

**Universidade Federal do Ceará
Faculdade de Direito**

**O TCU e o Controle Externo dos Serviços Públicos Concedidos no
Brasil**

**Monografia de final do curso de graduação em
Direito**

Orientador: Prof. Luiz Eduardo dos Santos

**Aluno: Alessandro de Araújo Fontenele –
0283699**

Fortaleza, novembro de 2007

SUMÁRIO

SUMÁRIO.....	1
INTRODUÇÃO	2
1. SERVIÇOS PÚBLICOS: HISTÓRICO E CONCEITOS.....	6
1.1 Histórico	6
1.2 “Conceitos” de Serviço Público	8
1.3 Classificações de Serviços Públicos	10
1.3.1 Públicos propriamente estatais, essenciais e não essenciais	10
1.3.2 Uti Singuli e Uti Universi	11
1.3.3 Quanto às imposições constitucionais	11
1.3.4 Atividades Administrativas e Serviços Públicos: Uma Classificação Eclética.....	13
1.4 Princípios dos Serviços Públicos.....	14
1.5 Formas de Prestação de Serviços Públicos	15
2. DELEGAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS:.....	18
2.1 Concessão de Serviços Públicos: Natureza Jurídica, Histórico, Conceitos e Características	18
2.2 Permissão de Serviços Públicos	23
2.3 Autorização de Serviços Públicos.....	26
3. AS AGÊNCIAS REGULADORAS E A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS:	29
3.1 Do Decreto-Lei nº 200/67 até a Reforma de Bresser Pereira	29
3.2 As Agências Reguladoras	32
3.3 Os problemas das Agências Reguladoras no caso brasileiro	35
4. O TCU E OS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS:.....	38
4.1 Contratos de Concessão de Serviços Públicos	38
4.2 Arcabouço Normativo	41
4.2.1 Do regime de concessão	41
4.2.2 Das atribuições do agente regulador.....	42
4.2.3 Da política tarifária.....	44
4.2.4 Equilíbrio Econômico-financeiro nos Contratos de Concessão de Serviços Públicos.....	46
5. O TCU E O CONTROLE DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS:.....	51
5.1 Os limites de Controle do TCU sobre as Agências Reguladoras	51
5.2 Mecanismos de Controle do TCU	54
5.3 Conclusão: TCU e Agências Reguladoras: a busca do equilíbrio	59
CONCLUSÃO	65
BIBLIOGRAFIA	73

INTRODUÇÃO

Após a crise da dívida que se abateu sobre o Estado brasileiro a partir do início dos anos 80 do século XX, e que teve como desdobramentos mais visíveis o fenômeno da inflação e a dramática perda da capacidade de investimento do Estado brasileiro, ficou claro que o modelo dirigista e estatizante que vinha sendo seguido desde a reforma administrativa de 1967 não poderia continuar.

Mas a crise econômica do Estado nem de longe foi exclusividade brasileira. Ao revés, desde o choque do petróleo, ainda em 1973, os Estados ocidentais, em maior ou menor grau, tiveram que se adaptar às novas condições de menor capacidade de investimento e, por conseguinte, à perda de sua capacidade de prestar de serviços públicos a suas populações. Era fim dos trinta anos dourados do capitalismo, do crescimento ininterrupto da economia ocidental, que durou de 1945 até 1973.

Segundo a famosa Escola de Bordeaux ou Escola do Serviço Público, um Estado existe para prestar serviços públicos que levem o bem estar à sua população. Fortemente identificada com o Estado Social e, mais adiante, com o Estado do Bem-Estar Social, a Escola do Serviço Público tornou-se mais um ator a tentar responder à indagação de como o Estado poderia prestar serviços públicos com o nível de qualidade ao qual estavam acostumadas as suas populações se os recursos financeiros estatais minguam?

A resposta mais comum a essa pergunta, que para muitos significou um duro golpe na Escola do Serviço Público e a conseqüente ascensão do Estado

Regulador, foi chamar o capital privado para prestar os serviços públicos demandados pela população e, cuja prestação, evidentemente continuava sendo um dever inafastável do Estado.

O arranjo também mais comum para fazer face a essa nova realidade foi passar a prestação direta do serviço ao particular, mantendo, todavia, a titularidade do serviço estatal, com o poder público passando a regular a prestação desse serviço. Deixava assim o Estado de ser um provedor, prestador, para passar a ser um agente promotor, indutor e regulador da prestação de serviços públicos.

Para intermediar a relação entre o Estado e os agentes privados diversas soluções foram criadas mundo afora. No Brasil, a opção recaiu sobre o modelo americano das agências reguladoras, que embora novidade como função, no que tange à forma, passaram a ter natureza jurídica de autarquia, modelo já conhecido no direito público brasileiro.

As agências reguladoras são, pois, a braço do Estado brasileiro que passa a regular a prestação de serviços públicos por agentes privados, com interesses econômicos claros e lícitos, destinados a uma população carente desses serviços, amarrando as condições de prestação desses serviços por meio de um contrato administrativo clássico, com clara prevalência do interesse público sobre o do particular.

Entidade dotada de grande poder normativo infralegal, de poderes de fiscalização e de intervenção no domínio das concessionárias de serviços públicos, as agências reguladoras acumularam poder com extrema rapidez. Tanto assim que firmaram diversos contratos de concessão sem possuir quadros técnicos que pudessem tornar acabar com a assimetria de informação que passou a beneficiar fortemente a iniciativa privada. Tal situação é assaz desconfortável quando se leva em conta não só o interesse público, mas também a quantidade formidável de recursos financeiros envolvidos. Qualquer erro de regulação significa imensas quantias mudando de mão sem contrapartida alguma de serviços prestados.

Nesse ínterim entra em cena o controle externo da administração

pública, que no Brasil é exercido pelo Poder Legislativo, com o apoio do Tribunal de Contas da União, o TCU. Aproveitando-se do alargamento de competências – sempre contestado – com o qual foi brindado pela Constituição Federal de 1988, o TCU passou a tentar responder a uma questão que o mundo inteiro tenta, sem, no entanto, chegar a respondê-la de forma definitiva: quem controla o regulador? Esse trabalho é focalizado no esforço do TCU para responder a questão.

Mais precisamente, essa monografia examina a contribuição do controle externo exercido pelo TCU para que melhorar a prestação de serviços públicos no Brasil; os mecanismos o TCU usa para conseguir seu intento; e, por fim, o papel do TCU no controle da prestação dos serviços públicos em face das agências reguladoras.

A pergunta a que tentaremos responder neste trabalho poderia ser resumida em: qual a contribuição do controle externo exercido pelo TCU para que melhorar a prestação de serviços públicos no Brasil?

Para tentamos dar a resposta a essa indagação, essa monografia está dividida em cinco capítulos. O primeiro deles cuida, justamente de fornecer uma visão do que seja “Serviço Público”, conceito tão difícil que, por si já só daria margem à confecção de diversas monografias.

O capítulo seguinte trata das formas de prestação de serviços públicos pelos particulares, portanto já dentro dos moldes mais modernos de prestação de serviços públicos. Ali são estudados, à luz do direito brasileiro, os institutos da concessão, da permissão e da autorização de serviços públicos.

Depois desses dois primeiros capítulos, os três seguintes poderiam ter sua ordem cambiada livremente, quase sem que o leitor percebesse, tal a igualdade e independência de cada um deles. Por escolha pessoal, o próximo capítulo aborda as agências reguladoras, mostrando sua finalidade, organização legal e, um tema às vezes negligenciado, os problemas que as agências reguladoras enfrentam e enfrentaram no Brasil para exercer seu papel institucional com o nível que dela espera a população brasileira.

O quarto capítulo traz o arcabouço jurídico e o conteúdo de um contrato de concessão, usando como parâmetro para o estudo a própria Lei Geral de Concessões.

Por fim, há o capítulo dedicado ao próprio TCU, focalizando sua atuação no controle externo dos serviços públicos regulados ou concedidos, como se queira chamar. O controle do Tribunal se dá de duas formas: uma, pelo controle da legalidade do próprio contrato de concessão, daí a importância de se conhecer este contrato; a outra, pelo controle da execução deste contrato, sempre um ponto de atrito entre o TCU e as agências reguladoras, já que fiscalizar o cumprimento dos contratos significa analisar o desempenho da agência reguladora, o que não é tarefa trivial, levando-se em conta os interesses que estão em jogo.

Como conclusão, há uma pequena sessão que serve de fecho a este trabalho e que procura ressaltar os pontos mais importantes aqui discutidos, responder à questão de base da pesquisa, mas também tenta jogar alguma luz sobre possíveis desdobramentos futuros sobre a prestação de serviços públicos no Brasil.

1. SERVIÇOS PÚBLICOS: HISTÓRICO E CONCEITOS

1.1 Histórico

Os Serviços Públicos adquiriram grande dimensão no Direito Administrativo em virtude da famosa “Escola do Serviço Público” ou “Escola de Bordeaux”, liderada através dos tempos por Leon Duguit, Gaston Jèze e Maurice Hauriou, notáveis publicistas franceses que atuaram no início do século XX.

O direito administrativo francês foi a grande inspiração do direito administrativo brasileiro na sua formação, e sua influência não teve paralelos até recentemente, quando, a partir dos processos de privatizações e reforma do aparato estatal, houve uma aproximação com o modelo norte-americano (CEZNE, 2005).

Na França, o conceito de serviço público “tem status de verdadeiro mito na história social da França, que está vinculado aos fundamentos do Estado, além de representar um elemento de coesão social” (CHEVALLIER apud JUSTEN, 2003, p.18).

O serviço público está relacionado com a justificativa de existência do próprio Estado, e relaciona-se à transformação de seu modelo ocorrida no fim do século XIX: a transição entre o Estado Liberal e o Estado-Providência ou Estado Social e, mais à frente, no chamado *welfare state* ou Estado do Bem-Estar Social do pós-guerra.

Para essa escola, o que caracterizava o Direito Administrativo, o “direito do Estado”, não era o “Poder de Império” da administração, mas a “Atividade Prestacional” do Estado. Por exemplo, para Gaston Jèze, deveriam ser considerados

serviços públicos todas as atividades da Administração Pública. (JÈZE apud JUSTEN, 2003)

A afirmação do instituto veio para instrumentalizar a modificação do papel do Estado, que passa de espectador das relações econômicas e garantidor somente de suas funções essenciais a um papel de intervenção e fomento na economia, buscando acelerar o processo de industrialização no país. O Estado francês veio substituir a figura do monarca, como ente centralizador e paternal (CEZNE, 2005).

Tanto era assim que, para Duguit, a noção de serviço público abrangeria todas as funções do Estado, substituindo a própria noção de soberania: “serviço público é o limite e o fundamento do poder governamental”. (DUGUIT apud JUSTEN, 2003. P.23).

Leon Duguit passou a ser o ponto referencial da chamada *École du Service Publique*, embora a doutrina desse pensador não tenha sido seguida fielmente, pois seus fundamentos sociológicos e filosóficos foram rejeitados pelos integrantes da Escola de Bordeaux.

Conforme já se expôs acima, Duguit supostamente teve seus seguidores nos professores da Escola de Bordeaux, entre eles Gaston Jèze. Basta, entretanto, observar seu conceito de serviço público para perceber a forma como foi totalmente alterado:

Serviço público seria toda atividade desenvolvida sob regime de direito público, excluindo-se do conceito as atividades exercidas por ente estatal sob regime de direito privado, e também as prestações colocadas à disposição dos usuários por particulares (sobre as quais a Administração interviria somente para vigiar e proteger o público contra os abusos do empresário) (Jèze apud JUSTEN, 2003, p.45):

Nessa concepção subjetiva, o legislador é quem decidiria sobre quais atividades seriam colocadas sob regime de direito público e elevadas à condição de serviço público – a decisão sobre o que é ou não serviço público acaba ficando ao sabor da vontade legislativa.

A Escola de Bordeaux surgiu já no fim do Estado Liberal. Com o advento do Estado Social, as atividades prestacionais do Estado cresceram dramaticamente. Dessa maneira, o Estado passou a recorrer a particulares para prestar diversos serviços públicos, valendo-se de institutos como a concessão. Era a crise da “Escola do Serviço Público”.

Embora já tenha havido uma considerável reestruturação, ainda permanecem as raízes do sistema, em um país que tem o serviço público como um dos mitos fundadores do Estado. Ao contrário do caso brasileiro, na França, a defesa dos serviços públicos como de competência primordial do Estado reveste-se de um caráter cultural e identitário. Não se pode negar que o modelo de serviço público francês “muito já cedeu e flexibilizou-se, especialmente perante as diretrizes comunitárias, mas não sem resistência da sociedade” (CEZNE, 2005).

Modernamente, se admite a grande importância da atividade prestacional do Estado, mas também se admite que a noção do que seja Serviço Público depende de diversas variáveis, como por exemplo o momento histórico político (estatização e privatizações no Brasil), as tradições, estratégias de desenvolvimento e, como é o caso brasileiro, principalmente de legislação. Por exemplo, o art. 175 da CF/88:

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.

§ 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 – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço público adequado.

1.2 “Conceitos” de Serviço Público

As duas principais correntes às quais se pode recorrer para estabelecer um conceito de Serviço Público são a essencialista e formalista. Para os

essencialistas, um serviço deve ser considerado público em razão de sua própria natureza. Ou seja, existem características desses serviços que, quando presentes, os tornam públicos, submetendo-os, em consequência a regime jurídico público.

Os formalistas, por sua vez, defendem que não há essencialidade no Serviço Público. O que define um serviço como público é a legislação, que diferencia o regime jurídico que regula aquele serviço. O Brasil adotou essa corrente.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004), nos primórdios, os autores adotavam três critérios para definir serviços públicos:

Subjetivo: serviço público é aquele prestado de forma direta pelo Estado. Com o advento do Estado Social e com a forma de prestação indireta de serviços públicos, esse critério declinou. Hoje em dia, essa aceção parece estar ligada à titularidade do serviço público.

Material: o serviço público seria a atividade que tem por objetivo a satisfação de necessidades coletivas. É o critério adotado pela corrente essencialista. Mas as necessidades da sociedade mudam no decorrer do tempo, o que torna esse critério insuficiente.

Formal: considera o regime jurídico, isto é, seria aquele exercido sob regime de direito público, que derroga e exorbita o direito comum. Não obstante, a necessidade de promover o bem estar da sociedade tem levado Estados a celebrar acordos para a prestação de serviços públicos que cada vez mais se aproximam do direito comum, por exemplo, as modernas concessões e as parcerias público-privadas, e os diversos termos celebrados com entidades não-governamentais componentes do terceiro setor. É o critério adotado pela corrente formalista.

Para a autora, e em síntese, as conclusões a que se pode chegar sobre um conceito de Serviço Público são as seguintes: (1) A noção de serviço público não permaneceu estática no tempo, havendo uma notável ampliação de sua abrangência, com a inclusão de atividades de natureza comercial, industrial e social, bem como nas formas de sua prestação; e (2) é o Estado que, por meio de lei, escolhe quais as atividades que, em determinado momento, serão consideradas como Serviço Público.

Para se ter idéia da complexidade de se conceituar Serviço Público, trazemos três conceituações de juristas e doutrinadores de nomeada no direito nacional:

Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

Serviço Público é toda atividade de oferecimento 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 restrições especiais- instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 621).

Para José dos Santos Carvalho Filho:

Serviço Público é toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime jurídico de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade (CARVALHO FILHO, 2006, P. 345).

