AGÊNCIA ESTADUAL DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DO RIO GRANDE DO SUL AGERGS

Marco Regulatório nº 13 Revista da AGERGS



CONSELHO SUPERIOR DA AGERGS:

Conselheira-Presidente

Gertrudes Pelissaro dos Santos

Conselheiros

Guilherme Socias Villela Edmundo Fernandes da Silva Luciano Schumacher Santa Maria Manoel Maria dos Santos Juarez Monteiro Molinari

AGERGS

Av. Borges de Medeiros, 659 - 14º andar
Porto Alegre - RS
CEP - 90.020-023
Telefone (51) 3288 88 00
FAX (51) 3288 88 15
agergs@agergs.rs.gov.br
www.agergs.rs.gov.br

AGÊNCIA ESTADUAL DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DO RIO GRANDE DO SUL AGERGS

Marco Regulatório nº 13 Revista da AGERGS

DADOS INTERNACIONAIS DA CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

Marco Regulatório: revista da AGERGS. – N. 1 (1999) - . – Porto Alegre: AGERGS, 1999- .

Semestral.

Descrição baseada em: N. 13 (2010) ISSN 1980-2943.

- 1. 1.Regulação tarifária Rio Grande do Sul Periódicos. 2. Agência reguladora. 3. Energia elétrica Serviço público. 4. Saneamento básico
- Brasil. 5. Concurso público Responsabilidade Sanções Transparência.
- 6. Concessão rodoviária Regulação tarifária. 7. Serviço de estação rodoviária
- Exploração Concessão. I. Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul.

CDU: 621.3(816.5)

Bibliotecária Maria Amazilia Penna de Moraes Ferlini - CRB-10/449

EXPEDIENTE

Jornalista André Furtado Difusão Assessoria de Comunicação

Tiragem: 1.500 exemplares

Sumário

Gertrudes Pelissaro dos Santos
Apresentação
Airton Roberto Rehbein e Jaqueline Hoffelder Pereira Barros
Padronização de Indicadores Econômico-Financeiros das
Concessionárias Estaduais dos Serviços de Saneamento
Básico: a Importância do Estudo para as Agências Reguladoras9
Miriam Suzana Rodrigues Schwarzbach, Eleonora da Silva Martins e Luciano Schumacher Santa Maria
A Universalização dos Serviços Públicos de Energia Elétrica
no Rio Grande do Sul
Alceu de Castro Galvão Junior
Evolução Institucional das Agências Reguladoras
de Saneamento Básico57
Carmen Busatto
Parcerias Público-Privadas
Vinícius Ilha da Silva
A Instância Homologatória de Contratos de Concessão:
Aspectos Relevantes da Etapa Regulatória85
Ana Paula Stolnik
A Questão da Responsabilidade e a da Responsabilização
das Empresas que Prestam Serviços para a Administração
Pública, na Área de Concursos Públicos
Miriam Suzana Rodrigues Schwarzbach e Roberto
Tadeu de Souza Júnior
Concessões Rodoviárias: Proposta de Regulação Tarifária com
Base na Experiência do Setor Elétrico

APRESENTAÇÃO

Gertrudes Pelissaro dos Santos ¹

O Marco Regulatório é a base de apoio de uma Agência de Regulação. Uma legislação eficaz colabora com a transparência das contas públicas e reforça as obrigações e deveres do Poder Concedente, da Concessionária e do Consumidor. Desde sua criação, a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS) vem aprimorando sua função de buscar o equilíbrio entre as partes envolvidas na concessão de um serviço público, usando critérios técnicos, econômico-financeiros e contábeis para balizar suas ações. Uma pioneira no Brasil, a AGERGS foi criada em 1997, como um ente estadual regulador multifuncional, a partir da Lei Federal 8.987/95, acompanhando uma tendência que há mais de um século fiscaliza e controla serviços delegados em grandes potências do Mundo.

A Revista Marco Regulatório é uma das formas de a Agência levar o debate sobre a regulação para o público, não só executando suas funções, mas ampliando o conhecimento sobre o setor, que pode ser considerado novo no Brasil. Neste Número 13 abrangemos diferentes áreas reguladas, desde aspectos administrativos e legais, até serviços básicos, como Energia Elétrica e Saneamento; buscando autores entre a qualificada área técnica da casa e colaboradores externos ligados ao assunto. Desejo a todos uma boa leitura, tendo a certeza de que ao se aprofundarem nas questões regulatórias entenderão a importância das Agências e do constante trabalho por independência e autonomia que elas necessitam.

Dezembro de 2010.

¹Conselheira-Presidente da AGERGS.

