralmente pela Administração Pública, com vista a melhor satisfazer o interesse público. O que é intangível é sua equação econômica-financeira, cujo equilíbrio deve ser preservado, ou recomposto, durante todo o prazo de duração do contrato.

A noção de equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão pode ser assim graficamente exposta:

## EQUILÍBRIO ECONÔMICO - FINANCEIRO DA CONCESSÃO



## MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DA CONCESSÃO



É ingenuidade acreditar que os contratos de duração – e os contratos de concessão de serviço público são de longa duração – possam ser cumpridos tal como foram pactuados, em obediência ao princípio, modernamente ultrapassado, do “*pacta sunt servanda*”. As concessionárias são as primeiras a reivindicar alterações contratuais com vista à manutenção ou à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Quando alguém, por exemplo, indaga se a inobservância do cronograma de metas ou investimentos, por parte de uma determinada concessionária, deve ser sancionada, a resposta só pode ser dada se se souber se essa inobservância decorreu de inadimplemento contratual ou de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Na primeira hipótese, o contrato foi efetivamente **descumprido**, pelo que às concessionárias devem ser aplicadas sanções previstas em lei ou no contrato. Na segunda, pelo contrário: ele foi **cumprido**, na medida em que a alteração

resultou do respeito ao direito da concessionária à intangibilidade de sua equação econômico-financeira.

Concluindo este tópico: às agências reguladoras compete tomar providências para manter, ou recompor, a equação econômico-financeira do contrato, na medida em que se trata de prática de **atos de gestão**.

### III

Recentemente, a Lei nacional 11.079/2004 instituiu as Parcerias Público-Privadas. Sobre o assunto divulguei no site **www.celc.com.br** o seguinte Comentário:

#### **“AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO BRASIL**

*Até o final de dezembro de 2004, existia no Direito brasileiro um único tipo de concessão de serviço público, regido pelas Leis 8.987 e 9.074, ambas de 1995, e subsidiariamente pela Lei 8.666/93. A partir da edição da Lei nacional 11.079, de 30/12/2004, passaram a existir dois: a assim apelidada ‘concessão comum’, ou seja, a já existente, e a ‘concessão patrocinada’, criada pela nova lei como um dos dois tipos de Parceria Público-Privada (PPP).*

*A ‘concessão comum’ caracteriza-se, basicamente, pela remuneração exclusivamente **tarifária**. A concessionária presta o serviço ao usuário e este lhe paga, a título de contraprestação pecuniária, uma **tarifa**. Na ‘concessão patrocinada’, há duas contraprestações: uma **tarifa**, paga pelo usuário, e um **preço privado**, pago pelo poder concedente. Tanto numa quanto noutra há duas relações jurídico-contratuais: uma – a de concessão – entre o poder concedente e a concessionária, e outra – a de prestação do serviço público concedido – entre esta e o usuário.*

*A adoção de ‘concessão patrocinada’ pressupõe o atendimento de determinados requisitos. Por exemplo: o valor da contratação deve ser superior a R\$ 20 milhões. O risco é ‘repartido’, enquanto na ‘concessão comum’ o serviço é prestado por conta e risco da concessionária. O prazo de vigência não pode ser inferior a 5 nem superior a 35 anos, nele incluído eventual período de prorrogação. Se o ‘patrocínio’ do poder concedente é superior a 70% da contraprestação devida, torna-se necessária autorização legislativa específica. E a concessionária conta com um esquema financeiro que tem por objetivo garantir-lhe o efetivo recebimento, nos prazos ajustados, das parcelas a serem pagas pelo poder concedente. Na ‘concessão comum’, a inadimplência é*

desestimulada pela possibilidade de interrupção da prestação do serviço.