Enquanto para Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

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 o regime jurídico total ou parcialmente público (DI PIETRO, 2004, p. 154).

1.3 Classificações de Serviços Públicos

Se não existe consenso na doutrina a respeito do conceito de serviço público, tampouco existe sobre sua classificação. Há critérios de classificação que estabelecem diferenças entre os serviços propriamente estatais (prestados diretamente pelo Estado) e outros serviços que podem ser prestados por entidades de direito privado. Outros critérios levam em conta os serviços imprescindíveis e os não propriamente estatais. Há ainda os que levam em conta a generalidade ou individualização de quem vai receber o serviço.

1.3.1 Públicos propriamente estatais, essenciais e não essenciais

Públicos propriamente estatais são aqueles que a Administração, sem a possibilidade de delegação, presta diretamente à própria comunidade, por reconhecer serem essenciais e necessários à sobrevivência da coletividade e do

próprio Estado. São exemplos de tais tipos de serviço: defesa nacional, polícia e o serviço judiciário.

Serviços Públicos essenciais são prestados no interesse da comunidade e remunerados mediante taxa, que incidirá sobre a utilização efetiva ou potencial do serviço. O melhor exemplo disso é o serviço de coleta de lixo.

Serviços Públicos não essenciais são os delegáveis e podem ser remunerados por preço público. Por exemplo, serviço postal, telefônico, e de distribuição de energia elétrica.

1.3.2 Uti Singuli e Uti Universi

Uti Universi são os Serviços Públicos prestados a toda coletividade, sem distinção alguma. Seus usuários não podem ser identificados e nem pode ser identificada a parcela que cada um deles usufrui. São os serviços indivisíveis, devendo, portanto, ser mantidos por impostos, dado a generalidade de tal tributo. Por exemplo, o serviço de iluminação pública, o policiamento urbano, a conservação de ruas e monumentos.

Uti Singuli são Serviços Públicos individuais ou singulares são aqueles que se destinam a usuários que podem ser individualizados. Podem ser remunerados por taxa ou por preço público. As taxas devem ser cobradas no caso de serviço de utilização compulsória, tal como os de ligação à rede domiciliar de esgoto. Os preços públicos, por sua vez, serão cobrados no caso de utilização de serviços públicos facultativos, como os de energia elétrica.

1.3.3 Quanto às imposições constitucionais

Serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado são serviços que não podem ser prestados por concessão, permissão ou autorização. São eles os de serviço postal e correio aéreo nacional, como resulta do art. 21, X.

Serviços de prestação obrigatória do Estado e em que é também obrigatório outorgar em concessão a terceiros são os serviços de radiodifusão sonora (rádio) ou de sons e imagens (televisão), isto porque o art. 223 determina que, na matéria, seja observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

Serviços de prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade, são quatro as espécies de serviço que o Estado não pode permitir que sejam prestados exclusivamente por terceiros, seja a título de atividade privada livre, seja a título de concessão, autorização ou permissão. São os serviços: 1) de educação, Arts, 205, 208, 211 e 213; 2) de saúde, Arts. 196 e 197; 3) de previdência social, arts. 201 e 202; 4) de assistência social, arts. 203 e 204.

Serviços de prestação não obrigatória pelo Estado, mas não os prestando é obrigado a promover-lhes a prestação, tendo, pois que outorgá-los em concessão ou permissão a terceiros, de acordo com o art. 21, incisos XI e XII da CF/88:

Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:);

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres.

1.3.4 Atividades Administrativas e Serviços Públicos: Uma Classificação Eclética

Dada a complexidade atual, o Estado exerce atividades administrativas que são muito heterogêneas. Os Serviços Públicos são apenas uma das facetas dessas atividades. Vale, pois, mostrar uma classificação dessas atividades a fim de que se possa ter uma noção de onde se inserem os Serviços Públicos dentro das tarefas que a Administração desempenha. São elas, de acordo com Bandeira de Mello (2004), as atividades próprias, as privativas, as sociais e as econômicas.

As atividades próprias / exclusivas do Estado são aquelas que só o estado pode prestar. Detecta-se pela história ou pela jurisprudência. No Brasil, de acordo com o art. 21 da CF/88, controle, emissão de moeda, segurança, por exemplo.

As atividades privativas do Estado estão na competência estatal, mas pode ser transferida a prestação para particular, sendo que, no entanto, não se pode falar em transferir a titularidade do serviço.

Os serviços sociais podem ser prestados pelo Estado, situação de direito público, ou pelo particular, prestação de serviços sujeita às regras do direito privado. Esses serviços sociais não são atividades concedidas ou permitidas pelo Estado ao particular

Por fim, as atividades econômicas, que estão disciplinadas diretamente no art. 173 da Cf/88:

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.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

1.4 Princípios dos Serviços Públicos

A doutrina clássica francesa costuma apontar três princípios como os principais no tocante a Serviço Público. São eles: (a) mutabilidade, (b) continuidade e (c) igualdade (CEZNE, 2005).

No Brasil, a clássica obra de Hely Lopes Meirelles (2004) enumera cinco princípios: a) o da permanência, que seria o mesmo princípio da continuidade; b) o da generalidade, que corresponderia ao princípio da igualdade; c) o da eficiência, ou da atualidade do serviço, outra designação para a chamada “mutabilidade”; d) o da modicidade tarifária; e e) o da cortesia.

Fiquemos com a enumeração do professor Hely Lopes Meirelles e façamos uma brevíssima análise de cada um dos princípios que o saudoso mestre paulista relaciona.

1. Princípio da Permanência ou Continuidade

Significa que há a impossibilidade da interrupção do Serviço Público e o pleno direito dos administrados a que não seja suspenso ou interrompido. Observe-se que não caracteriza descontinuidade a interrupção da prestação do serviço em razão de situação emergencial, bem como no caso de interrupção, após aviso prévio, quando: a) motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e b) por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

2. Princípio da Generalidade ou Igualdade

Significa que o serviço é indistintamente aberto à generalidade do público, além de não ser inadmissível quaisquer discriminações entre os usuários.

3. Princípio da Eficiência, Atualidade ou Mutabilidade do Serviço Público

Corresponde à noção de atualização, de modernização do Serviço Público. Essa noção, é logicamente balizada pelas possibilidades econômicas do Poder Público e mesmo da população, no caso de serviços públicos concedidos. Alguns autores consideram que a atualidade é um corolário do princípio da eficiência, no sentido de que o progresso da qualidade das prestações ao usuário deve ser considerado como um dos direitos do cidadão, pois é dever do Estado trazer ao cidadão as atualizações tecnológicas aos Serviços Públicos.

4. Princípio da Modicidade Tarifária

Se determinada atividade estatal é tão importante para a sociedade a ponto de ser qualificada como um serviço público, é claro que os destinatários desses serviços devem desfrutá-lo sem pagar por eles importâncias por demais onerosas, o que poderia marginalizar da prestação grandes parcelas da população. No caso brasileiro, esse princípio torna-se ainda mais importante, em face da enorme desigualdade social aqui existente. Sem a observação desse princípio, não se poderia sequer cogitar sobre metas de universalização de Serviços Públicos.

5. Princípio da Cortesia

É dever do prestador do serviço tratar com civilidade os usuários do serviço público, pois eles são a própria razão de ser do serviço público. Esse princípio foi sempre entendido como óbvio. Todavia é dele que derivam os direitos e obrigações do usuário presentes no art. 7º da Lei nº 8.987/95.

Além desses, merece destaque o Princípio da Segurança, que consiste no fato de que os Serviços Públicos devem ser prestados sem riscos ao usuário, devendo o prestador adotar as providências necessárias para minimizar estes riscos. Obviamente, essas medidas possuem uma relação de custo-benefício que deve ter em conta não só fatores econômicos, mas também a dignidade do destinatário do serviço. Deste princípio (mas não só dele) deriva a responsabilidade civil objetiva dos concessionários de serviço público sobre danos que venham a causar a seus usuários.

1.5 Formas de Prestação de Serviços Públicos

Se a Administração Pública prestar diretamente serviços públicos, pode fazê-lo de forma centralizada, pela própria Administração Direta ou descentralizadamente, pelas entidades da Administração Indireta. Ocorre aqui um caso de outorga dos Serviços Públicos.

Alternativamente, os serviços públicos ser delegados a particulares, por meio de celebração de contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos. A prestação de serviços públicos por particulares só ocorre na modalidade de prestação descentralizada. Neste caso, lembremos, a titularidade do Serviço Público ainda pertence ao Estado. Essa descentralização a empresas de direito privado chama-se delegação.

1. Serviço Centralizado

Serviço centralizado, ou serviço de prestação centralizada é aquele prestado pela Administração Direta por meio de seus órgãos e agentes. Na hipótese de prestação centralizada de um serviço verifica-se a coincidência entre o titular desse serviço e a pessoa jurídica prestadora.

Comumente, a prestação centralizada envolve desconcentração, ou seja, criam-se, no âmbito da mesma entidade, órgãos cujas atribuições específicas sejam a prestação de determinado (ou determinados) serviço público. Classifica-se como prestação direta a prestação de serviços centralizados. Ex; emissão de passaportes, manutenção e conservação de rodovias.

2. Serviço Descentralizado

É aquele que é prestado por pessoa jurídica diferente da União, dos Estados e dos Municípios. Os prestadores descentralizados podem ser aqueles que integram a Administração Indireta ou empresas privadas.

Quando prestados por entidades componentes da administração indireta, os serviços são ditos outorgados. A outorga é feita diretamente por lei específica que dê surgimento à entidade (caso das autarquias, que necessitam de

lei específica para sua criação) ou estará prevista nos estatutos dos entes públicos de direito privado (Sociedade de Economia Mista e Empresa Pública).

São exemplos de serviços outorgados o serviço postal, o serviço de abastecimento de água prestados por empresas públicas estaduais.

Quando prestados por particulares, os serviços públicos são ditos delegados. Na delegação, o Estado transfere por contrato (permissão ou concessão) ou ato (autorização) a execução, e não a titularidade, de serviço público, sendo que o Estado, nestes casos, deve exercitar o seu poder-dever de fiscalização, verificando se o delegatário vem executando a contento o serviço que lhe fora cometido.

No caso de faltas por parte deste último agente, medidas poderão ser adotadas por parte do concedente, que poderão dar ensejo mesmo à caducidade da delegação, tendo por consequência, a reversão do serviço para o Poder Público. São exemplos de serviços delegados a distribuição e a transmissão de energia elétrica.

2. DELEGAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS:

Dentre os contratos administrativos, sujeitos ao direito público, que são normalmente utilizados nas parcerias entre entidades de direito privado e a Administração destacam-se a concessão de serviço público, a de obra pública, a de uso de bem público, o contrato de permissão de serviço público, o de prestação ou locação de serviços, o de fornecimento, o de empréstimo público.

Do ponto de vista do Serviço Público, interessam para esta monografia as diversas modalidades de concessão e a permissão de serviços públicos.

2.1 Concessão de Serviços Públicos: Natureza Jurídica, Histórico, Conceitos e Características

Do ponto de vista doutrinário, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1999) alinha três pensamentos em relação ao instituto da Concessão: o da doutrina italiana, que atribui acepção muito ampla ao termo, abrangendo qualquer tipo de ato, unilateral ou bilateral, pelo qual a Administração outorga direitos ou poderes ao particular. A doutrina italiana, no entanto, não tem muita aceitação no direito brasileiro.

O pensamento dos que lhe dão acepção menos ampla, distinguindo a concessão translativa da constitutiva, e admitindo três tipos de concessão: a de serviço público, a de obra pública (translativas, exercida em nome próprio) e a de uso de bem público (constitutiva, o Estado constitui um favor menos amplo). Essa corrente, de matriz francesa, é a adotada no Brasil.

Finalmente, há a ainda os que dão ao termo concessão uma acepção restrita, só considerando como tal a delegação de poderes para prestação de serviços públicos, ou seja, a concessão de serviços públicos, desconsiderando, assim, qualquer consideração em torno de obra pública. Assemelha-se, no mais, à concepção francesa.

Natureza Jurídica

De Bandeira de Mello (2004) tomamos a lição sobre as correntes doutrinárias que explicam a natureza jurídica da concessão, São elas as teorias unilaterais, as bilaterais e as mistas:

Segundo as teorias unilaterais, existe na concessão um ato unilateral do Poder Público, porque as cláusulas são estabelecidas unilateralmente pela Administração, achando-se as partes em posição de desigualdade; do mesmo modo, admite o autor que existem na concessão dois atos unilaterais, um da Administração, que seria um ato de império, e um do particular regido pelo direito privado; o primeiro fixa as condições que, em momento subsequente, provocam a declaração de vontade do particular aceitando as condições;

De acordo com as teorias bilaterais, que também se subdividem em duas, a concessão é, para uns, um contrato de direito privado. Essa corrente é adotada por autores que, apegados ao direito civil, afirmam que o instituto não difere de outros contratos regidos pelo direito comum; para outros, a concessão é um contrato de direito público, vale dizer, submetido a regime jurídico publicístico, derogatório e exorbitante do direito comum. Seguindo a corrente publicista se posiciona a grande maioria dos doutrinadores brasileiros.

Finalmente, de acordo com as teorias mistas, a concessão é um ato unilateral do Poder Público, estabelecendo as condições da concessão, ou seja, as cláusulas regulamentares, e um contrato concernente ao equilíbrio econômico-financeiro; o ato unilateral é um ato administrativo regido pelo direito público; e o contrato é de direito privado. A teoria mista tem a seu desfavor o pecado que

acompanha as teorias ecléticas: mas concedem do que decidem e se posicionam. A tentativa de explicar sobrepuja a de se posicionar.

Histórico do Instituto

A concessão de serviço público foi a primeira forma que o Poder Público utilizou para transferir a terceiros a execução de serviço público. Isto se deu a partir do início do Estado Social, quando o Estado foi assumindo novos encargos no campo social e econômico.

Na concessão, o particular executa o serviço, em seu próprio nome e por sua conta e risco, mas mediante fiscalização e controle da Administração Pública inclusive sob o aspecto da remuneração cobrada ao usuário – a tarifa -, a qual é fixada pelo poder concedente.

Essas características originárias da concessão foram sensivelmente alteradas, de começo pelas cláusulas de ‘garantias de juros ou de lucros’ e pela aplicação da teoria da imprevisão, principalmente em função das guerras mundiais. Jean Rivero, citado por Zanella di Pietro assim refere-se à questão:

Surgiu uma associação financeira lesiva ao Poder Público que, privado dos benefícios eventuais, estava, entretanto, obrigado a participar das perdas da exploração do serviço público concedido. O declínio da concessão se tornou inevitável. (RIVERO apud DI PIETRO, 1999, p.73)

A Administração, prossegue a autora, foi levada a aumentar os seus poderes sobre o concessionário, tornando-se o Estado, todavia, cada vez mais responsável pela continuidade do serviço. Por isso o processo de concessão perdia, aos olhos do poder público, muito do seu interesse e, aos olhos dos empresários capitalistas, muito da sua sedução. A solução encontrada foi o surgimento de diversas empresas públicas – no Brasil, também, as Sociedades de Economia Mista – como novas formas de descentralização dos serviços públicos.

Na fase atual do direito brasileiro, também acompanhando a mesma tendência em outros países, ocorre o fenômeno inverso: a volta do instituto da

concessão de Serviços Públicos a empresas privadas, sem se abandonar a possibilidade de concessão a empresas estatais, ainda que de forma bastante residual e específica. A tendência, portanto, é que a concessão seja feita cada vez mais a particulares.