PADRONIZAÇÃO DE INDICADORES ECONÔMICO-FINANCEIROS DAS CONCESSIONÁRIAS ESTADUAIS DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO: A IMPORTÂNCIA DO ESTUDO PARA AS AGÊNCIAS REGULADORAS

Airton Roberto Rehbein¹ Jaqueline Hoffelder Pereira Barros²

RESUMO: Este trabalho tem a finalidade de propor a Padronização de Indicadores Econômico-Financeiros para as empresas prestadoras de serviços de Saneamento Básico, servindo de subsídio principalmente às Agências Reguladoras para fins de comparação do desempenho entre as diversas empresas que atuam nesse mercado, contribuindo, ainda, aos demais agentes envolvidos pelo Marco Regulatório (Lei nº 11.445/07) da prestação de serviços de Saneamento Básico no Brasil que se utilizam da análise econômico-financeira das concessionárias. Em dezembro de 2007, sancionou-se a Lei Federal nº 11.445 que estabeleceu o Marco Regulatório para a prestação de serviços de Saneamento Básico no Brasil. Essa legislação atinge diversos agentes, como concessionárias, poder concedente, Agências Reguladoras e usuários. A viabilidade econômica da prestação dos serviços de saneamento, por serem atividades executadas em sistema de rede, demanda a operação em sistema de monopólio natural. Nesse ambiente, o controle de custos para a adequada definição das tarifas precisa ser o mais eficiente possível, no intuito de evitar repasses de custos indesejáveis ao consumidor do serviço, que, além de necessitar desse serviço público essencial, não tem como escolher o prestador do serviço. Assim, o acompanhamento do

¹Mestre em Controladoria e Técnico Superior da AGERGS.

²Contadora.

desempenho da contabilidade dos concessionários, principalmente, pelas Agências Reguladoras, através da utilização de instrumentos regulatórios adequados para esta atividade econômica, torna-se imprescindível com vistas ao alcance da eficácia no controle de custos. A metodologia aplicada na elaboração dos indicadores padrões seguiu o autor Matarazzo, sendo considerado o período de 1997 a 2006. Após a elaboração dos indicadores padrões é apresentada a análise da Concessionária Estadual do Estado do Rio Grande do Sul (CORSAN), frente aos padrões estabelecidos.

Palavras-chave: Indicadores Padrões. Indicadores Econômico-Financeiros. Saneamento Básico.

1 INTRODUÇÃO

Em dezembro de 2007, sancionou-se a Lei Federal nº 11.445 que estabeleceu o Marco Regulatório para a prestação de serviços de Saneamento Básico no Brasil. Essa legislação atinge diversos agentes, como concessionárias, poder concedente, Agências Reguladoras e usuários. O poder concedente será representado pelos Municípios, sendo, assim, de importância para o poder executivo e legislativo municipais acompanharem o desempenho econômico-financeiro das companhias de saneamento, principalmente para o monitoramento da capacidade de investimento das companhias.

A viabilidade econômica da prestação dos serviços de saneamento, por serem atividades executadas em sistema de rede, demanda a operação em sistema de monopólio natural. Nesse ambiente, o controle de custos para a adequada definição das tarifas precisa ser o mais eficiente possível, no intuito de evitar repasses de custos indesejáveis ao consumidor do serviço, que, além de necessitar desse serviço público essencial, não tem como escolher o prestador do serviço. Assim, o acompanhamento do desempenho da contabilidade dos concessionários, principalmente, pelas Agências Reguladoras, através da utilização de instrumentos regulatórios adequados para esta atividade econômica, torna-se imprescindível com vistas ao alcance da eficácia no controle de custos.

A contabilidade tem como função controlar informações sobre os eventos econômicos da empresa, interpretar essas informações e selecionar aquelas que deverão ser comunicadas. Assim, a contabilidade detém fundamental importância para a regulação dos contratos de concessão dos serviços públicos, a ser exercida pelas Agências Reguladoras, intitulando-se, neste contexto, contabilidade regulatória.

A contabilidade regulatória que é exigida pelos órgãos reguladores visa auxiliar nos controles das atividades delegadas pelo poder público, reduzindo a assimetria da informação entre o regulado e regulador, representando um avanço em relação à contabilidade financeira.

A contabilidade regulatória permite a interpretação das informações econômico-financeiras da concessão, visando apoiar os estudos sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, sendo fundamental, portanto, monitorar as concessionárias através do uso de indicadores econômico-financeiros.

No art. 23, inciso IV, a Lei Federal nº 11.445/07 prevê que a entidade reguladora editará normas que abrangerão aspectos que dependerão da contabilidade, como, por exemplo, os incisos: VI - monitoramento dos custos e VIII - plano de contas e mecanismos de informação, auditoria e certificação. Assim, para atender esses quesitos legais, a contabilidade regulatória é o instrumento adequado de geração das informações necessárias à regulação dos serviços de saneamento, sendo, para tanto, fundamental acompanhar o desempenho da concessionária pela avaliação de indicadores econômico-financeiros.