*Em suma: a ‘concessão comum’ continua regida pelas Leis 8.987 e 9.074, e subsidiariamente pela Lei 8.666; já a ‘concessão patrocinada’ é regida pela Lei 11.079, aplicando-se-lhe subsidiariamente a Lei 8.987 e ‘as leis que lhe são correlatas’.*

*A nova lei criou um segundo tipo de PPP. É a chamada ‘concessão administrativa’, que de concessão não tem nada. Trata-se de prestação de serviços à Administração Pública, que extrapola o prazo-limite de 60 meses, prorrogáveis excepcionalmente por até 12, estabelecido no art. 57 da Lei 8.666. A adoção dessa impropriamente denominada concessão exige o atendimento de quase os mesmos requisitos exigidos para a ‘concessão patrocinada’. Algumas características específicas: assim como na ‘concessão patrocinada’, o prazo deve ser igual ou superior a cinco anos, mas a prestação do serviço pode ser contratada por prazo inferior, só que nessa hipótese o contrato é regido exclusivamente pela Lei 8.666 e não toma o nome de ‘concessão administrativa’; a contraprestação paga pela Administração Pública é de 100%, o que torna a situação curiosa, porque a adoção de ‘concessão patrocinada’ em que a contraprestação do poder concedente seja, por exemplo, de 75%, exige autorização legislativa específica, enquanto a chamada ‘concessão administrativa’, que pressupõe a contraprestação de 100% pela Administração, dispensa esse requisito; a prestação efetiva do serviço tanto pode ser efetuada diretamente à Administração Pública, quanto a usuários pessoas privadas, **embora estes não integrem a relação jurídico-contratual.***

*A Lei 11.079 diz, no art. 2º, que a chamada ‘concessão administrativa’ é modalidade de contrato administrativo de concessão. Não é! Tanto não é que a própria lei, no § 2º do mesmo artigo, define-a como ‘contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta’.*

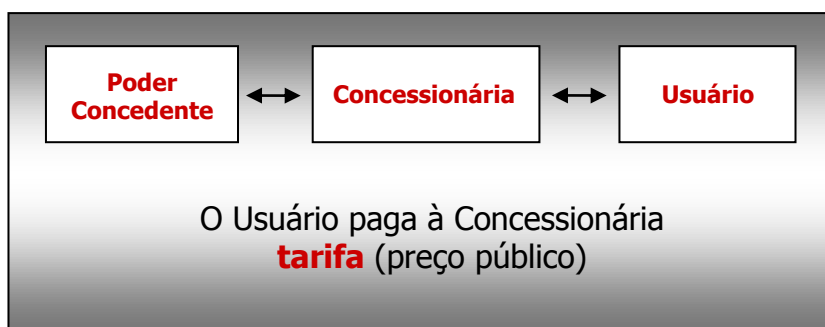
*O conceito de concessão de serviço público está contido no art. 175 da Constituição. De acordo com esse dispositivo, ao Poder Público compete prestar serviço público, direta ou indiretamente, nesta última hipótese mediante concessão ou permissão. Assim, na concessão o Poder Público **é o prestador do serviço** aos usuários, embora o faça indiretamente. Na chamada ‘concessão administrativa’, o serviço é prestado à Administração Pública. **Esta não é a prestadora do serviço, e sim sua usuária direta ou indireta.** O serviço a ela prestado é **serviço privado**, remunerado mediante pagamento de um **preço privado** (sobre a distinção entre **preço público** e **preço privado**, ver meu ‘Concessão de Serviço Público’, 2ª ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Malheiros Editores, 2002, p. 23).*

*Essa confusão conceitual provoca relevantes questões jurídicas. Por exemplo: aplica-se a Lei 8.666 às ‘concessões administrativas’? O art. 3º da Lei 11.079 dispõe que elas se regem pela nova lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto em alguns artigos das Leis 8.987 e 9.074. Não menciona a Lei 8.666. Se, porém, a ‘concessão administrativa’ é verdadeiro contrato de prestação de serviços, a elas não se aplica também, pelo menos subsidiariamente, a Lei 8.666? Mais ainda: as ‘concessões administrativas’ podem ser licitadas, contratadas e executadas com base apenas nos dispositivos da nova lei e naqueles indicados em seu art. 3º?*