Em suma, há concessões a empresas privadas e a empresas públicas. Nas concessões feitas a particulares, o poder público transfere apenas a execução do serviço e conserva a sua titularidade; nas concessões feitas a entes públicos (mesmo de direito privado), as empresas públicas e sociedades de economia mista são criadas por lei e adquirem o direito à prestação do serviço, direito esse oponível até mesmo à pessoa jurídica que as criou.

Conceitos de Concessão

A título de exemplo, convém enumerar as definições dadas ao instituto da concessão por alguns autores de escol da doutrina brasileira. Por exemplo, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Concessão é o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público ou de obra pública, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais (Di Pietro, 1999, P. 73)

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

Concessão de Serviço Público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um Serviço Público a alguém que aceite prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteradas 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 dos usuários do serviço (BANDEIRA DE MELLO, 2004, P. 654).

Por fim, Odete Medauar assim conceitua o instituto da concessão:

Concessão é a transferência da prestação de um Serviço Público, feita pela União, Estados e Municípios, mediante concorrência, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho por sua conta e risco e por prazo determinado (Medauar, 2005, p. 373).

Características das Concessões

A concessão tem diversas características, que são dispostas nem lei, e que devem ser destacadas neste ponto do trabalho, antes mesmo de um estudo mais minudente da Lei nº 8.987/95, a lei geral de concessões brasileira, que será levada a cabo em capítulo próprio desta monografia.

A primeira é que só existe concessão de serviço público quando se trata de serviço próprio do Estado; por outras palavras, a lei define determinadas atividades como sendo serviços públicos;

Depois, o poder concedente só transfere ao concessionário a execução do serviço, continuando titular desse serviço, o que lhe permite dele dispor de acordo com o interesse público;

A concessão tem que ser feita “sempre através de licitação” (art. 175 da CF/88), na modalidade concorrência (art. 2º, II, da Lei nº 8.987/95);

O concessionário executa o serviço em seu próprio nome e corre os riscos normais do empreendimento; ele faz jus ao recebimento de tarifa, ao equilíbrio econômico da concessão, e à inalterabilidade do objeto sem a manutenção do EFC.

A tarifa tem a natureza de preço público e é fixada no contrato (arts. 9º e 23, IV, da Lei nº 8.987/95), não de taxa (Aranha, 1999). É permitido a fixação de tarifas mais acessíveis ao usuário (preço político), desde que compensando de outra forma o concessionário; é possível a previsão de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas (arts. 11 e 18, inciso VI, da lei nº 8987/95);

O usuário tem direito à prestação do serviço; se este lhe for indevidamente negado, pode exigir judicialmente o cumprimento da obrigação pelo concessionário; é comum ocorrerem casos de interrupção na prestação de serviços como os de luz, água e gás, se o usuário interrompe o pagamento; mesmo nessas

circunstâncias, existe jurisprudência no sentido de que o serviço, sendo essencial, não pode ser suspenso, cabendo ao concessionário cobrar do usuário as prestações devidas, usando das ações judiciais cabíveis.

A responsabilidade do concessionário por prejuízos causados a terceiros, em decorrência da execução de serviço público, é objetiva, nos termos do artigo 37, § 6º, da CF/88, que estendeu essa norma às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos;

A rescisão unilateral da concessão, antes do prazo estabelecido, é conhecida doutrinariamente sob o nome de encampação; equivale à retomada da execução do serviço pelo poder concedente, quando a concessão se revelar contrária ao interesse público; como em toda rescisão unilateral, o concessionário faz jus ao ressarcimento dos prejuízos regularmente comprovados (art. 37 da Lei nº 8.987/95);

A rescisão unilateral por motivo de inadimplemento contratual é denominada caducidade ou decadência; nesse caso, não cabe indenização senão com relação à parcela não amortizada do capital, representada pelos equipamentos necessários à prestação do serviço e que reverterão ao concedente (Cf. Bandeira de Mello, 2004); quanto ao mais, responde o concessionário pelas conseqüências de seu inadimplemento, inclusive sujeitando-se às penalidades administrativas cabíveis;

Vale destacar que, em qualquer caso de extinção de concessão, é cabível a incorporação, ao poder concedente, dos bens do concessionário necessários ao serviço público, mediante indenização (art. 36 da Lei nº 8.987/95); é o que se denomina de reversão, a qual encontra seu fundamento no princípio da continuidade do serviço público.

2.2 Permissão de Serviços Públicos

Para Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, a permissão costuma ser definida costuma ser definida pela doutrina como:

Ato administrativo negocial, portanto unilateral, discricionário e precário por meio do qual a Administração facultava ao particular o uso especial de um determinado bem público ou a prestação de um serviço de utilidade pública em que houvesse, concomitantemente, interesse do particular permissionário (Paulo, V. e Alexandrino, M., 2003. P. 456).

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1999), a permissão de serviço público é, tradicionalmente, considerada ato unilateral, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de um serviço público, para que o exerça em seu próprio nome e por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário. A diferença entre concessão e permissão estaria, portanto, na forma de constituição, pois a concessão decorre de acordo de vontades e, a permissão, de ato unilateral; e na precariedade existente na permissão e não na concessão.

Relativamente à permissão de serviço público, as suas características assim se resumem, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

É contrato de adesão, precário e revogável unilateralmente pelo poder concedente (em conformidade com o art. 175, parágrafo único, inciso I, da CF/88 e do art. 40 da Lei nº 8.987/95), embora tradicionalmente seja tratada pela doutrina como ato unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, *intuitu personae*;

- depende sempre de licitação, conforme artigo 175 da CF/88;
- seu objeto é a execução de serviço público, continuando a titularidade do serviço com o Poder Público;
- o serviço é executado em nome do permissionário, por sua conta e risco;
- o permissionário sujeita-se às condições estabelecidas pela Administração e a sua fiscalização;
- como ato precário, pode ser alterado ou revogado a qualquer momento pela Administração, por motivo de interesse público;
- não obstante seja de sua natureza a outorga sem prazo, tem a doutrina admitido a possibilidade de fixação de prazo (praticamente iguala permissão a concessão), hipótese em que a revogação antes do termo estabelecido dará ao permissionário direito à indenização (Di Pietro, 1999. P. 86).

O Estado, em princípio, valer-se-ia da permissão quando não desejasse constituir o particular em direitos contra si, mas apenas em face de terceiros. Pelo seu caráter precário, Bandeira de Mello (2004) afirma que 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 conseqüências econômicas perniciosas para o permissionário, sendo, pois, um instituto aplicável sobretudo em face de situações efêmeras, transitórias.

Entretanto, muitos doutrinadores, capitaneados por Celso Antônio Bandeira de Mello, entendem que atualmente existe um desvirtuamento do instituto da permissão:

Pois bem, foi perante este panorama confrangedor e à vista de tantos desconcertos que a Lei 8.987, ao invés de tomar uma posição clara e definida em relação ao instituto da permissão, atribuindo-lhe uma caracterização certa - isto é, como ato unilateral e precário, ou, inversamente, como contrato -, optou por tentar conciliar o inconciliável e instaurou o caos mais absoluto (BANDEIRA DE MELLO, 2004, P. 704).

As críticas que são feitas sobre o desvirtuamento das permissões repousam principalmente no fato de o art. 40 da Lei nº 8.987/95, que contribuiu sobremodo para que se estabelecesse grande, mas desnecessária, confusão entre os conceitos e os possíveis usos da concessão e da permissão.

“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.”

A consequência desse desvirtuamento apontado por Bandeira de Mello é o fato de que, pelo menos no nível federal, o instituto da permissão está em franco desuso, com a notável exceção sendo a permissão concedida pela Secretaria de Receita Federal para a instalação, mediante permissão, de depósitos em estações aduaneiras.

O pensamento dos investidores é de que a principal garantia de seu investimento seria um contrato, que lhes daria a segurança jurídica necessária para sustentar seu investimento. Como a permissão é ato unilateral e precário, está por aqui também justificada a sua atual fase de desprestígio.

2.3 Autorização de Serviços Públicos

A doutrina diverge quanto à possibilidade de delegação de prestação de serviços públicos por intermédio de autorização. Mas a confusão advém da própria CF/88.

Nota-se que, no art. 21 da CF/88, para referir a outorga a terceiros do direito de prestar um serviço público fez uso de três expressões: concessões, permissões e autorizações. Já no art. 175, sua dicção é específica ao dizer que: "Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, a prestação de serviços públicos". Ou seja, neste versículo fica bastante claro que só contempla duas formas normais de outorga a terceiros de titulação para prestar serviços públicos.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2004), o art. 175, é aquele que cogita da normalidade da prestação de serviços públicos por sujeitos titulados pelo Estado. Já a expressão "autorização", que aparece no art. 21, XI e XII, tem em mira duas espécies de situações:

a) uma, que corresponde a hipóteses em que efetivamente há serviço de telecomunicação, como o de radioamador ou de interligação de empresas por cabos de fibras óticas, mas não propriamente serviço público, mas serviço de interesse

privado delas próprias. Ou seja, o termo "autorização" foi usado no sentido corrente em Direito Administrativo para exprimir o ato de "polícia administrativa", que libera alguma conduta privada propriamente dita, mas cujo exercício depende de manifestação administrativa aquiescente para verificação se com ela não haverá gravames ao interesse público;

b) outra, a de abranger casos em que efetivamente está em pauta um serviço público, mas se trata de resolver emergencialmente uma dada situação, até a adoção dos convenientes procedimentos por força dos quais se outorga permissão ou concessão. Por isto mesmo, a palavra "autorização" está utilizada também no art. 223 da Constituição. Por exemplo, as Leis 9.074/95 e 9.427/97 prevêm a autorização de serviço público para exploração da produção de energia elétrica pelos denominados "produtores independentes de energia elétrica".

Hely Lopes Meirelles (2004) informa que serviços autorizados são aqueles que o Poder Público, por ato unilateral, precário e discricionário, consente na sua execução por particular para atender a interesses coletivos instáveis ou emergência transitória.

Os serviços autorizados constituem, hoje, a única forma de prestação de serviços públicos não necessariamente antecedida por licitação – a regra geral é que não é – e, ainda, não implicando celebração de contrato. De qualquer modo, caso a Administração opte por realizar um "processo de escolha" do autorizatário restará vinculada aos termos do edital de convocação.

A execução dos serviços autorizados é pessoal e intransferível a terceiros, sendo adequadas para todos aqueles que não exigem execução pela própria Administração, e prescindem de especialização na sua prestação à coletividade, tais como os de táxi, de despachantes, de pavimentação de ruas por parte de moradores, etc.

Serviços autorizados não gozam das prerrogativas inerentes às atividades públicas, auferindo apenas as vantagens que lhes forem deferidas no ato de autorização, sujeitando-se sempre, afirme-se, à modificação ou supressão

sumária, dada a precariedade típica da autorização. Regra geral, não haverá direito de indenização ao particular que tiver sua autorização revogada.

Por fim, acrescente-se a novidade acrescentada à nossa ordem jurídica pelo art. 131, §1º da Lei 9.472/97 – A Lei Geral de Telecomunicações: a LGT. O dispositivo estabelece que a “Autorização de serviço de telecomunicações é ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias”.

A autorização de serviço de telecomunicações não é autorização em termos do direito administrativo, sendo que o TCU já decidiu que, a despeito do nome, a autorização de serviço de telecomunicações possui natureza jurídica de concessão de serviços públicos.

3. AS AGÊNCIAS REGULADORAS E A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS:

3.1 Do Decreto-Lei nº 200/67 até a Reforma de Bresser e Pereira

A reforma administrativa de 1967 foi um marco na administração pública brasileira. Quando se pensa ou se fala sobre a reforma de 67, quase que automaticamente emergem os conceitos de modernização, gerencialismo, descentralização, tecnocracia e outros. Mas o principal conceito envolvido com aquela reforma administrativa foi o de descentralização, explicitada pelo Decreto-Lei nº 200/67 (Fontenele, 2006).

O Decreto-Lei nº 200/67 resultou de estudos desencadeados pelo Poder Executivo, considerando projetos elaborados, mas não implementados, durante o governo Goulart. Esse normativo explicitava os dois principais vetores da reforma: a centralização do ponto de vista da concentração de poderes e de recursos no nível federal, e a descentralização no nível administrativo, encontrando-se nesta última um mecanismo para tornar funcionais as organizações públicas em relação às demandas nacionais por desenvolvimento. Em termos de administração pública, Bresser Pereira afirma que, nesse período, bem antes de surgirem as idéias neoliberais, surgiu a primeira tentativa de se instaurar uma administração gerencial (PEREIRA, 1999).

Sob o prisma econômico, esse período pode ser caracterizado como do “Estado Desenvolvimentista”, no qual houve o modelo de substituição de importações, uma política protecionista e a intervenção do Estado na economia. Essa intervenção econômica não se deu apenas sob a forma de legislação,

fiscalização e planejamento, mas também na criação de empresas estatais em setores, à época, considerados estratégicos, principalmente voltadas pra setores de prestação de serviços públicos em áreas de infra-estrutura, como estradas, energia e telecomunicações, entre outros. Nesse sentido:

Cabe destacar que as áreas escolhidas pelo Estado para o investimento direto eram setores que o capital privado não conseguia suprir as demandas, em virtude, principalmente, de incapacidade financeira. Por conseguinte, o Estado supriu a debilidade do empresariado. O crescimento das empresas estatais e as inversões de capital por elas realizadas contribuíram de modo significativo para o desenvolvimento econômico do país (GIAMBIAGI e ALÉM, 1999, p. 310).

Houve, entretanto, o crescimento desordenado da administração indireta que, segundo os autores, “tornaria virtualmente impossível a retomada do controle governamental, quer mediante o regime de supervisão ministerial, quer mediante a instituição de mecanismos de controle econômico-financeiro atrelados ao planejamento”. Nesse período, houve o crescimento da tecnocracia, havendo dissociação do Estado da política.

Sob o prisma da prestação de serviços públicos, predominou a regulação tecnocrática, que não conseguiu preservar o Estado da influência patrimonialista da própria tecnocracia (MARTINS, 1997). O resultado final foi uma proliferação de empresas públicas e entidades autárquicas de serviços públicos, com o agigantamento da burocracia.

O fim desse processo de hiperestatização, apressado pela crise da dívida nos anos 80, foi o esgotamento da capacidade de investimento do Estado brasileiro, que se viu sem meios de continuar a prestar serviços públicos na medida da necessidade da população.

A reforma gerencial encetada por Bresser Pereira, já em meados dos anos 90 do século XX, tentou equacionar a crise fiscal do Estado brasileiro. Para superar a crise, Bresser Pereira, no seu Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, afirmava que:

O diagnóstico da Administração Pública brasileira envolveria a resposta a algumas perguntas básicas:

(1) O Estado deveria permanecer realizando as mesmas atividades? Algumas delas poderiam ser eliminadas? Ou deveriam ser transferidas da União para os estados ou para os municípios? Ou ainda, devem ser transferidas para o setor público não-estatal? Ou então para o setor privado?

(2) Por outro lado, dadas as novas funções, antes reguladoras que executoras, deveria o Estado criar novas instituições?

(3) Para exercer as suas funções o Estado necessitaria do contingente de funcionários existente? A qualidade e a motivação dos servidores eram satisfatórias? Disponha-se de uma política de recursos humanos adequada?