O estudo é relevante em função de disponibilizar, principalmente, às Agências Reguladoras indicadores econômico-financeiros das companhias de saneamento que serão objeto de regulação a partir da Lei nº 11.445/07, além de apurar indicadores padronizados para o setor. Este artigo servirá de apoio às atividades a serem desenvolvida no âmbito da contabilidade regulatória.

Neste contexto, este trabalho tem como objetivo geral analisar e propor a Padronização de Indicadores Econômico-Financeiros das Em-

presas de Saneamento Básico para servir de subsídio às Agências Reguladoras para fins de comparação do desempenho entre as diversas empresas que atuam nesse mercado, contribuindo aos agentes envolvidos pela Lei nº 11.445/07 na análise econômico-financeira das concessionárias.

Os objetivos específicos serão: a) definir metodologia para o cálculo de Indicadores Padronizados; b) situar a atividade de prestação de Serviço de Saneamento Básico; c) a partir das demonstrações contábeis originais das Concessionárias Estaduais de Serviços de Saneamento, elaborar os indicadores de cada companhia; d) estudar e validar a base de dados de indicadores do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS); e) aplicar a metodologia proposta e elaborar os Indicadores Padronizados para Concessionárias Estaduais de Saneamento Básico; f) elaborar indicadores de solvência para as empresas prestadoras de serviço de saneamento; e g) analisar o desempenho da prestadora de serviço de Saneamento Básico do Rio Grande do Sul (CORSAN), frente aos indicadores padrões propostos.

O estudo será realizado para o período de 1997 a 2006, considerando 14 empresas, conforme a seguir: Companhia de Águas e Esgotos do Rio Grande do Norte (CAERN); Companhia de Saneamento do Distrito Federal (CAESB); Companhia de Água e Esgoto do Ceará (CAGE-CE); Companhia de Água e Esgoto da Paraíba (CAGEPA); Companhia Catarinense de Águas e Saneamento (CASAN); Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro (CEDAE); Companhia Espírito Santense de Saneamento (CESAN); Companhia de Saneamento de Minas Gerais (COPASA); Companhia Riograndense de Saneamento (COR-SAN); Empresa Baiana de Águas e Saneamento S.A. (EMBASA); Companhia Saneamento Básico Estado São Paulo (SABESP); Saneamento de Goiás S.A. (SANEAGO); Companhia de Saneamento do Paraná (SA-NEPAR); e Empresa de Saneamento de Mato Grosso S.A. (SANESUL). As empresas dos demais estados brasileiros ficaram de fora do estudo por não terem disponibilizadas as demonstrações contábeis em seus sites da internet.

2 DESENVOLVIMENTO DO TEMA

2.1 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1.1 Contabilidade Regulatória

A contabilidade regulatória busca, captura e sintetiza as informações relativas às entidades em estudo, visando facilitar os estudos do desempenho econômico-financeiro pelo regulador.

A contabilidade regulatória é uma ferramenta desenvolvida para o controle da atividade regulada, que consiste na instrução de normas e procedimentos para atingir o regulamento da contabilidade da empresa regulada, incluindo-se, nesse contexto, a analise de indicadores econômico-financeiros.

Rehbein e Gonçalves (2008) afirmam que um dos objetivos da regulação é zelar pelo equilíbrio financeiro dos contratos de concessão e que para o bom desempenho deste papel as Agências Reguladoras têm instituído planos de contas padrão para que as concessionárias dos serviços por elas regulados prestem suas informações contábeis através de demonstrativos padrões.

Para Rehbein e Gonçalves (2008), a manutenção de exigências das informações no plano da contabilidade regulatória é providencial, sendo que dela pode-se aplicar metodologias que apontem para a formulação de padrões de desempenho econômico-financeiro que possam, por exemplo, orientar o comportamento econômico-financeiro inicial de uma concessionária, quando da realização das concessões mediante licitação, ou, até de forma mais avançada, contribuir na elaboração de instrumentos de regulação que possam impactar na continuidade empresarial das empresas para fins de garantir a estabilidade da prestação do serviço público.

2.1.2 Análise das Demonstrações Contábeis

A Lei das Sociedades por Ações, atualizada pela Lei nº 11.638/07, no seu art. 176, estabelece que ao fim de cada exercício social a diretoria da empresa deve elaborar com base na escrituração contábil, as seguintes demonstrações financeiras (ou Demonstrações Contábeis): a) Balanço Patrimonial (BP); b) Demonstração dos Lucros ou Prejuízos acumulados (DLPA); c) Demonstração do Resultado do Exercício (DRE); d) Demonstração dos Fluxos de Caixa (companhia fechada com patrimônio líquido, na data do balanço, inferior a R\$ 2.000.000,00, não será obrigada à elaboração e publicação da demonstração dos fluxos de caixa); e e) Se companhia aberta, demonstração do valor adicionado.