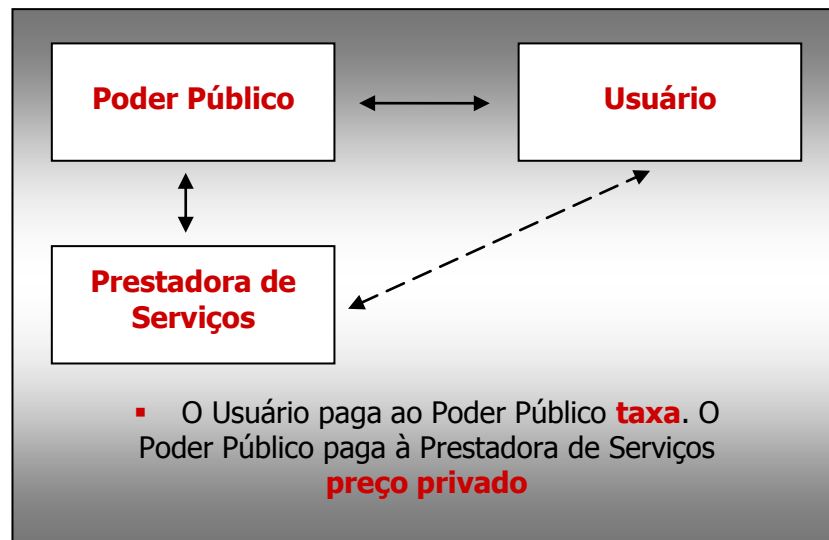
*A Lei 11.079 está a exigir maior reflexão e um estudo mais alentado. Meu propósito neste breve comentário é apenas salientar que ela não representou uma ruptura revolucionária na legislação brasileira sobre parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada, como muitos estão pretendendo. Tínhamos um único tipo legal de concessão de serviço público e passamos a ter dois, o segundo sujeito a algumas regras especiais. Tínhamos um único tipo legal de contrato de prestação de serviços à Administração Pública e passamos a ter dois, o segundo sujeito a algumas regras especiais, sobretudo no que se refere ao prazo máximo de duração, diferente do fixado na Lei 8.666. Creio, porém, que dificilmente conseguirei encontrar resposta satisfatória para a pergunta sobre o porquê de o legislador ter denominado ‘concessão’ um contrato de prestação de serviços à Administração Pública. E esclareço desde logo que não pretendo escrever sobre como são reguladas as PPPs na Inglaterra, nos Estados Unidos, na França, em Portugal ou no Japão, porque, editada a Lei 11.079, cabe a nós, operadores do Direito, interpretar e aplicar a disciplina normativa das PPPs **no Brasil**, analisando como a nova lei se insere no sistema jurídico brasileiro, tarefa que já se antevê bastante árdua.”*

Os quadros a seguir expostos demonstram com maior clareza a confusão conceitual em que incorreu a nova lei:

### PRESTAÇÃO INDIRETA DE SERVIÇO PÚBLICO

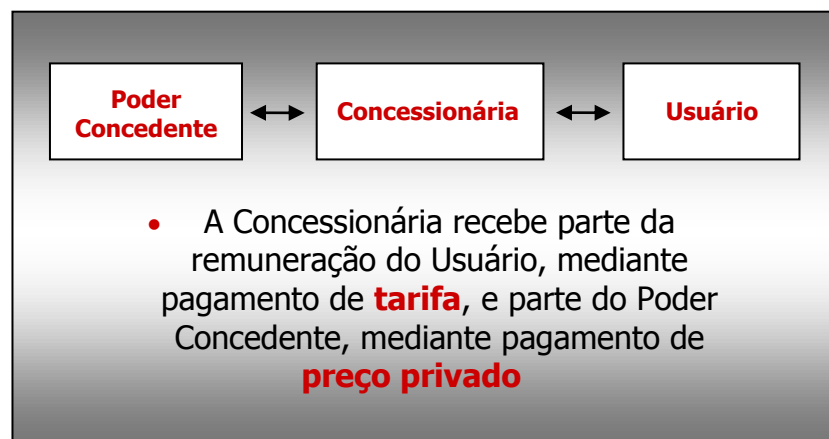


## TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

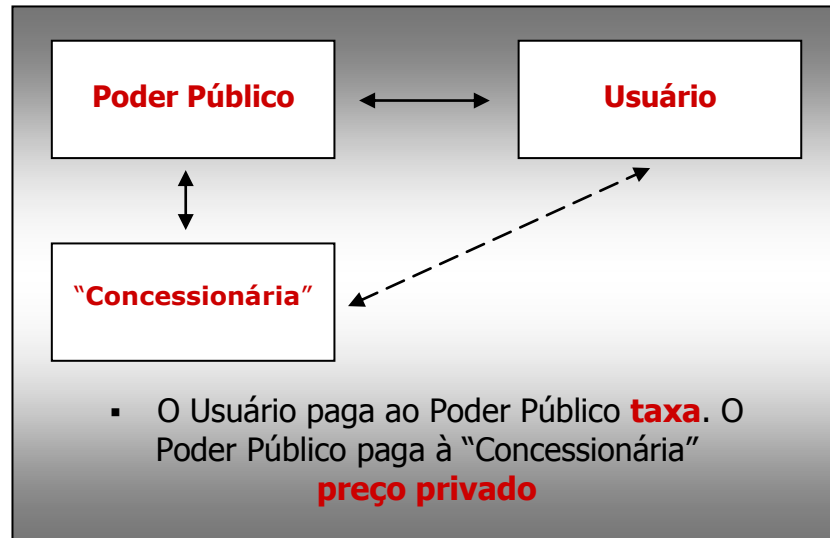


(Observe-se que a prestação do serviço pelo Poder Público é remunerável mediante **taxa** se o serviço for específico e divisível. Caso contrário, o serviço é custeado mediante a cobrança de **impostos**).

## PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (1) Concessão Patrocinada

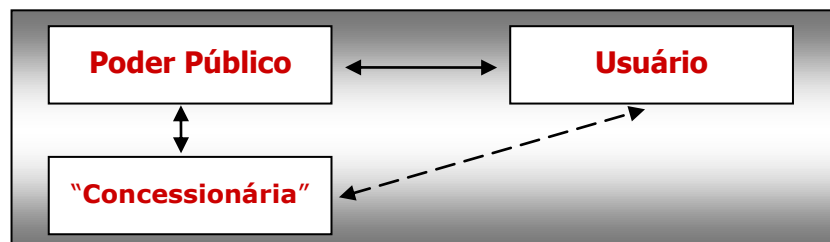


## PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (2) “Concessão Administrativa”

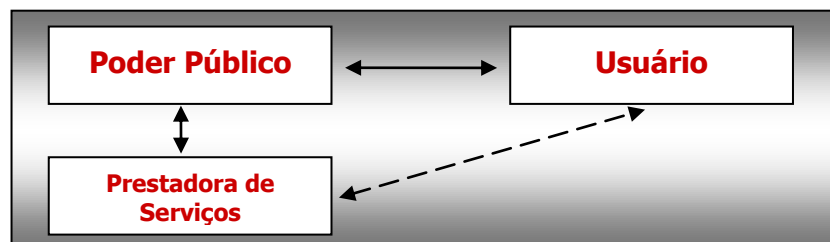


(Cabe aqui a mesma observação feita após o quadro sobre **Terceirização**)

### “Concessão Administrativa”



### Terceirização



O Usuário paga ao Poder Público **taxa**. O Poder Público paga à "Concessionária" / Prestadora de Serviços **preço privado**



À vista deste último quadro nota-se que são idênticas as figuras jurídicas da terceirização e da impropriamente chamada “*concessão administrativa*”, **que não constitui prestação indireta de serviço público**, prevista no art. 175 da Constituição. **Como tal, a administração desse tipo de contrato escapa à competência das agências reguladoras de serviço público.**

## CONCLUSÕES

1. A função básica exercida pelas agências reguladoras de serviço público é uma função **infracontratual**. As agências praticam **atos de gestão** e são submetidas aos mesmos controles dos demais órgãos do Poder Executivo, personificados ou não, inclusive ao controle pelos Tribunais de Contas.
2. Às agências reguladoras não compete administrar as chamadas “*concessões administrativas*”, modalidade de PPP que constitui verdadeira prestação de serviços, e não prestação indireta de serviço público.
3. A eficiência da agência reguladora depende:
  - a) de gozar de razoável independência relativamente ao Ministério ou Secretaria a que esteja vinculada;
  - b) de contar com recursos financeiros **disponíveis**, indispensáveis à sua atuação;
  - c) de possuir quadro próprio de servidores em número suficiente e altamente qualificados;
  - d) de gozar de total independência perante as Concessionárias.
4. A eficiência das Agências Reguladoras deve ser medida pela eficácia dos contratos por elas administrados.

---

\* *Texto correspondente à palestra proferida, em Painel com esse título, no IV Congresso Brasileiro de Regulação, realizado em Manaus pela Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR, no período de 15 a 18 de maio de 2005.*