(4) As organizações públicas operavam com qualidade e eficiência? Seus serviços estavam voltados prioritariamente para o atendimento do cidadão, entendido como um cliente, ou mais orientadas para o simples controle do próprio Estado? (BESSER PEREIRA, 1995, p. 24)

A reforma administrativa de Bresser levava em conta que a reforma do Estado envolvia múltiplos aspectos. Um deles era o ajuste fiscal, que devolve ao Estado a capacidade de definir e implementar políticas públicas e garantir a prestação de serviços públicos de qualidade a seus cidadãos.

O programa de privatizações e desestatizações, com parcerias entre entes públicos e privados ou com a passagem, via contratos administrativos, de atividades para a iniciativa privada, refletia a conscientização da gravidade da crise fiscal e da correlata limitação da capacidade do Estado de promover poupança forçada através das empresas estatais.

Bresser também acreditava que, através de um programa de publicização, haveria a transferência para o setor público não-estatal a produção dos serviços competitivos ou não-exclusivos de Estado, estabelecendo-se um sistema de parceria entre Estado e sociedade para seu financiamento e controle.

Deste modo o Estado reduziria seu papel de executor ou prestador direto de serviços, mantendo-se entretanto no papel de regulador e provedor ou promotor destes serviços. Nesta nova perspectiva, buscava-se o fortalecimento das funções de regulação e de coordenação do Estado, particularmente no nível federal, e a progressiva descentralização vertical, para os níveis estadual e municipal, das funções executivas no campo da prestação de serviços sociais e de infra-estrutura.

Paralelamente, é enfatizada a importância de uma flexibilização da administração pública, propondo-se um conjunto de medidas inspiradas na Nova Gestão Pública, movimento de gestão que visava aumentar a eficiência estatal, que

visam dar ao administrador público mais autonomia gerencial, numa tentativa de tomar a administração pública mais parecida com a administração de empresas: o chamado movimento de "agencificação", que no Brasil tem sua face mais visível na implantação de agências reguladoras independentes (Peci, 2000).

3.2 As Agências Reguladoras

O termo "regulação" é bem amplo, possuindo as mais diversas acepções nas Ciências Sociais, o que dá origem a diversos debates em torno de sua "correta" utilização. Nessa monografia, o termo será entendido como todos os tipos de leis e controles administrativos que emanam do governo, disciplinando o funcionamento dos mercados e, buscando assim seu objetivo maior: a eficiência alocativa e produtiva do setor. A regulação, assim, é uma forma de intervenção, e acompanha as diversas concepções de Estado ao longo do tempo, do Estado Liberal até o Estado Regulador.

No Brasil, para o correto uso do termo "regulação", é necessária uma ressalva prévia, de natureza terminológica. Os estudos acerca do tema "regulação" foram realizados, originalmente, nos países de língua inglesa, como destaca Justen Filho:

(...) que se valem das expressões "regulation" para indicar a atividade desenvolvida pelo Estado e "regulator" para qualificar o sujeito que a promove. A tradução das duas expressões para as línguas latinas, especialmente o português, apresenta algumas dificuldades.

Em nosso vernáculo, a tradução mais própria poderia ser "regulamentação" e "regulamentador". Ocorre que a primeira expressão já tem conotações específicas e determinadas. O conceito indicado, em inglês, por "regulation" não corresponde ao que em português se conhece sob a expressão "regulamentação". Eventualmente, a "regulamentação" até pode ser uma manifestação de "regulation" (JUSTEN FILHO, 2002, P. 15).

O Estado Regulador é, antes de tudo, uma organização institucional que se relaciona às concepções do Estado de Direito. Essa figura pressupõe não apenas o monopólio do Direito por parte do Estado, mas também a submissão deste àquele. Para compreender o conceito de Estado Regulador, é necessário reconhecer a supremacia da ordem jurídica sobre a atuação política. Ainda é de Justen Filho a melhor reflexão sobre o tema:

Sob esse ângulo, o Estado Regulador ao qual se alude se vincula necessariamente à figura do Estado de Direito, que resulta das concepções desenvolvidas ao longo do século XIX, especialmente na doutrina alemã, com forte conotação formalista. A evolução civilizatória conduziu à superação da configuração original do Estado de Direito, mas traços peculiares foram mantidos e se integram de modo inafastável à concepção de Estado Regulador (JUSTEN FILHO, 2002, P. 25).

No âmbito econômico, a concepção regulatória retrata uma redução nas diversas dimensões da intervenção estatal no âmbito econômico. Ainda que seja impossível estabelecer um padrão predeterminado, a regulação incorpora a concepção da subsidiariedade. Isso importa reconhecer os princípios gerais da livre iniciativa e da livre empresa, reservando-se ao Estado o instrumento da regulação como meio de orientar a atuação dos particulares à realização de valores fundamentais. Como assinala Carlos Ari Sundfeld:

A regulação é - isso, sim - característica de um certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício de atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade. Assim, a regulação não é própria de certa família jurídica, mas sim de uma opção de política econômica (SUNDFELD, 2000, P.23) .

A proposta adotada para um modelo regulatório de Estado pretende conciliar diferentes concepções ideológicas, assegurando a realização de valores de solidariedade social com a manutenção da democracia e da liberdade. Reconhece-se que a democracia exige a garantia da autonomia individual e da sociedade civil, mas que a realização dos valores fundamentais a um Estado Social exige a participação de todos os segmentos sociais. Assume-se que os organismos estatais não apresentam suficiente habilidade para atendimento satisfatório a certas necessidades comuns, o que significa atribuir à iniciativa privada o encargo correspondente.

Produz-se, em suma, uma redução de competências diretas do Estado. Mas essa redução somente pode ser admitida quando acompanhada de uma contrapartida consistente na funcionalização de poderes reconhecidos à iniciativa privada. A retirada da atuação direta do Estado não equivale à supressão da garantia de realização de certos valores, mas apenas à modificação do instrumental para tanto.

Essa redução de competências do Estado dificilmente será revertida. A tendência parece ser, ao revés, o ganho de força da prestação direta do serviço público pelo particular, por meio de parcerias entre estes e os entes públicos. Nem é por causa da falta de capacidade financeira dos Estados, mas sim pelo excesso de capacidade gerencial dos parceiros privados, que, principalmente nos serviços públicos derivados de infra-estrutura, como energia, telecomunicações e estradas criaram mercados e monopólios naturais de grande eficiência.

Consoante a essa redução de competências, as agências reguladoras criadas seguiram a funcionalidade do modelo regulador e as normas instituidoras das agências reguladoras brasileiras delimitaram sua natureza jurídica. São elas consideradas autarquias especiais. Ainda no fim do século passado, as três principais agências reguladoras foram criadas. A Lei nº 9.427/96, que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL –, estabeleceu, em seu art. 1º, que a referida agência apresenta regime especial e tem por atribuição regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica.

A Lei nº 9.472/97 – Lei Geral das Telecomunicações –, ao criar a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL por força do ditame constitucional contido no art. 21, inciso XI, inseriu-a na Administração Pública Federal indireta, vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de regular as telecomunicações, sob o regime de autarquia especial (art. 8º). O § 2º esclarece que o regime especial decorre da independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo com estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

Não divergiu a Lei nº 9.478/97, que, dentre outras coisas, dispôs sobre a política energética nacional e criou a Agência Nacional de Petróleo – ANP. Estabeleceu, em seu art. 7º, que a ANP pertence à Administração Federal indireta, integrante da indústria do petróleo e vinculada ao Ministério de Minas e Energia, submetida ao regime de autarquia especial.

Percebe-se que as diversas agências apresentam atribuições semelhantes, de regulação e fiscalização de serviços públicos ou de atividade

econômica específica (petróleo). Integram, ademais, a Administração Pública Federal indireta, estando vinculadas aos Ministérios respectivos. Submetem-se, como destacado, a regime autárquico especial, notabilizado pela maior autonomia financeira e funcional, independência administrativa e mandato fixo de seus dirigentes (Zymler, 2002).

Discussão que se impõe, decorrente deste maior nível de autonomia conferido às agências reguladoras, diz respeito à aplicação das normas relativas à supervisão ministerial, na forma como disciplinada pelo Decreto-lei nº 200/67. Característica fundamental dos entes estatais autárquicos é sua maior independência em relação à Administração Direta.

Inegavelmente, as entidades submetidas a regime autárquico comum apresentam nível de interação com o ente superior mais estreito, quando comparadas às de regime especial.

Evidente que, em relação às autarquias dotadas de regime especial, não há que se falar em sujeição às mesmas limitações das demais autarquias. Por conseguinte, impõe-se afastar as normas do Decreto-lei nº 200/67 que tratam da supervisão ministerial no que for incompatível com o novo regramento dado às agências reguladoras (Zymler, 2002).

Essa autonomia, contudo, não dá liberdade absoluta às agências reguladoras. Essa assertiva fica bem explicada após a leitura do seguinte trecho de artigo escrito conjuntamente por Silveira e Silva, Oliveira e Oliveira Fernandes:

Evidentemente, a autonomia dos entes reguladores é necessária para assegurar atuação imune às pressões políticas e aos interesses privados. Contudo, essa garantia não tem como objetivo afastá-los da fiscalização e do controle externo, que possui matiz constitucional. A independência visa a proteger as agências de interferências externas, mas não a desobrigá-las do dever de prestar contas de seus atos (SILVEIRA E SILVA, OLIVEIRA E OLIVEIRA FERNANDES, 2004).

3.3 Os problemas das Agências Reguladoras no caso brasileiro

No tocante à atuação das agências reguladoras, Peci (2000) afirma que a reforma regulatória no Estado brasileiro é extremamente complexa por causa de nosso sistema federativo. As agências reguladoras multiplicam-se em diferentes unidades da federação, não apenas como resultado da reforma de desestatização que abrange estados e municípios, mas também visando responder às titularidades que a própria Constituição define quanto aos serviços públicos, que podem ser prestados pela União, pelos estados-membros e mesmo pelos municípios.

Além disso, a transformação do Estado brasileiro em um Estado regulador foi prejudicada pela prioridade que foi dada aos objetivos econômicos em detrimento de outras metas da reforma gerencial, relativas, por exemplo, à consolidação da governança e da governabilidade do Estado brasileiro. Nesse sentido, é importante frisar que muitas privatizações foram feitas antes mesmo de agências estarem operando.

Por fim, a extinção do Ministério da Administração e Reforma do Estado em 1998, a descontinuidade no processo de implementação de conjuntos de projetos contidos no Plano Diretor de Bresser e a força política que o Programa Nacional de Desestatização ganhou depois disso, também contribuíram para a imperfeição do Estado Regulador brasileiro. Nessa esteira, a professora Alketa Peci (2000) enumera algumas vulnerabilidades do modelo regulatório brasileiro:

- a) a dificuldade da realização de concursos nas agências, enquanto se definia a natureza jurídica do regime de empregos dos servidores dessas agências;
- b) casos de boicote financeiro e administrativo a parte de algumas agências estaduais por parte de Governadores;
- c) por ocasião da crise do Apagão, em 2001, foram criados diversos órgãos que abalaram seriamente a autonomia e a estabilidade da Aneel, assumindo muitas das suas funções;
- d) o Poder Executivo demonstrou inconformismo com a perda de poder para as Agências. A relação entre ministérios e agências é sempre bastante difícil;
- e) A persistência de muitos problemas de entendimento do modelo, desde a filosofia de concepção até os papéis dos diversos atores.

A autora afirma ainda que a reforma regulatória tem caráter muito abrangente e permanece inacabada. Em vários setores, ainda não foi concluída a fase de transição do modelo anterior de auto-regulação pelos Ministérios e pelas empresas estatais, para um modelo centrado em agências independentes.

Mesmo levando em conta que o modelo "agência" proliferou na maioria dos setores que antes eram de exclusiva atuação estatal, outros setores ainda permanecem sem marco regulatório definido, como é o caso do setor de saneamento.

Em outros, os resultados apresentados foram frustrantes quanto à capacidade de atrair investimento do setor privado, como ocorre no setor elétrico. Ao mesmo tempo, setores como petróleo e energia elétrica adotaram arcabouços regulatórios, mas mantiveram órgãos estatais, a Petrobras é o exemplo mais visível, explorando atividades reguladas.

Esses problemas que as agências reguladoras enfrentaram, principalmente os decorrentes da falta de quadros próprios e estáveis, deram margem a diversas falhas de regulação que ensejaram uma atuação ativa, mas não isenta de críticas, por parte do TCU, que certamente exacerbou seu papel de controle, muito embora sua atuação tenha impedido falhas graves no processo regulatório brasileiro.

A questão da autonomia das agências reguladoras, como se verá adiante, esbarra no fato de que, em nenhum lugar do mundo há regulador absolutamente autônomo, ou isento de qualquer forma de prestação de contas. Com afirmam Pinto Júnior e Borges, a maior autonomia traz consigo, em um regime republicano e como a outra face da moeda, a imperatividade de um maior grau de controle:

Na verdade, os desenhos institucionais adotados em cada país diferem em relação aos graus de autonomia conferidos à Agência Reguladora, e ao maior ou menor controle por parte de outros órgãos a que ela é submetida.

A "dualidade" entre autonomia e controle externo é, então, uma falsa controvérsia, uma vez que não há oposição entre ambos: a autonomia, na verdade, acarreta um maior grau de controle externo (em oposição ao controle hierárquico exercido na ausência de autonomia). O grau de autonomia conferido influencia o controle a que o ente em questão será posteriormente submetido: quanto maior a autonomia, maior a necessidade de prestação de contas a um outro órgão (PINTO JÚNIOR E BORGES, 2004).

4. O TCU E OS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS:

Este capítulo dedica-se à análise das principais questões jurídicas relativas à concessão de serviços públicos. Tomando como base a doutrina tradicional a respeito do assunto, bem como a legislação em vigor, mais especificamente as normas referentes ao setor elétrico, temos como objetivo discutir os conceitos jurídicos que serão de importância para a análise da política tarifária no âmbito do modelo regulatório que vem sendo implantado no País.

São os pontos aqui discutidos aqueles sobre os quais se debruça o TCU para aferir os aspectos ligados tanto à legalidade estrita do contrato, quanto à fiscalização do seu cumprimento por parte do agente regulador, quanto ao atendimento por parte do termo dos princípios do serviço público, com destaque à garantia da continuidade da prestação do serviço público e à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo de concessão.

4.1 Contratos de Concessão de Serviços Públicos

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, P. 72) formulou a seguinte definição para concessão de serviços públicos: “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*”.

Segundo a mesma autora, o contrato de concessão contém “duas idéias antitéticas”:

- a) de um lado, a idéia de que o serviço público deve funcionar no interesse geral e sob a autoridade da Administração;
- b) de outro lado, a idéia de que uma empresa capitalista executa o serviço visando tirar o máximo de proveito possível;

Como antes mencionado, o regime jurídico da prestação dos serviços públicos é público, ainda que o particular execute tais serviços de acordo com regras privadas. Assim, o contrato de concessão é ajuste de Direito Administrativo, bilateral, oneroso, comutativo e realizado *intuitu personae*. Há no contrato vantagens e encargos recíprocos, sendo fixadas as condições de prestação do serviço, com base no interesse coletivo e nas condições pessoais do executor do serviço concedido.

Embora a concessão de serviço público seja considerada espécie de contrato administrativo, existem peculiaridades no que se refere a “contrato de concessão” que o distinguem dos demais de sua espécie.

A concessão, na verdade, mais que um contrato, é uma relação jurídica complexa. É formada por um ato regulamentar do Estado que fixa as condições de prestação dos serviços aos usuários; por um ato-condição mediante o qual o concessionário expressa sua vontade de submeter-se à situação jurídica estabelecida objetivamente pelo Poder Público; e por um contrato propriamente dito que garante o equilíbrio econômico-financeiro acordado, sendo, no âmbito do sistema jurídico brasileiro, considerado imutável unilateralmente (Bandeira de Mello, 2004).