A análise das demonstrações contábeis é de grande importância para a empresa e para todos que pretendem relacionar-se com a mesma, como fornecedores, financiadores, acionistas e empregados. Assim, os seguintes indicadores econômico-financeiros serão utilizados no estudo proposto neste artigo:

- a) Liquidez Geral: "Estabelece a capacidade de liquidez, levando em conta o longo prazo. Como inclui um longo prazo ativo que pode ter prazo diferente do longo prazo passivo também perde capacidade preventiva." (PEREZ JUNIOR, 2002, p. 239).
- b) Índices de Endividamento ou Estrutura de Capital: "Os índices desse grupo mostram as grandes linhas de decisões financeiras, em termos de obtenção e aplicação de recursos." (MATARAZZO, 2003, p. 151).
- c) Participação de Capitais de Terceiros: "Estabelece a relação entre capital de terceiros e capital próprio." (PEREZ JUNIOR, 2002, p. 237).
- d) Composição do Endividamento: "Representa a composição do Endividamento Total ou qual a parcela que se vence a Curto Prazo, no Endividamento Total." (IUDICIBUS, 1998, p. 104).
 - e) Imobilização do Patrimônio Líquido: "Estabelece quanto foi

aplicado no Ativo Permanente para cada \$1 de Patrimônio Líquido." (PE-REZ JUNIOR, 2002, p. 238).

- f) Índices de Rentabilidade: "Os índices deste grupo mostram qual a rentabilidade dos capitais investidos, isto é, quanto rendeu os investimentos e, portanto, qual o grau de êxito econômico da empresa." (MATARAZZO, 2003, p. 175).
- g) Rentabilidade do Patrimônio Líquido: "Representa o nível de remuneração do capital investido pelos sócios acionistas, quotistas, proprietários." (PEREZ JUNIOR, 2002, p. 240).
- h) Cálculo do Fator de Insolvência: Após o cálculo de um conjunto de índices, e a avaliação de cada um deles comparativamente a um índice-padrão, é necessário a analise global da empresa. Por essa razão, diversos pesquisadores chegaram a modelos matemáticos baseados em dados contábeis e financeiros usados para prever a probabilidade estatística de solvência. Como modelo pode-se citar o de Kanitz e Elisabetski, entre outros.

2.1.3 Indicadores Padrões

A análise de Balanços através de índices só alcança seus objetivos se forem comparados com padrões, quando se devem comparar índices de uma empresa com índices de outras empresas do mesmo ramo de atividade.

Para Matarazzo:

A maior parte das pessoas imagina que a técnica de índices-padrão visa encontrar o padrão ideal de um índice. Essa noção de padrão talvez seja válida em outras áreas.

Em custos, por exemplo, encara-se o custo-padrão com um valor ideal, sob certas condições. O operário-padrão escolhido anualmente é

exemplo de bom desempenho e comportamento a ser seguido por outros. Na Análise de Balanços não é assim: não existe padrão ideal (MATARAZZO, 2003, p. 203).

"A metodologia de índices-padrões é baseada na estratificação, em ramos de atividade, dos índices de balanços de demonstrações publicadas pelas empresas." (PEREZ JUNIOR, 2002, p. 245).

Segundo Matarazzo:

O papel dos índices-padrão parece, em princípio, extremamente simples: permitir comparar uma empresa com outras semelhantes.

Mas, muito, além disso, os índices-padrão representam elementos extraordinariamente úteis para análise macroeconômicas (MATARA-ZZO, 2003, p. 195).

"A avaliação dos índices de uma empresa, relativamente às demais do mesmo ramo e praça, pode ser feita através do uso das tabelas de índices-padrão." (MATARAZZO, 2003, p. 198).

Conforme Ribeiro (1999, p. 181), quocientes-padrão "[...] são os quocientes alcançados com maior frequência por empresas que exercem o mesmo ramo de atividade e atuam em uma mesma região."

Pode-se dizer que para se obter índices-padrão confiáveis, que possam servir de parâmetro para analise comparativa da situação econômico-financeira da empresa, é preciso ter o maior numero de dados de empresas que exerçam o mesmo ramo de atividade. Conforme Matarazzo (2003), há três tipos básicos de avaliações de um índice: pelo significado intrínseco; pela comparação ao longo de vários exercícios; e pela comparação com índices de outras empresas – índice-padrão.

Uma vez calculados os índices e comparados com padrões, podese fazer primeiro uma avaliação individual de cada índice, depois de uma avaliação conjunta, considerando a seguinte sequência: a) escolha dos indicadores; b) definição do comportamento do indicador; c) tabulação de padrões: é a construção de tabelas baseadas em elementos do mesmo conjunto – no caso presente, índices de empresas do mesmo ramo – de maneira que permita a comparação dos índices de uma empresa com os das demais empresas; e d) escolha dos melhores indicadores e atribuição dos respectivos pesos.

Matarazzo (2003) afirma que a análise de balanços através de índices só adquire consistência e objetividade quando os índices são comparados com padrões, pois, do contrário, as conclusões se sujeitam à opinião e, não raro, ao humor do analista de balanços.

O auxílio da estatística na definição de indicadores padrões se faz relevante. Matarazzo (2003) recomenda uso da mediana, em que o valor tal que, colocados os elementos do universo em ordem crescente, metade fica abaixo de si e metade acima. Entretanto, o mesmo autor ressalva que o uso da mediana isoladamente é insuficiente para comparações, por isso faz-se o cálculo também de outras medidas estatísticas de mesma natureza da mediana, como quartis, decis ou percentis. Quando são utilizados decis, tem-se não uma única medida de posição, mas nove, de maneira que se pode dispor de informações que proporcionam ótima ideia da distribuição estatística dos índices tabulados.

Após a apuração dos decis se localiza a mediana que fica no 5° decil. Em resumo, para obter índices-padrão é obedecida a sequência de procedimentos abaixo:

- separam-se as empresas em ramos de atividade;
- de cada empresa, dentro de um mesmo ramo, toma-se determinado índice financeiro:
- os índices assim obtidos são colocados em ordem crescente de grandeza; e
 - os índices-padrão são dados pelos decis.

Uma questão importante quando da constituição de índices-padrão é o tamanho das empresas, por isso é conveniente estabelecer padrões como:

• definir os ramos de atividade próprios para o fim a que se destinam;

- criar subdivisões dentro desses ramos, de maneira que uma empresa possa ser comparada a outras de atividades mais ou menos semelhantes à sua;
 - separar grandes, pequenas e médias empresas; e
 - para cada um dos subconjuntos assim obtidos, calcular os decis.

O papel dos índices-padrão parece, em princípio, extremamente simples: permitir comparar uma empresa com outras semelhantes. Mas, muito além disso, os índices-padrão representam elementos extraordinariamente úteis para análises macroeconômicas. Uma vez que os índices-padrão substituem os índices reais das empresas, estudar os índices-padrão significa estudar os índices de todas as empresas. Supondo-se uma série histórica de índices-padrão, pode-se estudar a evolução de endividamento das empresas, da rentabilidade, da liquidez e de qualquer outro indicador que se desejar.

2.2 METODOLOGIA

A tipologia de pesquisa a ser aplicada neste trabalho está agrupada em três categorias: pesquisa quanto aos objetivos, pesquisa quantos aos procedimentos e pesquisa quanto à abordagem do problema. A pesquisa será enquadrada como pesquisa exploratória:

"A pesquisa exploratória, na maioria dos casos, constitui um trabalho preliminar ou preparatório para outro tipo de pesquisa." (ANDRADE, 2003, p. 124).

Os procedimentos serão os seguintes: pesquisa bibliográfica e pesquisa documental.

"Pesquisa bibliográfica: é aquela desenvolvida exclusivamente a partir de fontes já elaboradas – livros, artigos científicos, publicações periódicas, as chamadas fontes de 'papel'." (ALVES, 2003, p. 53).

"Pesquisa documental: assemelha-se à pesquisa bibliográfica, po-

rém utiliza-se das fontes que não receberam tratamento analítico." (AL-VES, 2003, p. 53).

Quanto à abordagem do problema no estudo será aplicada uma pesquisa qualitativa, para a análise das informações que estão sendo estudadas, e quantitativa, para o tratamento da base de dados, quando se utilizará de conhecimentos estatísticos e matemáticos.

Conforme Beuren (2004, p. 92), "[...] na pesquisa qualitativa concebem-se análises mais profundas em relação ao fenômeno que está sendo estudado."

Ainda, conforme Beuren (2004, p. 92), "[...] a abordagem quantitativa caracteriza-se pelo emprego de instrumentos estatísticos, tanto na coleta quanto no tratamento dos dados."

2.3 RESULTADOS

2.3.1 Apresentação dos Serviços de Saneamento

As empresas estaduais de saneamento básico no Brasil têm como objetivos executar, implantar, complementar, ampliar e operar os serviços de água e esgoto do seu Estado. Além de realizarem estudos, projetos e execução de obras para novas instalações e ampliação de redes.

O artigo *Aspectos Conceituais e Teóricos*, de Ricardo Toledo da Silva (2004), descreveu os antecedentes na organização dos serviços de Saneamento Básico, sendo assim resumido:

Os serviços de saneamento, no Brasil, se organizaram de forma diversificada em relação às competências de cada ente da Federação, ao longo da história. O abastecimento de água e o esgotamento sanitário do Rio de Janeiro, os primeiros organizados em redes, foram objetos de concessões de governo central, em meados do século XIX, que depois passaram à esfera da administração do Distrito Federal e, mais recentemente,

do estado do Rio de Janeiro. Um grande número de serviços, no País, porém, foi organizado ao longo das décadas de 1930 e 1960, na forma de órgãos ou entidades municipais, principalmente a partir do modelo de organização do Serviço Nacional de Saúde Pública, nos anos 1940. Com o modelo do Sistema Financeiro de Saneamento (SFS)/Plano Nacional de Saneamento (PLANASA), em início da década de 1970, os estados federados passaram a ter, em todo o país, um papel central na organização da oferta e na prestação dos serviços de saneamento, que foram formalmente segmentados no subconjunto "saneamento básico", definido no escopo estrito do abastecimento de água e do esgotamento sanitário.