Ainda segundo o autor, outro aspecto que distingue o contrato de concessão dos demais é seu caráter universal, ou seja, o objeto do seu contrato é a “exploração de atividade a ser prestada universalmente ao público em geral”; além do mais, trata-se de prestação de serviço privativo do Poder Público que será desempenhado pelo particular “quando, como e enquanto conveniente ao interesse público.” Dado esse caráter de universalidade e de titularidade pública, a questão da modificação unilateral do contrato se faz presente com mais força nos contratos de concessão de serviços públicos. O Estado tem, por exemplo, o poder de exigir alterações nas condições de execução do serviço público fazendo que o concessionário incorpore inovações tecnológicas capazes de satisfazer os interesses da coletividade (serviço

público que abranja o maior número possível de usuários, com a melhor qualidade e a menor tarifa).

Os demais contratos administrativos não envolvem a prestação direta de serviços públicos à coletividade, mas sim o atendimento de interesses específicos. Logo, a modificação unilateral dos contratos, apesar de possível, não é fator determinante do atendimento do objeto contratual. O contrato administrativo comum (compras, alienações, serviços e obras) pode, em geral, ser executado nas condições originais em que foi pactuado, sem afetar o interesse público.

O prazo é outro aspecto distintivo entre contrato de concessão e contrato administrativo comum. Os contratos administrativos que acarretam despesas e necessitam estar encobertos por créditos orçamentários devem estar adstritos à vigência dos respectivos créditos, nos termos do art. 57, caput, da Lei nº 8.666, de 21/6/1993 (Lei de Licitações e Contratos). Os contratos de prestação de serviço executados de forma contínua, por sua vez, podem ter duração máxima de 60 (sessenta) meses, segundo estabelece o art. 57, II do dispositivo citado.

Nos contratos de concessão a questão do prazo é fundamental, pois a rentabilidade do negócio e o valor da tarifa são altamente influenciados pela duração da concessão:

Ao contrário do que se poderia pensar, o prazo da concessão não é elemento contratual do ato. Compreende-se nas cláusulas regulamentares, pelo que o poder concedente pode, em razão de conveniência ou oportunidade – portanto, mesmo sem qualquer falta do concessionário - , extinguir a concessão a qualquer momento, sem com isto praticar qualquer ato ilícito. Uma vez que o serviço é prestado descentralizadamente por mera conveniência estatal e tendo em vista que nunca deixa de ser próprio do Estado (em razão de sua natureza pública), está em seu poder retomar-lhe o exercício. Concorre para esta inteligência a circunstância de que não há interesse jurídico do concessionário em manter o serviço em suas mãos. O que, de direito, aspira é o resguardo de sua pretensão econômica (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 690)

Os longos prazos de vigência característicos dos contratos de concessão se justificam pela necessidade de permitir ao concessionário a amortização dos investimentos efetuados (principalmente quando a concessão é precedida de obra pública), com vistas a assegurar-lhe lucros sem sobrecarregar o usuário com tarifas elevadas. Por exemplo, nas concessões de distribuição de energia elétrica, o legislador considerou que o prazo máximo suficiente para amortizar os investimentos é de 30 anos (art. 4º, § 3º da Lei nº 9.074, de 07/7/1995).

Da leitura dos parágrafos anteriores, pode-se inferir ainda uma outra diferença: os contratos administrativos comuns, geralmente, acarretam desembolso de recursos públicos advindos de fontes orçamentárias, estando limitados à existência dos respectivos créditos. Já a concessão não requer alocação de recursos públicos, pois compete ao particular realizar os investimentos necessários, devendo receber a contraprestação pelos serviços prestados por meio das tarifas pagas pelos usuários.

A concessão tem caráter empresarial, em que há exploração de um serviço público pelo particular com vistas à obtenção de lucro. Ocorre que os concessionários estão sujeitos às regras do mercado, não sendo possível garantir uma determinada lucratividade do negócio ao se firmar o contrato de concessão. Os riscos do empreendimento são assumidos pelo particular, embora em determinadas situações o Estado seja induzido a se responsabilizar por eventuais perdas existentes ou a alterar as condições contratuais, como veremos adiante, de forma a não onerar excessivamente nem o concessionário nem o usuário.

No contrato administrativo comum, ao contrário, por se esgotar em curto período de tempo, é possível estimar com relativa precisão os encargos do contratado e a remuneração a que fará jus, sendo mínimos os riscos existentes (a não ser em contratos de empreitada de obra pública, de longa duração, em que em determinadas circunstâncias há alterações nas condições contratuais, com o fim de se restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro) .

4.2 Arcabouço Normativo

A Constituição Federal, no art. 175, parágrafo único, IV, estabelece que a prestação de serviços públicos “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação”. Os serviços públicos de competência da União estão enumerados no art. 21, X, XI e XII da Constituição Federal; os de competência dos Estados constam do art. 25, §2º e os serviços públicos de competência dos Municípios estão indicados no art. 30, V.

4.2.1 Do regime de concessão

A Lei nº 8.987, de 13/2/95, regulamenta o art. 175, acima referido, dispondo sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos. O art. 2º dessa lei

define quem é poder concedente, nos limites de competência estabelecidos pela Constituição, bem como as formas de delegação de serviço público ao particular (concessão de serviço público; concessão de serviço público precedida da execução de obra pública; permissão de serviço público). Segundo o mesmo artigo, em seu inciso II, concessão de serviço público é “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.”

As concessões de energia elétrica são disciplinadas por outras normas, além da Lei nº 8.987/95. Lei nº 9.074, de 7/7/1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões de serviços públicos. Segundo Espósito (2000, P.13), esta lei “é complementar à Lei nº 8.987/95 para o setor elétrico e o Decreto nº 1.717, de 24/11/1995, que estabelece procedimentos para prorrogação das concessões dos serviços públicos de energia elétrica de que trata a Lei nº 9.074/95”.

No setor de telecomunicações, a chamada LGT, a Lei Geral de Telecomunicações, por sua especialidade, regula as concessões para o setor de telecomunicações, sendo suprida, em caso de necessidade, pela Lei Geral das Concessões, a Lei nº 8.987/95.

4.2.2 Das atribuições do agente regulador

Como exemplo de atribuições do agente regulador, utilizaremos a ANEEL como exemplo, já que o setor segue muito de perto o estabelecido na lei geral de concessões, a despeito da existência da *lex specialis*, a Lei nº 9.427/96. Assim, relativamente ao setor de energia elétrica, as obrigações constantes dos arts. 29 e 30 da Lei nº 8.987/95, são exercidas pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, de acordo com as atribuições definidas na Lei nº 9.427/96, que a instituiu, com o objetivo de regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, de acordo com as políticas e diretrizes do Governo Federal (art. 2º).

Nos termos dos artigos citados, incumbe à ANEEL realizar as licitações para outorgas de concessões em conformidade com as seguintes normas: Lei nº 9.427/96; Lei nº 9.074/95; Lei nº 8.987/95; Lei nº 8.666/93. Em vista dos resultados das licitações, cabe à ANEEL celebrar e gerir os contratos de concessão, bem como

exercer a fiscalização, diretamente ou mediante convênio, das concessões respectivas.

Destaca-se, entre os dispositivos da Lei nº 9.427/96, o art. 3º, referente às diretrizes da ANEEL, quais sejam:

Art. 3º - A ANEEL orientará a execução de suas atividades finalísticas de forma a proporcionar condições favoráveis para que o desenvolvimento do mercado de energia elétrica ocorra com equilíbrio entre os agentes e em benefício da sociedade, observando as seguintes diretrizes:

prevenção de eventuais conflitos, por meio de ações e canais que estabeleçam adequado relacionamento entre os agentes do setor de energia elétrica e demais agentes da sociedade;

regulação e fiscalização realizadas com o caráter de simplicidade e pautadas na livre concorrência entre os agentes, no atendimento às necessidades dos consumidores e no pleno acesso aos serviços de energia elétrica;

adoção de critérios que evitem práticas anticompetitivas e de impedimento a livre acesso aos sistemas elétricos;

criação de condições para a modicidade das tarifas, sem prejuízo da oferta e com ênfase na qualidade dos serviços de energia elétrica;

criação de ambiente para o setor de energia elétrica que incentive o investimento, de forma que os concessionários, permissionários e autorizados tenham assegurada a viabilidade econômica e financeira, nos termos do respectivo contrato;

adoção de medidas efetivas que assegurem a oferta de energia elétrica a áreas de renda e densidade baixas, urbanas e rurais, de forma a promover o desenvolvimento econômico e social e a redução das desigualdades regionais;

educação e informação dos agentes e demais envolvidos sobre políticas, diretrizes e regulamentos do setor de energia elétrica;

promoção de execução indireta, mediante convênio, de atividades para as quais os setores públicos estaduais estejam devidamente capacitados;

transparência e efetividade nas relações com a sociedade.

Os processos de outorga de concessão e os contratos correspondentes vêm sendo realizados e acompanhados pela ANEEL desde 1997. Todos os contratos celebrados a partir desse ano estão em consonância, na integralidade, com os dispositivos da legislação pertinente, em especial os da Lei nº 8.987/95.

Por intermédio da Resolução nº 233, a Diretoria da ANEEL, em 1998, aprovou as Normas de Organização ANEEL-001 que “dispõem sobre os procedimentos para o funcionamento, a ordem dos trabalhos e os processos decisórios” da agência reguladora. Segundo essa norma, todos “os processo

decisórios que impliquem efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico e dos consumidores, decorrente de ato administrativo ou de anteprojeto de lei proposto pela ANEEL,” deverão ser submetidos a audiência (arts. 13 a 19) e consultas públicas (arts.19 a 21). O objetivo implícito da norma da ANEEL é garantir a participação dos setores envolvidos bem como a transparência dos atos que possam trazer ônus a uma das partes.

4.2.3 Da política tarifária

A questão premente em política tarifária é conciliar os interesses da Administração, representados pela função da Administração de atender às necessidades públicas, sem onerar excessivamente o usuário dos serviços, com os interesses do contratado, que tem por objetivo auferir um lucro, mediante a remuneração configurada em cláusulas econômicas e financeiras. Tal remuneração, assegurada no momento do ajuste, se dá basicamente por meio de tarifas, sendo admitidas também receitas provenientes de atividades paralelas (“receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados”).

Atendo-nos à legislação vigente, entre as atribuições do poder concedente, definidas no art. 29 da Lei 8.987/95, consta do inciso V: “homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato.” Tal atribuição foi incumbida à ANEEL, em conformidade com o art. 3º da Lei nº 9.427/96.

A Lei nº 8.987/95 dispõe da seguinte maneira sobre a fixação de tarifas:

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.

§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.

Ainda relativamente às tarifas, destacamos o artigo nº 18, VIII, que obriga a inclusão como cláusula do edital dos “critérios de reajuste e revisão da tarifa”; bem como o art. 23, IV que estabelece ser cláusula essencial do contrato de concessão a relativa “ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas”.

Os dispositivos transcritos significam o rompimento com o critério de remuneração do concessionário pelo custo do serviço para o critério de fixação das tarifas pelo preço definido na licitação; ou seja, o valor da tarifa que será cobrado dos usuários é o resultante da proposta vencedora da concorrência.

Especificamente em relação ao setor elétrico, devem ser destacados os arts. 14 e 15 da Lei n 9.427/96 que tratam da questão do serviço pelo preço:

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;

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 07 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 07 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.

Na fixação de tarifas, o poder concedente deve se ater ao princípio da modicidade, segundo o art. 6º da Lei nº 8.987/95, que implica balancear o preço cobrado do usuário com a margem de lucro garantida ao concessionário, de modo a não impor ônus excessivo a nenhum dos agentes econômicos. A respeito de modicidade tarifária, vale destacar as palavras de Marçal Justen Filho:

A fixação das tarifas deve seguir o princípio do equilíbrio. Deve ser suficiente para remunerar o concessionário por seus custos e investimentos e para assegurar-lhe uma margem de lucro, sem onerar excessivamente aos usuários. Daí a lição de Bielsa, no sentido de que: 'É certo que o concessionário atua por conta e risco próprios, salvo pacto especial em contrário; e já nesse sentido a gestão patrimonial entra na órbita de seu direito. Mas como o concessionário não pode converter a exploração do serviço em um negócio lucrativo sem limites, o que implicaria enriquecimento irregular à custa dos usuários como consequência de uma atividade própria do Estado, este tem o dever de moderar a exploração, mediante a revisão de tarifas que devem ser justas e razoáveis (JUSTEN FILHO, 1993, P.252).

Visando ao cumprimento de tal princípio, o art. 15 da Lei nº 8.987/95, concernente à licitação para a concessão do serviço público, dispõe:

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

I – o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;

II – a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;

III – a combinação dos critérios referidos nos incisos I e II deste artigo.

Também é possível observar a preocupação do legislador com a modicidade tarifária ao dispor no art.14, IV da Lei nº 9.427/96, acima transcrito, que haverá apropriação nas tarifas de ganhos de eficiência empresarial e da competitividade, nos termos dos contratos firmados (Fontenele, 2002).

4.2.4 Equilíbrio Econômico-financeiro nos Contratos de Concessão de Serviços Públicos

Conforme anteriormente ressaltado, o contrato de concessão contém, de um lado, a idéia da supremacia do interesse público; do 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 8.987/95 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 que 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 indicados, que comportam a idéia de flexibilidade do contrato administrativo, com vistas à adequada prestação do serviço público e ao atingimento dos interesses da coletividade, conforme enumera Di Pietro:

- a) princípio da equidade, que impede que uma das partes experimente locupletamento ilícito em detrimento da outra;
- b) princípio da razoabilidade, que exige proporção entre o custo e o benefício;
- c) princípio da continuidade do contrato administrativo, que determina a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro indispensável para assegurar a continuidade do contrato;
- c) 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. (DI PIETRO, 1999, p. 93).

Conforme verificamos pelos dispositivos legais citados no tópico anterior, o concessionário tem a garantia da manutenção da equação econômico-financeira do contrato, isto é, referidos dispositivos prevêm a revisão com o fim de assegurar o valor real da tarifa proposta na licitação, preservando-a dos efeitos inflacionários e de quaisquer desequilíbrios que afetem a proporção entre encargos e receitas. Entretanto, como veremos à frente, divergências significativas podem surgir sobre como se interpretar o princípio do equilíbrio econômico-financeiro e quais os critérios utilizados para sua garantia.

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 (2004, P. 684), "(...) 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.”

Em nível constitucional, o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos está garantido no art. 37, XXI da Constituição atual, a seguir transcrito:

“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, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia de cumprimento das obrigações”.[grifamos]

Embora a Constituição Federal não contenha previsão expressa, no art. 175, acerca da aplicação do princípio do equilíbrio econômico-financeiro ao instituto das concessões, entende-se que se a Constituição, no contrato administrativo comum, protege a situação econômica das partes (art. 37, XXI, supra), por analogia, tal proteção também é extensiva aos contratos de concessão de serviço público. Nesse sentido, BANDEIRA DE MELLO. (2004) e JUSTEN FILHO (1993).

Mas o tema do equilíbrio econômico-financeiro é controverso. Pesquisando alguns dos tradicionais doutrinadores do Direito Administrativo, encontramos as seguintes definições de equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira):

(...) 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. (ZANELLA DI PIETRO, 1999, p. 92).