2.3.1.1 Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS)

O artigo Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), de Ernani Ciriaco de Miranda (2004), discorreu sobre o Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento, sendo assim resumido: a criação e operação de um sistema de informações sobre saneamento e a disseminação de seu conteúdo constituem em atividades essenciais à consecução dos objetivos da política nacional de saneamento. Nesse sentido, em 1996, com dados do ano-base de 1995, foi criado pelo Governo Federal o Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), por meio do Programa de Modernização do Setor Saneamento (PMSS). Na estrutura atual do Governo Federal, o SNIS desenvolve-se no âmbito do Ministério das Cidades, na Secretária Nacional de Saneamento Ambiental, ainda por intermédio do PMSS.

O SNIS apoia-se em um banco de dados administrado na esfera federal, que contém informações de caráter operacional, gerencial, financeiro e de qualidade, sobre a prestação de serviços de água e de esgotos e sobre os serviços de manejo de resíduos sólidos urbanos. No caso dos serviços de água e de esgotos, os dados são atualizados anualmente para uma mostra de prestadores de serviços do Brasil, desde o ano-base de 1995.

Ao longo de todo esse período, o SNIS transformou-se no maior e mais importante banco de dados do setor de saneamento brasileiro, visando orientar a aplicação de investimentos, a formulação de estratégicas de ação e o acompanhamento de programas, bem como a avaliação de desempenho dos serviços.

2.3.1.2 Indicadores do Sistema Nacional de Informação sobre Saneamento (SNIS)

Para este trabalho, foram extraídos da base de dados do SNIS, sendo validados pelos cálculos realizados a partir das demonstrações contábeis originais, os seguintes indicadores econômico-financeiros: Liquidez Corrente, Liquidez Geral, Grau de Endividamento, Retorno sobre o Patrimônio Líquido e Composição de Exigibilidades para o período de 1997 a 2004. A base de dados do SNIS ainda apresentava os indicadores: Margem Operacional com Depreciação, Margem Líquida com Depreciação, Margem Operacional sem Depreciação e Margem Líquida sem Depreciação, porém não foram objetos de exploração nesse trabalho.

Apresenta-se, a seguir, a base de dados do SNIS que se utilizou nesse artigo:

a) Liquidez Corrente

A fórmula para esse indicador, segundo o SNIS, é a seguinte:

Liquidez Corrente = Ativo Circulante
Passivo Circulante

b) Liquidez Geral

A fórmula para esse indicador, segundo o SNIS, é a seguinte:

Liquidez Geral = Ativo Circulante + Realizável a Longo Prazo
Passivo Circulante + Exigível a Longo Prazo

c) Composição de exigibilidades (percentual)

A fórmula para esse indicador, segundo o SNIS, é a seguinte:

Composição de Exigibilidades = <u>Passivo Circulante</u>
Passivo Circulante + Exigível a Longo Prazo

d) Grau de Endividamento

A fórmula para esse indicador, segundo o SNIS, é a seguinte:

Grau de Endividamento =

Passivo Circulante + Exigível a Longo Prazo + Resultado Exercícios Futuros
Ativo Total

e) Retorno sobre o Patrimônio Líquido (percentual)

A fórmula para esse indicador, segundo o SNIS, é a seguinte:

Retorno sobre Patrimônio Líquido = <u>Lucro Líquido</u>
Patrimônio Líquido - Lucro Líquido

2.3.2 Apuração da Base de Dados para Análise dos Indicadores

A apuração da base de dados de indicadores para fins da elaboração dos indicadores padrões partiram do cálculo dos mesmos tomando por base as demonstrações contábeis originais de cada empresa, sendo que após o cálculo esses valores foram confrontados com a base de dados do SNIS, sendo validados. Os valores dos indicadores que constam na base de dados do SNIS fecharam com os cálculos realizados a partir das demonstrações contábeis originais. Porém, para algumas empresas que não

foi possível acessar as demonstrações contábeis originais, foram adotados os valores do SNIS. Podemos verificar na Tabela abaixo a fonte de utilização dos indicadores de acordo com a origem dos dados.

TABELA 1 – Apuração da Base de Dados Para Análise de Indicadores

EMPRESA	1997	1998	1999	2000	2001
CAERN	SNIS	SNIS	SNIS	SNIS	Calculado
CAESB	SNIS	SNIS	SNIS	SNIS	Calculado
CAGECE	Calculado	Calculado	Calculado	Calculado	Calculado
CAGEPA	SNIS	SNIS	SNIS	SNIS	SNIS
CASAN	SNIS	SNIS	SNIS	SNIS	SNIS
CEDAE	Calculado	Calculado	Calculado	Calculado	Calculado
CESAN	SNIS	SNIS	SNIS	SNIS	SNIS
COPASA	SNIS	SNIS	SNIS	Calculado	Calculado
CORSAN	Calculado	Calculado	Calculado	Calculado	Calculado
EMBASA	SNIS	Calculado	Calculado	Calculado	Calculado
SABESP	Calculado	Calculado	Calculado	Calculado	Calculado
SANEAGO	SNIS	Calculado	Calculado	Calculado	Calculado
SANEPAR	Calculado	Calculado	Calculado	Calculado	Calculado
SANESUL	Calculado	Calculado	Calculado	Calculado	Calculado
EMPRESA	2002	2003	2004	2005	2006
CAERN	Calculado	Calculado	Calculado	Calculado	Calculado
CAESB	Calculado	Calculado Calculado	Calculado	Calculado Calculado	Calculado Calculado
		Calculado		Calculado	Calculado
CAESB	Calculado	Calculado Calculado	Calculado	Calculado Calculado	Calculado Calculado
CAESB CAGECE	Calculado Calculado	Calculado Calculado Calculado	Calculado Calculado	Calculado Calculado Calculado	Calculado Calculado Calculado
CAESB CAGECE CAGEPA	Calculado Calculado Calculado	Calculado Calculado Calculado Calculado	Calculado Calculado Calculado	Calculado Calculado Calculado Calculado	Calculado Calculado Calculado Calculado
CAESB CAGECE CAGEPA CASAN	Calculado Calculado Calculado SNIS	Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado	Calculado Calculado Calculado Calculado	Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado	Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado
CAESB CAGECE CAGEPA CASAN CEDAE	Calculado Calculado Calculado SNIS Calculado	Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado	Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado	Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado	Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado
CAESB CAGECE CAGEPA CASAN CEDAE CESAN	Calculado Calculado Calculado SNIS Calculado SNIS	Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado	Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado	Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado	Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado
CAESB CAGECE CAGEPA CASAN CEDAE CESAN COPASA	Calculado Calculado Calculado SNIS Calculado SNIS Calculado SNIS	Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado	Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado	Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado	Calculado
CAESB CAGECE CAGEPA CASAN CEDAE CESAN COPASA CORSAN	Calculado Calculado Calculado SNIS Calculado SNIS Calculado Calculado Calculado	Calculado	Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado	Calculado	Calculado
CAESB CAGECE CAGECA CASAN CESAN COPASA COPASA CORSAN EMBASA	Calculado Calculado Calculado SNIS Calculado SNIS Calculado Calculado Calculado	Calculado	Calculado	Calculado	Calculado
CAESB CAGECE CAGEPA CASAN CEDAE CESAN COPASA COPASA CORSAN EMBASA SABESP	Calculado Calculado Calculado SNIS Calculado SNIS Calculado Calculado Calculado Calculado Calculado	Calculado	Calculado	Calculado	Calculado

Foi fundamental, portanto, o acesso dos indicadores no SNIS, primeiramente para validar essa base de dados e, em segundo plano, para utilizar os indicadores dessa base para complementar períodos para algumas empresas, possibilitando a obtenção de um número maior de indicadores para elaboração do estudo sobre indicadores padrões.

2.3.3 Analise e Elaboração dos Indicadores Padrões

Os procedimentos adotados na elaboração e análise de dados foram os seguintes:

- a) a partir da coleta de dados, foi possível obter as demonstrações contábeis de 14 empresas estaduais do ramo de saneamento básico do Brasil. A tabulação dos balanços foi fundamental para extrair as informações para o cálculo dos indicadores;
- b) após extrair os indicadores econômico-financeiros da base de dados do SNIS, confrontaram-se esses com os indicadores calculados a partir das demonstrações contábeis originais, sendo observado que os indicadores da base do SNIS representavam a realidade das demonstrações contábeis originais;
- c) a validade da base de dados do SNIS, através do cálculo dos indicadores a partir das demonstrações contábeis originais, permitiu ampliar a quantidade de anos a serem considerados na pesquisa, já que para algumas empresas não foi possível obter as demonstrações contábeis originais;
- d) assim, considerando que a base de dados do SNIS ampliou as possibilidades de estudo, além de ser um meio de confrontação de informações extraídas das demonstrações contábeis originais, optou-se por realizar o estudo de indicadores padrões a partir de cinco indicadores utilizados pelo SNIS;
- e) a partir da definição da base de dados, utilizou-se a metodologia descrita por Matarazzo (2003) para elaboração dos indicadores padrões, porém, em função do número reduzido de empresas que representa o setor, não foi possível aplicar a metodologia completa com a utilização de decis e atribuições de conceitos definidos pelo autor. Embora a limitação, seguiu-se Matarazzo na definição da mediana como parâmetro de analise dos indicadores, considerando essa medida como situação "satisfatória", conforme o autor. As empresas foram separadas em duas regiões geográficas, quais sejam regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e regiões Sul e Sudeste;
- f) além dos indicadores padrões, também se elaborou o indicador de solvência de Kanitz, visando atribuir conceito ao desempenho das empresas em relação à sua continuidade empresarial, já que não foi possível