(...) 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 objetivo. (WALD, 1998, p. 4).

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 equação. (JUSTEN FILHO, 1999, p. 92).

(...) 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 empreendimento. (MEIRELLES, 2004, p. 199)

Toda a doutrina tradicional, no entanto, é pacífica em afirmar a intangibilidade da equação econômico-financeira. 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. Essa intangibilidade abrange apenas os efeitos patrimoniais do contrato.

A questão para a doutrina tradicional é identificar quando há rompimento do equilíbrio e quais as situações que autorizam a alteração das tarifas com o fim de recompor a equação econômico-financeira. Para tanto, o Direito Francês desenvolveu a Teoria da *Álea*, adotada no Brasil (com particularidades), que consiste no estudo das causas que abalam a equação inicial do contrato e que permitem distinguir os riscos a serem cobertos pelo poder concedente daqueles a serem suportados pelos concessionários.

De forma resumida, a doutrina entende haver dois tipos de *áleas* a que estão sujeitos os concessionários – ordinárias e extraordinárias – que de algum modo podem ser identificadas na Lei de Concessões. As primeiras dizem respeito aos riscos do negócio, decorrentes de alterações nas condições de mercado, sendo eventos previsíveis e que devem ser suportados pelos concessionários. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

os riscos que o concessionário deve suportar sozinho abrangem, além dos prejuízos que lhe resultem por atuar canhestamente, com ineficiência ou imperícia, aqueles outros derivados de eventual estimativa inexata quanto à captação ou manutenção da clientela de possíveis usuários, bem como, no caso de fontes alternativas de receita, os que advenham de uma frustrada expectativa no que concerne aos proveitos extraíveis de tais negócios (BANDEIRA DE MELLO, 2004, P. 684).

O equilíbrio econômico-financeiro do contrato é, nesse contexto, preservado por mecanismos de revisão da remuneração, que devem estar expressos no edital e no contrato, segundo o disposto no art. 9º, caput e § 2º da Lei nº 8.987/85.

As outras são *áleas* extraordinárias, que dizem respeito a riscos imprevisíveis, que não podem ser evitados ou imputados aos concessionários. Tais perdas devem ser suportadas pelo poder concedente e autorizam a revisão das cláusulas financeiras com vistas à recomposição do equilíbrio desfeito. A recomposição tarifária baseia-se, nesse caso, na teoria da imprevisão (*álea*

econômica) e nas teorias do fato do príncipe, do fato da administração e do poder de a Administração alterar unilateralmente o contrato.

A Lei nº 8.987/95 nada dispõe acerca da aplicação da teoria da imprevisão ou do fato da Administração, casos em que serão aplicados, subsidiariamente, as normas constantes do art. 65, II, d e §§ 5º e 6º da Lei nº 8.666/93. O fato do príncipe e a alteração unilateral dos contratos estão previstos no art. 9º, § 3º (aumento de impostos) e § 4º, respectivamente.

O entendimento da doutrina tradicional, em suma, é o seguinte: o concessionário, ao firmar o contrato, assume o empreendimento por sua conta e risco (Lei nº 8.987/95, art. 2º,II), sujeitando-se, portanto, a lucros mais ou menos elevados e até mesmo a prejuízos eventuais. Não é dever da Administração garantir a margem de lucro do concessionário durante a vigência do contrato, cabendo-lhe apenas rever as cláusulas financeiras quando ocorrer álea econômica causadora de desequilíbrio econômico-financeiro excepcional. Além do mais, tal proteção só se justifica porque o vínculo existente entre o concessionário e a Administração se consubstancia em interesse público (Adotam esse entendimento, por exemplo: BANDEIRA DE MELLO (2004); JUSTEN FILHO (1993) e DI PIETRO (1999).

5. O TCU E O CONTROLE DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS:

5.1 Os limites de Controle do TCU sobre as Agências Reguladoras

A Constituição Federal de 1988, ao tratar da fiscalização da administração pública, estabeleceu que o controle externo, no âmbito da União, compete ao Congresso Nacional, de acordo com os arts. 70 e 71 da Constituição Federal, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto aos aspectos da legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas. Essa competência legislativa é exercida pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

Dispõe a Constituição Federal, em seu art. 71, as atribuições da Corte de Contas, dentre as quais, destacam-se: a) o julgamento das contas dos gestores públicos da administração direta e indireta; b) a apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, bem como das concessões de aposentadoria e pensão na administração indireta; c) realização de inspeções e auditorias nas entidades da administração direta e indireta. Sendo as agências entidades autárquicas, ainda que sob regime especial, o controle direto sobre os administradores das referidas agências decorre diretamente do texto constitucional.

Com esse intuito, já em 1998, o Tribunal de Contas da União criou unidade técnica voltada basicamente para a análise dos processos de privatização e, na seqüência, já com a atual denominação de Secretaria de Fiscalização de Desestatização (SEFID), para o controle da atuação dos órgãos reguladores.

Nesse ponto, cumpre frisar, ainda, que o art. 71, inciso IV, da Constituição Federal estabelece como competência do Tribunal de Contas da União realizar auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional.

Segundo Zymler (2002), a auditoria de natureza operacional não deve verificar a regularidade de atos orçamentários, a correção da gestão financeira, orçamentária ou patrimonial dos órgãos/entidades federais:

Para isso a Carta Política previu modalidades específicas de auditoria. Quando o Tribunal, no exercício de sua competência constitucional, realiza auditoria operacional, intenta verificar se os resultados obtidos estão de acordo com os objetivos do órgão ou entidade, consoante estabelecidos em lei. Tem por fim examinar a ação governamental quanto aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia (ZYMLER, 2002, P. 25).

Afirma também que, especificamente em relação às agências:

Busca o Tribunal, ao realizar auditoria operacional, verificar se estão sendo atingidas as finalidades decorrentes de sua criação. Se os resultados esperados estão sendo atingidos. Isso abrange a avaliação do cumprimento de sua missão reguladora e fiscalizadora.
(...)

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98, o princípio da eficiência foi erigido a norma constitucional. Antes desta modificação, os administrativistas já defendiam a tese de que o agente público deveria pautar seus atos não apenas pelo aspecto da legalidade, mas também obedecer ao dever da boa administração de que falavam os autores italianos. (ZYMLER, 2003, P. 4).

Em posição diametralmente oposta, Miguel (2004) questiona os limites que o Tribunal de Contas da União deve observar no exercício desse dever constitucional que lhe é imposto, notadamente diante do termo “operacional” utilizado no caput do citado art. 70 da Constituição.

No entender desse autor, a questão que se põe é: se a competência outorgada pela Magna Carta ao Poder Legislativo para exercer a fiscalização operacional dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal autorizaria o Tribunal de Contas da União a controlar – prévia, concomitante ou posteriormente –

o mérito dos atos políticos praticados pelos órgãos e entidades da Administração Pública no uso da sua competência constitucional.

Prossegue ele afirmando que:

(...) a posição formal do art. 70 no contexto da Magna Carta evidencia por si só que o Tribunal de Contas da União – na sua qualidade de auxiliar do Congresso Nacional - é um órgão especializado criado com o objetivo de fiscalizar a realização do orçamento e a correta aplicação dos recursos públicos, o que afasta de imediato qualquer consideração a respeito da possibilidade de ele fiscalizar o conteúdo meritório e de conveniência da prática pela Administração Federal de atos de naturezas política, programática ou executiva (MIGUEL, 2004, P.4).

Tanto é assim que o termo “operacional”, presente no art. 70 da Constituição está ladeado pelas expressões contábil, financeira, orçamentária e patrimonial, todas com significado de natureza econômico-financeira e que por isso mesmo imprimem àquele termo conteúdo restrito e harmônico com estes, ou seja, o controle operacional se refere também às atividades econômico-financeiras.

Se assim não fosse, emenda o autor:

Se o termo operacional tivesse sido utilizado no texto constitucional na sua acepção comum, lato sensu - de execução e prática de qualquer ato político ou governamental, de gestão dos negócios e interesses públicos afetos à competência legal dos órgãos e entidades estatais -, não haveria porque o citado art. 70 também fazer referência à fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial, vez que nesse significado amplo a palavra operacional abrangeria todos os atos de gestão pública, inclusive estes ((MIGUEL, 2004, P.5).

Da mesma forma, ainda segundo Miguel, certa corrente doutrinária - com origem no próprio Tribunal de Contas da União – vem defendendo o alargamento da competência do Tribunal de Contas da União para além dos limites que lhe são claramente impostos pela Constituição Federal, para tanto adotando indevidamente o princípio da eficiência como seu fundamento.

Para o autor, não procede essa argumentação, haja vista que o art. 74 da CF/88 contém preceito – o inciso II - que

“joga uma “pá de cal” sobre tal pretensão. Primeiramente, porque o princípio da eficiência não se inclui entre os princípios que o caput do art. 70 magno cita como norte da atividade fiscalizadora do Tribunal de Contas da União.

(...)

Por outro lado, quando para os fins desse controle o inciso II do art. 74 da Carta Política se reporta ao princípio da eficiência, o faz de modo

restritivo, limitando a avaliação da eficiência da Administração Pública tão-somente aos resultados da respectiva gestão orçamentária, financeira e patrimonial. (Miguel, 2004, P.8)

Juristas de nomeada apóiam a posição defendida por Miguel. Por exemplo, o eminente Marçal Justen Filho (2002) tem posicionamento ainda mais duro na imposição de limites ao controle externo das agências reguladoras exercido pelo TCU. Para ele, é essencial que se observe a limitação do controle externo às atividades-meio das Agências reguladoras. Outro tipo de ingerência do órgão de controle tolheria a tão necessária independência com a qual devem contar as agência reguladoras para desempenhar a contento o seu importante papel.

Portanto, como se vê, é longe de ser um assunto pacífico a realização das atividades de controle externo pelo TCU em face das agências reguladoras.

5.2 Mecanismos de Controle do TCU

O exame dos processos de privatização 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 mencionada 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 se dava, principalmente, por meio de empresas estatais, o controle externo baseava-se na análise das prestações de contas das entidades. O controle externo exercido pelo TCU 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 instruções normativas, regulamentou a fiscalização dos processos de delegações de serviços públicos. São exemplos dessas instruções normativas, a IN nº 9/97, a IN nº 27/98 e,

mais recentemente a IN nº 43/2002, que versa sobre o controle externo de revisões tarifárias.

O controle das delegações, de acordo com a Instrução Normativa nº 27/98, é realizado em duas etapas: a outorga do ato delegatório e a execução contratual. 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 ser crítico, nessa etapa, se verificar, 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 (Gomes, 2005).

É importante ressaltar que esta metodologia de controle, porque enfatiza a fiscalização concomitante da atuação do Estado, tem permitido, como será visto adiante, a adoção de ações preventivas e corretivas de extrema relevância. A seguir, transcrevemos os artigos da IN nº 27/98 relativos ao processo de outorga.

CAPÍTULO III

FISCALIZAÇÃO DAS CONCESSÕES, PERMISSÕES E AUTORIZAÇÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Seção I

O Processo de Outorga

Art. 7º A fiscalização dos processos de outorga de concessão ou de permissão de serviços públicos será prévia ou concomitante, devendo ser realizada nos estágios a seguir relacionados, mediante análise dos respectivos documentos:

I - primeiro estágio:

a) relatório sintético sobre os estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, com informações sobre o seu objeto, área e prazo de concessão ou de permissão, orçamento das obras realizadas e a realizar, data de referência dos orçamentos, custo estimado de prestação dos serviços, bem como sobre as eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias e as provenientes de projetos associados;

b) relatório dos estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à outorga, de utilidade para a licitação, realizados ou autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente, quando houver;

c) relatório sintético sobre os estudos de impactos ambientais, indicando a situação do licenciamento ambiental.

II – segundo estágio:

a) edital de pré-qualificação;

b) atas de abertura e de encerramento da pré-qualificação;

c) relatório de julgamento da pré-qualificação;

d) recursos eventualmente interpostos e decisões proferidas referentes à pré-qualificação;

e) edital de licitação;

f) minuta de contrato;

g) todas as comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados às empresas participantes da licitação, bem como as impugnações ao edital, acompanhadas das respectivas respostas.

III – terceiro estágio:

a) atas de abertura e de encerramento da habilitação;

b) relatório de julgamento da habilitação;

c) questionamentos das licitantes sobre a fase de habilitação, eventuais recursos interpostos, acompanhados das respostas e decisões respectivas;

d) atas de abertura e de encerramento da fase do julgamento das propostas;

e) relatórios de julgamentos e outros que venham a ser produzidos;

f) recursos eventualmente interpostos e decisões proferidas referentes à fase do julgamento das propostas.

IV – quarto estágio:

a) ato de outorga;

b) contrato de concessão ou de permissão.

O controle da execução contratual é levado a cabo 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 da Instrução Normativa nº 43/2002, a qual estabelece um controle concomitante dos procedimentos adotados pela agência reguladora. A seguir, transcrevemos os artigos da IN nº 27/98 relativos à fiscalização da execução contratual.

SEÇÃO II

EXECUÇÃO CONTRATUAL

Art. 11. Na fase de execução contratual, a fiscalização observará o fiel cumprimento das normas pertinentes e das cláusulas contidas no contrato e nos respectivos termos aditivos firmados com a concessionária ou com a permissionária, ou constantes do termo de obrigações, além de avaliar a ação exercida pelo órgão, pela entidade federal concedente ou pela respectiva agência reguladora, bem como as diretrizes por ele estabelecidas.

Parágrafo único. A fiscalização prevista neste artigo será exercida na forma preceituada pelos §§ 1º e 3º do art. 13 desta Instrução Normativa e mediante exame de Relatório Consolidado de Acompanhamento, elaborado pelo órgão, pela entidade federal concedente, ou pela respectiva agência a ser encaminhado semestralmente a este Tribunal.

Art. 12. O órgão, a entidade federal concedente ou a respectiva agência reguladora, informará ao Tribunal de Contas da União:

I – as causas, objetivos e limites de intervenção em concessionária ou em permissionária de serviço público, bem como, posteriormente, as decisões decorrentes do procedimento administrativo a que se refere o art. 33 da Lei nº 8.987/95;

II – as causas de declaração da caducidade de concessão ou da permissão, ou de aplicação de sanções contratuais;

III – os motivos de interesse público para a encampação de serviço concedido ou permitido, bem como o devido fundamento legal do ato;

IV – os vícios ou ilegalidades motivadores de anulação do contrato de concessão ou de permissão;

V – ação judicial movida pela concessionária ou pela permissionária contra o órgão ou entidade federal concedente, com qualquer fim, inclusive o de rescisão contratual;

VI – termo aditivo ao contrato firmado com a concessionária;

VII – a transferência de concessão, de permissão ou do controle societário da concessionária ou da permissionária;

VIII – a prorrogação de concessões, permissões e autorizações de serviços públicos;

IX – o reagrupamento das concessões de serviços públicos, previsto no art. 22 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

§ 1º O prazo para cumprimento do disposto neste artigo é de 5 (cinco) dias, contados a partir da caracterização formal de cada uma das situações arroladas nos incisos de I a IX deste artigo.

§ 2º No exame das informações e respectivos documentos, a que se refere este artigo, a Unidade Técnica competente observará o disposto no art. 17 desta Instrução Normativa.

A Instrução Normativa do TCU indica que não pode prescindir a Corte de Contas de fiscalizar, também, a ponta final da atuação das agências a execução dos contratos de concessão e permissão e os atos de autorização de serviços públicos e não apenas o cumprimento da legalidade evidenciada no exame dos termos constantes das avenças.

Aliás, não se está a tratar de poder do Tribunal, mas de verdadeiro dever constitucional que consiste na fiscalização da execução dos contratos de concessão. Evidente que tal controle não deve importar sobreposição de atribuições. Nesse sentido, uma análise superficial identificaria redundância das esferas de controle, uma vez que uma das atribuições das agências é exatamente fiscalizar os contratos de concessão e de permissão e os atos de autorização de serviços públicos (Zymler, 2002).

Nesse sentido, Gomes (2005) menciona 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 serem realizadas, também, auditorias e inspeções diretamente nas concessionárias e nas permissionárias de serviços públicos.

Para o autor, 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 e confundir-se com o papel do regulador (GOMES, 2005, P.5).

Entretanto, fica claro que o TCU exerce uma atividade fiscalizatória de segundo grau, que busca 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. Não deve, pois, o Tribunal substituir as agências. Deverá, apenas, zelar pela atuação pronta e efetiva dos entes reguladores, para assegurar a adequada prestação de serviços públicos à população.

Aduz Zymler (2002) que, 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.

A conclusão a que se chega, portanto, é que, nesta nova concepção de Estado, e porque não dizer de controle, o objetivo último a ser buscado é a eficiência da prestação de serviços públicos. A pronta atuação do Tribunal deve contribuir para o atingimento desse nível de excelência. A IN TCU nº 27/93 é a consubstanciação dessa nova realidade do Controle Externo em face das mudanças que o Estado brasileiro encetou na prestação dos serviços públicos.

5.3 Conclusão: TCU e Agências Reguladoras: a busca do equilíbrio

O advento das Agências Reguladoras foi decorrente de uma reforma do Aparelho do Estado Brasileiro que buscou redimensionar o papel da Administração Pública na prestação de serviços públicos. O Estado diminuiu sua função de prestador direto de serviços públicos, ao mesmo tempo em que aumentou sua função regulatória e normativa, capacitando a Agência a exercer função normativa, consubstanciada na edição de legislação setorial infralegal, o que, segundo Sundfeld (2000), não configura em hipótese alguma lesão ao princípio da separação dos poderes.

Com a mesma intenção, e seguindo dispositivo constitucional, foi promulgada a Lei nº 8.987/1995, a lei geral de concessões, que dispôs sobre o

regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, dentre outras providências que empreendeu.

Essa nova concepção de Estado não enfraqueceu o Controle Externo levado a termo pelo TCU. Ao revés, o robusteceu. Além do exame da legalidade, o Tribunal, sempre de acordo com seu dispositivo constitucional ordenador (art. 71, IV), deve verificar a eficiência e a economicidade da atuação das agências reguladoras. Dessa maneira, a controle volta seus olhos não apenas para a legalidade dos atos administrativos, mas para o binômio legalidade e eficiência.

Dentro desse diapasão, é certo que o Tribunal possui competência para fiscalizar as atividades finalísticas das agências reguladoras. Cumpre estabelecer, todavia, a forma de atuação do Tribunal, bem como os limites dessa atuação.

O entendimento mais moderno é o de que o TCU deve atuar de forma complementar às Agências Reguladoras no que concerne ao acompanhamento da outorga e da execução contratual dos serviços concedidos (TCU, 2004). O fato de o Poder Concedente deter competência originária para fiscalizar a atuação das concessionárias não impediria a atuação cooperativa e suplementar do TCU, que pode, dessa maneira indireta, destaque-se, fiscalizar a prestação dos serviços públicos delegados.

O TCU não pode substituir o órgão regulador, sob pena de atuar de forma contrária à Constituição Federal. Ou seja, a fiscalização do Tribunal deve ser algo indireta, repise-se, sendo seu objeto a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório, mas não deve ter como objeto a própria atividade regulatória de *per se*.

Quando as Agências Reguladoras ainda não estavam institucionalizadas, várias vezes o Tribunal acabou por preencher uma espécie de vácuo regulatório, exercendo funções típicas de órgão regulador. Essa atuação, certamente indevida, acabou sendo, todavia, aceitável, pois as agências reguladoras ainda não tinham totais condições para o exercício de suas competências. Na ocasião, prevaleceu a

idéia de que uma má escolha é sempre melhor do que nenhuma escolha (TCU, 2004).

Essa atuação extra competência do TCU, aliada à recente e destacada atuação do Tribunal no processo de revisão tarifária de algumas concessionárias de distribuição de energia elétrica, tem despertado críticas, indagações e até mesmo certa perplexidade, como se o TCU estivesse a intrometer-se em atividades estranhas às suas atribuições ou a fomentar insegurança jurídica e instabilidade no âmbito das concessões de serviços públicos.

Atualmente, é impensável, dado o grau de institucionalização alcançado pelas Agências Reguladoras que o TCU, mesmo movido pela busca do interesse público, sequer cogite invadir o âmbito de competência discricionária das agências reguladoras. A insegurança jurídica que uma atitude dessas acarretaria seria diretamente proporcional ao tamanho dos mercados que as Agências regulam.

Mas, 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.

Ao exercer, como manda a Constituição Federal, o controle externo sobre as atividades desenvolvidas pelas agências reguladoras, que são autarquias especiais integrantes do Poder Executivo, o TCU não as substitui nem limita seus poderes. Apenas verifica e garante, para a segurança de toda a sociedade, que as agências estão atuando em conformidade com as leis do país e respeitando os contratos assinados.

Voltando ao equilíbrio, a incessante busca da excelência técnica que o TCU tem empreendido é a chave para a inserção legítima do órgão de controle como uma parte importante junto às agências, aos concessionários e à sociedade civil no sistema regulatório brasileiro, contribuindo significativamente para a disseminação de boas práticas de regulação.

A relação equilibrada entre o TCU e as Agências serve como defesa da estabilidade das regras, do cumprimento dos contratos e da eficiência do jogo regulatório. Equilibra dois pratos da mesma balança, que podem ser representados pela fixação de tarifas módicas, em obediência ao princípio da modicidade tarifária, e pela manutenção de uma remuneração apropriada para o capital investido, que acaba se refletindo na própria continuidade do serviço público e na sua adequada prestação.

No exercício de seu papel, o TCU se defronta com dois tipos de atos praticados pelas agências reguladoras: os vinculados e os discricionários. Quando os atos supostamente irregulares forem vinculados, com violação expressa disposição legal, o Tribunal pode determinar a esses entes que adotem as providências necessárias à correção das irregularidades detectadas. No caso dos atos discricionários, praticados de forma motivada e visando satisfazer o interesse público, o Tribunal pode unicamente recomendar a adoção de providências consideradas por ela mais adequadas, pois o administrador teria trabalhado em seu espaço de liberdade.

Na eventualidade de o ato discricionário conter vício de ilegalidade ou se tiver sido praticado por autoridade incompetente, se não tiver sido observada a forma devida, se o motivo determinante e declarado de sua prática não existir ou, ainda, se estiver configurado desvio de finalidade, a Corte de Contas será competente para avaliá-lo e para determinar a adoção das providências necessárias ao respectivo saneamento, podendo, inclusive, determinar a anulação do ato em questão. Assim sendo, será sempre necessária uma análise do caso concreto para determinar a existência de vício ensejador da ação corretiva do TCU.

Por fim, há o ponto nevrálgico da discricionariedade técnica. O espaço de discricionariedade que possui da agência não a autoriza a criar metodologias sem embasamento teórico mínimo, em especial quando em desacordo com as metodologias tecnicamente consideradas adequadas. A regulação se faz com o melhor uso do conhecimento técnico disponível empregado na orientação do comportamento das entidades reguladas como forma de assegurar o interesse público.

Por exemplo, em julgados relacionados ao setor elétrico, Oliveira e outros relatam que

(...) o TCU não estabeleceu qual deveria ser a metodologia de cálculo para a revisão tarifária, não escolheu nem fixou índice de reajuste que eventualmente houvesse apurado como correto, tampouco criou instabilidade regulatória. Enfim, não buscou substituir-se ao regulador.

Limitou-se o TCU a apontar algumas impropriedades técnicas na aplicação da metodologia escolhida pela própria agência reguladora e a determinar a adoção de providências para sua correção, com o objetivo de assegurar os princípios da legalidade e da modicidade tarifária.

Isso demonstra que são distintas as competências dos órgãos e que a esfera de atuação da Aneel foi inteiramente preservada (OLIVEIRA E OUTROS, 2004).

A questão da discricionariedade técnica, por sinal, é magistralmente tratada neste excerto transcrito da obra do eminente professor Moreira Neto, ao referir-se justamente às agências reguladoras:

A discricionariedade técnica existe apenas quando a decisão que nela se fundar possa ser motivada também tecnicamente. Esta é, quiçá, a limitação mais importante, pois afasta, ao mesmo tempo, o arbítrio, o erro, a impostura e a irrazoabilidade, limite este que afasta decisões desnecessárias, inadequadas e desproporcionais (MOREIRA NETO, 2001).

É importante assinalar, como destacam Oliveira Fernandes e outros (2004), 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.

Assim, continuam os autores. a decisão regulatória de que resulte situação incompatível com a lei ou com os contratos de concessão regularmente constituídos é passível de controle e correção pelo TCU, no exercício do controle externo. Aliás, pelo impacto dessas decisões no dia-a-dia dos cidadãos, a sociedade e o Congresso Nacional, titular do controle externo, têm reiteradamente demandado a oportuna e isenta fiscalização do TCU.

Por fim, não se pode deixar de ressaltar nessa fase de busca do equilíbrio nas relações entre agências reguladoras e TCU que a experiência brasileira em regulação é ainda recente. Além disso, as agências reguladoras sofrem com notória carência de pessoal especializado para fazer face às suas atribuições. Assim, é até

certo ponto natural que, em um primeiro momento, possam ocorrer falhas em sua atuação e dúvidas quanto ao relacionamento não só com os ministérios supervisores, mas também com o controle externo exercido pelo TCU.

Para ser bem compreendida, a atuação do TCU deve ser vista não só como imperativo constitucional, mas, sobretudo, como efetiva colaboração para o aperfeiçoamento da experiência regulatória brasileira e fator de segurança e garantia para investidores em serviços públicos e para os usuários desses serviços, a população brasileira.

Nesse aspecto, a responsabilidade conjunta das agências e do TCU é enorme. Como lembra Zymler:

controle social, peça chave do Plano de Reforma do Estado em curso, força é convir que sua efetivação somente será eficaz se conseguir estabelecer vínculos sistêmicos com os entes estatais encarregados do controle. A menos da participação dos cidadãos nas comissões de fiscalização das concessionárias e no conselho de administração das Organizações Sociais, difícil é imaginar um controle social estanque. No momento atual em que a sociedade civil ainda não encontra mecanismos plenos de mobilização no âmbito da cidadania, somente técnicos especialistas, como os que compõem os quadros estatais, podem canalizar as demandas sociais. Daí a inafastável busca de integração que se espera entre os diversos tipos de controle de serviços públicos (ZYMLER, 2004, P. 36).

CONCLUSÃO

Este tópico tem a pretensão de realizar uma tarefa tríplice. De plano, como não poderia deixar de ser, ressaltar conceitos importantes tratados ao longo desta monografia.

Por segundo, trazer o posicionamento do autor sobre a atuação do TCU em face da prestação de serviços públicos no Brasil, sua importância e seus limites.

Por fim, tem também a pretensão de mostrar alguns caminhos possíveis de desdobramentos do tema e que podem vir a despertar o interesse de outros pesquisadores.

I

Inicialmente, cabe afirmar que a dificilmente haverá retrocesso no que concerne à prestação de serviços públicos por particulares, em parcerias com os entes públicos. Nem é por causa da falta de capacidade financeira dos Estados, mas sim pelo excesso de capacidade gerencial dos parceiros privados, que, principalmente nos serviços públicos derivados de infra-estrutura, como energia, telecomunicações e estradas criaram mercados e monopólios naturais de grande eficiência.

Não é, portanto, a adoção do modelo de agência reguladora que leva à parceria entre o público e o privado na prestação de serviços públicos. As agências reguladoras são um meio de catalisar essa conjunção de interesses.

Depois, igualmente cabe ratificar o ponto defendido nesse trabalho de que as agências reguladoras brasileiras enfrentam problemas que, ainda, lhes tira a possibilidade de desempenhar seu papel no nível máximo de suas possibilidades. O maior desses problemas é o político, que acaba sendo potencializado pelo fato de o Brasil ser uma federação. Será muito difícil, por exemplo, convencer Governadores e Prefeitos a abrirem mão de parte de sua força político-eleitoral, que é o controle sobre a prestação de serviços públicos que lhes são cometidos à população, repassando esse controle a uma entidade de “Estado”, mas não de “Governo”, como uma agência reguladora independente.

Do ponto de vista do controle externo da prestação de serviços públicos, é certo que o TCU se encarrega dessa tarefa de duas formas: do exame do contrato em si e de sua execução. Esse dever é imposto ao Tribunal pela própria Constituição.

O TCU, entretanto, extrapolou suas atribuições, principalmente quando as agências ainda não estavam suficientemente aparelhadas para regular importantes mercados como os de telefonia e de telecomunicações. Hoje, a realidade não é mais essa. As agências reguladoras possuem quadros técnicos próprios que lhes tem proporcionado substancial melhoria em sua atividade regulatória, o que, por sua vez, as leva a reclamar maior autonomia.

Maior autonomia, quando se fala em regime republicano, tem como contrapartida um maior dever de prestação de contas. Essa prestação de contas implica transparência e capacidade de interação com atores públicos e privados.

A relação entre o Controle e as agências caminha para um equilíbrio.

Essa é a posição defendida neste trabalho. Há duas posições absolutamente superadas quando se fala em relação de agências reguladoras com o TCU: a primeira é a posição de força do TCU, que leva o órgão de controle a querer exercer um controle *ex-ante* sobre os reguladores.

A outra, não menos arcaica, é a que discute a competência do Tribunal para fazer auditorias operacionais e a cobrar, pela via do princípio da eficiência, o acerto técnico das ações de regulação levadas a cabo pelo regulador.

Nesse sentido, não cabe ao TCU discutir qual o método de regulação a ser empreendido. Essa competência é absoluta do regulador. Contudo, e isso é inafastável, não pode o TCU permitir que um erro detectado na implementação da regulação, cuja forma de regular foi livremente decidida pelo regulador, repisamos, venha a se perpetuar.

Nesse sentido, a discricionariedade de atuação, pela qual tanto lutaram os reguladores, não pode jamais ser confundida com arbitrariedade.

Dada a grande possibilidade de superação dessas duas posições antagônicas é que enxergamos a relação entre o regulador e o controlador como convergente a um equilíbrio em curto espaço de tempo, o que só irá melhorar a prestação de serviços públicos no Brasil, o que, por sua vez, poderá ser aferido pela obediência cada vez maior dos princípios da continuidade e do equilíbrio econômico-financeiro na outra ponta.

Como exemplo do que chamamos busca do equilíbrio, as decisões do TCU vêm refletindo o respeito pela autonomia e pela discricionariedade técnica da agência reguladora, sem abrir mão de sua função de controle. Tal busca de equilíbrio pode ser confirmada pela leitura desses dois trechos do mesmo Voto que subsidiou o Acórdão nº 649/2005, do Plenário do TCU. No primeiro deles, o TCU considera ser a discricionariedade técnica insuficiente argumento para o descumprimento de item específico de edital:

O item 13.2 do Edital fixou prazo de 45 dias, contados a partir da realização do leilão, para que se comprovasse a constituição da Sociedade de Propósito Específico que iria explorar a concessão. Findou-se o referido prazo em 16/11/2004, sem que a Copel, integrante do consórcio, obtivesse autorização legislativa para criar ou participar de tal sociedade, o que somente veio a ocorrer em 1º/12/2004, mediante a publicação da Lei 14.550/2004, do Estado do Paraná.

Assim, apesar de cabível a proposta de negociação do valor contratual, verifica-se que sequer há certeza de que haverá a contratação, restando pendente de apreciação pela agência o descumprimento de condição editalícia.

A par dos erros verificados, é grave o fato de a agência insistir em não justificar os diversos critérios empregados em seus atos, o que impede a apuração de eventuais impropriedades.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao tratar das agências reguladoras, assevera que “a discricionariedade técnica existe apenas quando a decisão que nela se fundar possa ser motivada também tecnicamente. Esta é, quiçá, a limitação mais importante, pois afasta, ao mesmo tempo, o arbítrio, o erro, a impostura e a irrazoabilidade, limite este que afasta decisões desnecessárias, inadequadas e desproporcionais” (in *Mutações do Direito Administrativo*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 169-170).

Nessa linha, a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca ser sempre possível, no estabelecimento de critérios técnicos, o abuso de poder, o arbítrio, o erro, o dolo e a culpa (in *Parcerias na Administração Pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 156).

É de toda evidência que as escolhas “técnicas” podem revelar-se impróprias, inadequadas, irrazoáveis, contrárias ao interesse público e à finalidade legal, o que ensejaria a adoção de medidas corretivas. Daí ser imprescindível que escolhas e critérios técnicos sejam sempre acompanhados de devida justificação que, por sua vez, deve ser explícita, clara e congruente, nos termos da lei de procedimento administrativo (Lei 9.784/99, art. 50 e respectivos incisos e parágrafos).

Injustificável o descumprimento da determinação contida no item 8.2 da Decisão 361/2001 - Plenário - TCU, razão por que acolho a proposta de reiteração de seus termos.

Os erros e omissões apurados são graves e robustecem a necessidade de atuação tempestiva do controle externo da atividade-fim dos órgão reguladores. [Trecho do voto condutor da Decisão/TCU nº 649/2005 – Plenário]

No segundo excerto do mesmo Voto, o Exmo. Sr. Ministro-Relator faz questão de destacar os limites da atuação do TCU em relação aos entes reguladores:

A Sefid entende irregular a ausência de revisão tarifária periódica, a exemplo do que ocorre nos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica, e propõe determinação para que a Aneel inclua esse mecanismo em futuros contratos de concessão de linhas de transmissão.

Ocorre que a unidade técnica sugere a determinação por entender que “a revisão tarifária periódica das tarifas de transmissão de energia elétrica é imprescindível para manter as condições de equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuadas no contrato de concessão do serviço público de transmissão de energia elétrica”.

Não há, no relatório, justificativa para tal conclusão. Não está claro se a revisão periódica é imprescindível em decorrência da lei, do sistema regulatório, ou se é apenas opção que a unidade técnica entende ser mais apropriada.

Ressalto, mais uma vez, os limites constitucionais da atuação do TCU, em confronto com as competências legalmente atribuídas às agências reguladoras.

Ao proceder à fiscalização das atividades fins das agências reguladoras, o Tribunal não pode substituir-se aos órgãos que controla. Não pode estabelecer o conteúdo do ato regulatório que vai ser editado pelo órgão competente, nem impor a adoção das medidas adequadas, salvo quando verificadas considerações de legalidade ou a omissão da autarquia em dar fiel cumprimento à lei, conforme diversos precedentes (Acórdãos 1.703/2004, 1.926/2004, 2.022/2004 e 2.067/2004, todos do Plenário) [Trecho do voto condutor da Decisão/TCU nº 649/2005 – Plenário]

Como exemplo concreto da presença do TCU na concessão de serviços públicos, recentemente veio à tona que a atuação do Tribunal de Contas da União na licitação dos sete trechos rodoviários constantes da segunda etapa do programa de concessões de rodovias federais acarretou uma economia de R\$ 19,6 bilhões para os 25 anos de concessão.

O próprio sítio do TCU na rede mundial de computadores (www.tcu.gov.br) dá conta de que após os ajustes determinados pelo TCU, que reduziram o valor médio das tarifas para os sete lotes em cerca de 28 % (redução de 43,06% para a Fernão Dias e de 43,48% para a Régis Bittencourt) e a Taxa Interna de Retorno de aproximadamente 18% para 8,95%, houve intensa concorrência e deságios expressivos em todos os trechos.

Mesmo após os ajustes efetuados, houve intensa concorrência e deságios expressivos em todos os trechos, o que não afasta os ganhos efetivos decorrentes da atuação do Tribunal, ao contrário, vem confirmá-los. Segundo o Presidente do Tribunal, Ministro Walton Alencar Rodrigues:

Tal fato nos leva à questão de quanto seria o prejuízo aos usuários das rodovias concedidas caso o TCU não tivesse agido tempestivamente. Certo, entretanto, é afirmar que a atuação do Tribunal permitiu concretamente uma economia de R\$ 19,6 bilhões para os 25 anos de concessão (disponível em www.tcu.gov.br).

Por fim, pensamos que agora reunimos todos os elementos para responder à pergunta que deu origem a essa monografia: qual a contribuição do controle externo exercido pelo TCU para que melhorar a prestação de serviços públicos no Brasil?

A contribuição do TCU – que está calcada no controle do contrato de concessão, por meio de cada lei que suporta a concessão de cada serviço, seja a Lei Geral ou leis especiais – é importante, material. Essa contribuição não se constitui em usurpação das atribuições e das competências das agências reguladoras, ao contrário, com as competências das agências se complementa, e tem essa contribuição se refletido na modicidade tarifária, na eficiência na prestação do serviço, na universalidade e na continuidade dos serviços públicos prestados no Brasil. Podemos afirmar, portanto, que o TCU tem contribuído para a assinatura de contratos de concessão de serviços públicos com tarifas equilibradas, com reajustes tarifários corretos e que isso tem contribuído para a segurança jurídica dos contratos, o que tem atraído parcelas importantes do capital privado mundial que tem ocorrido aos diversos certames de concessão de serviços públicos no Brasil.

III

Da idéia de que as parcerias entre os setores público e privado só tende a ganhar espaço aliada à idéia de que o Controle e a Regulação acharão a melhor forma de trabalharem juntos, cada um com seu conjunto de atribuições, surgem as bases para o desenvolvimento de novas pesquisas que talvez tenham trabalhos evidentemente melhores do que este como fundamento. Gostaríamos de deixar aqui indicações de pelo menos dois desses caminhos.

O primeiro é o dos estudos que devem ser feitos sobre as parcerias público-privadas, as PPP's, que guardam parentesco com as concessões, mas, inegavelmente, já representam uma evolução em relação a um contrato de concessão comum, no sentido de habitual.

Serão grandes os esforços que o órgão de controle deverá empreender para atingir no controle das PPP's a excelência que atingiu no dos contratos de concessão de serviços públicos.

Apenas um contrato de concessão foi examinado pelo Controle Externo do Poder Legislativo, levado a cabo pelo TCU, mas muitos outros contratos deverão

ser firmados, o que certamente levará a uma grande necessidade de aparelhamento pelo Tribunal.

Do lado dos contratos, haverá, de modo inegável, a aproximação de um contrato administrativo de um contrato de natureza privada, sem cláusulas exorbitantes e baseada na autonomia das vontades e na função social dos contratos. Tudo isso com o interesse da sociedade, que deverá ter meios de exercer o controle social também sobre a PPP.

É justamente o Controle Social o outro caminho que gostaríamos de apontar. Consoante disposto no capítulo relativo ao TCU, controle social, peça chave do Plano de Reforma do Estado em curso, mas a efetivação desse controle só será eficaz se conseguir estabelecer vínculos sistêmicos com os entes estatais encarregados do controle.

As agências reguladoras promovem audiências públicas, permitindo a participação dos cidadãos nas comissões de fiscalização das concessionárias. Também é possível controle social no conselho de administração das Organizações Sociais. Mas o fato é que a sociedade civil ainda não encontra mecanismos plenos de mobilização no âmbito da cidadania.

Alketa Peci (PECI, 2003) argumenta que

não é apenas conceitualmente fácil, mas também empiricamente possível, perceber a desigualdade do poder existente entre o Poder Concedente, concessionários e usuários dos serviços públicos. Ainda, as desigualdades sociais do país refletem-se também nas estruturas regulatórias, que embora preocupam-se em implementar medidas de inclusão do usuário em diferentes fases do processo regulatório, pouco abordam as questões relativas ao cidadão, o qual tem direitos também, direitos que representam as conquistas do Estado de Bem-Estar Social. Este gap social não apenas influencia o déficit democrático do marco regulatório no Brasil, mas acaba realimentando o círculo vicioso de exclusão social.

Neste contexto muitas das agências reguladoras partiram para uma estratégia que tentou induzir um maior controle social, buscando a aproximação e comunicação com o usuário de serviços públicos (peci, 2003).

É, portanto, concentrar demasiado poder nas mãos da tecnocracia deixar que o processo de regulação-controle seja todo levado a cabo por técnicos especialistas, como os que compõem os quadros estatais. Ao revés, é desejável

fazer com que esses técnicos sejam capazes de canalizar as demandas sociais, buscando a integração que se espera haver os diversos tipos de controle de serviços públicos. Novamente Peci:

(...) gostaríamos de contextualizar a questão do controle social no contexto de fortalecimento de outras formas diretas e indiretas de controle que embora não busquem ofuscar a autonomia do órgão regulador, possam ser vistas como parte de um processo integrado de gestão da regulação. Para isto, a retomada da função de formulação das políticas regulatórias – enfraquecida no decorrer da reforma regulatória – é uma etapa necessária, embora não suficiente. Por exemplo, as informações reunidas no âmbito do TCU podem servir para retroalimentar o processo regulatório, caso canais apropriados de comunicação e cooperação sejam estabelecidos.

(...)O tecido social é denso ao ponto de propiciar uma espontânea participação da sociedade civil? Não existem receitas de bolo que possam induzir a participação cidadã e nem as formas de controle social. Mas, experiências de êxito existem no país e também foram adotadas com relativo sucesso em algumas agências reguladoras. Talvez resida aqui a melhor fonte de aprendizagem democrática (PECI, 2003).

BIBLIOGRAFIA

ARANHA, Márcio Lório. **Taxa versus Preço Público ou Tarifa: análise de sua natureza e jurisprudência no STF e STJ**. Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional, Brasília: Editora Consulex, v. 4, n. 4, p. 91-102, 1999.

Brasil. 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. Brasília, DF. 1995.

Brasil (1996). Lei 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. Brasília, DF. 1996.

CEZNE, Andrea Nárriman. **O conceito de serviço público e as transformações do Estado contemporâneo**. In: Revista de Informação Legislativa, a. 42 n. 167, p. jul./set 2005

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (1999). **Parcerias na Administração Pública**, 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas.

ESPOSITO, A. S. (2000). **Privatização da Light: A Repartição dos Ganhos de Produtividade**. Monografia de Graduação, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro-RJ.

FONTENELE, Alessandro de Araújo (2006). **O TCU e a Revisão Tarifária nos Contratos de Transmissão de Energia Elétrica**. In: Sociedade Democrática, Direito Público e Controle Externo. Por José Geraldo de Sousa Júnior (Coordenador). Brasília. UnB. 2006.

GIAMBIAGI, Fabio e ALÉM, Ana Cláudia Duarte de. **Finanças Públicas: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Campus, 1999;

GOMES, Marcelo Barros. **A experiência recente e a agenda futura do Tribunal de Contas da União na análise e avaliação do desempenho de entes reguladores no Brasil**. Anais do X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile, 18 - 21 Outubro de 2005

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti (2000). **Teoria dos Serviços Públicos e Sua Transformação**. In Direito Administrativo Econômico. por Carlos Ari Sundfeld (Coordenador)". São Paulo: Malheiros Editores.

JUSTEN, Mônica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo: Editora Dialética, 1997.

Justen Filho, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

MARTINS, Humberto Falcão. **Burocracia e a Revolução Gerencial: a persistência da dicotomia entre política e administração**. In: Revista do Serviço Público, v. 48, n. 1, p. 43-79, jan./abr. 1997;

MEDAUER, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004;

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2004;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIGUEL, Reginaldo Pereira. **As agências reguladoras e o seu controle pelo tribunal de contas.** Disponível no site www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_IV_marco_2004/ReginaldoAGENCIAS.pdf

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo.** 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo.** 5 ed. São Paulo: Impetus, 2002.

PECI, Alketa e CAVALCANTI, Bianor Scelza. **Reflexões sobre a autonomia do órgão regulador: análise das agências reguladoras estaduais.** Revista de Administração Pública ano 34, nº 5, P. 99-118 – set/out 2000.

PECI, Alketa (2003). **O Controle das Agências Reguladoras. Tribunal de Contas da União.** Tema: Agências Reguladoras no Mundo e Controle Social, 25 Novembro de 2003. Tribunal de Contas da União.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **Empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica e a Emenda constitucional nº 19: licitação.** In: Informativo de Licitações e Contratos, v. 6, n. 68, pp. 760-778, out. 1999;

PINTO JÚNIOR, Helder Queiroz e BORGES, Heloísa Lopes. **O controle externo das agências reguladoras: o caso da agência nacional do petróleo.** Anais da Rio Oil & Gas Expo and Conference 2004. Disponível em www.gee.ie.ufrj.br/publicacoes/pdf/2004_controle_externo.pdf

Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995;

SILVEIRA E SILVA, José Márcio da, OLIVEIRA, Júlio Marcelo de e OLIVEIRA FERNANDES, Rodrigo de. **O tribunal de contas da união e as agências reguladoras**. Jornal Valor Econômico. Rio de Janeiro, 23/06/2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Serviços Públicos e Regulação Estatal**, In: Direito Administrativo Econômico, Malheiros. 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Introdução às Agências Reguladoras**. In: Sundfeld, Carlos Ari (Coord.). "Direito Administrativo Econômico". São Paulo: Malheiros, 2000.

Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa nº 27/98 – “Dispõe - Dispõe sobre a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União dos processos de desestatização”. Tribunal de Contas da União, 07 de dezembro de 1998; Brasília – DF.

Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa nº 43/2002 – “Dispõe sobre o acompanhamento pelo Tribunal de Contas da União dos processos de revisão tarifária periódica dos contratos de concessão dos serviços de distribuição de energia elétrica.”; Tribunal de Contas da União, 23 de julho de 2002; Brasília – DF.

Tribunal de Contas da União. Acórdão 649/2005 – Plenário (AC-0649-18/05-P; TC-006.226/2004-8); Ata 18/2005 - Plenário; Sessão 25/05/2005; Dou 03/06/2005. Brasília – DF.

WALD, Arnold (1998). **Do Direito Adquirido à Equação Econômico-Financeira nos Contratos Administrativos**. In BOLETIM DE DIREITO ADMINISTRATIVO, nº 01, São Paulo: Editora NDJ Ltda, janeiro/1998.

ZYMLER, Benjamim. **O Papel do Tribunal de Contas da União no Controle das Agências Reguladoras** – Controle Externo da Regulação de Serviços Públicos. Seminário Controle Externo e Regulação. Brasília: TCU, P. 17-36. 2002