atingir conceitos quando do cálculo dos indicadores padrões para o cálculo desse fator. Para aplicar a fórmula de Kanitz foi calculado um indicador econômico-financeiro adicional, o de liquidez seca, visto que não constava na base do SNIS; e

g) por fim, apurou-se o desempenho da empresa CORSAN, em relação as medianas calculadas no estudo de padronização de indicadores.

Para uma melhor análise dos indicadores de cada empresa, frente ao padrão estabelecido, as 14 empresas de Saneamento Básico estudadas foram dividas em dois grupos, conforme as regiões de cada uma, ficando a divisão da seguinte maneira:

a) Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste:

Companhia de Águas e Esgotos do Rio Grande do Norte (CAERN)

Companhia de Saneamento do Distrito Federal (CAESB)

Companhia de Água e Esgoto do Ceará (CAGECE)

Companhia de Água e Esgoto da Paraíba (CAGEPA)

Empresa Baiana de Águas e Saneamento S.A. (EMBASA)

Saneamento de Goiás S.A. (SANEAGO)

Empresa de Saneamento de Mato Grosso S.A. (SANESUL)

b) Regiões Sul e Sudeste:

Companhia Catarinense de Águas e Saneamento (CASAN)

Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro (CEDAE)

Companhia Espírito Santense de Saneamento (CESAN)

Companhia de Saneamento de Minas Gerais (COPASA)

Companhia Riograndense de Saneamento (CORSAN)

Companhia Saneamento Básico Estado São Paulo (SABESP)

Companhia de Saneamento do Paraná (SANEPAR)

Foram selecionados os seguintes índices para análise das empresas, originários da base de dados do SNIS: Liquidez Corrente; Liquidez Geral; Composição de Exigibilidades; Grau de Endividamento; e Retorno sobre o Patrimônio Líquido.

Após cálculo de cada índice para o período de 1997 a 2006 foi elaborada a mediana para cada ano das empresas em seu grupo. Observa-se que em duas situações os indicadores de retorno sobre o patrimônio líquido foram zerados para não prejudicar a disposição gráfica em função de indicadores fora da normalidade. Adotou-se tal procedimento na empresa SANESUL, em 1999, que alcançou -63,06 %, e na empresa CE-DAE, em 2002, que alcançou -80,31%.

Apresenta-se a seguir a Tabela 2, contendo o comportamento dos indicadores padrões em função de cada região do Brasil. Vale lembrar que na metodologia descrita por Matarazzo (2003) a mediana representa uma situação dada como satisfatória, porém não deve ser utilizada como única medida de avaliação da situação econômico-financeira de uma organização. A tabela abaixo apresenta a média das medianas de cada ano, sinalizando, portanto, o indicador padrão considerando o período de 1997 a 2006.

TABELA 2 – Média das Medianas

	Norte, Nordeste e Centro-Oeste	Sul e Sudeste
Liquidez Corrente	0,98	0,79
Liquidez Geral	0,33	0,21
Composição de Exigibilidades	25,38%	22,59%
Grau de Endividamento	0,36	0,5
Retorno Sobre Patrimônio Líquido	0,16%	-2,26%

2.3.4 Cálculo do Fator de Insolvência de Kanitz

Considerando a impossibilidade de aplicação de técnicas estatísticas capazes de gerar os pesos de cada indicador e avaliar globalmente

cada empresa, pois a quantidade de empresas não representa uma grande população, optou-se em aplicar o fator de Kanitz para extrair informações suportadas por conceitos à sua situação econômico-financeira.

Para algumas empresas não foi possível a aplicação do cálculo do indicador de Kanitz, pois não foram disponibilizadas suas demonstrações contábeis. Não foi possível, também, aproveitar as informações do SNIS para o cálculo do Kanitz para as empresas que não disponibilizaram as demonstrações contábeis, visto que o SNIS não apresenta em sua base de dados todos os indicadores necessários para o cálculo do índice de Kanitz. Considerando os índices necessários para o cálculo do índice de Kanitz, foram calculados adicionalmente, aos já calculados para os indicadores padrão, os indicadores de Liquidez Seca. A Tabela a seguir apresenta a situação das empresas, segundo o índice de Kanitz, que pode ser Insolvente, Penumbra ou Solvente. O índice de Kanitz para a maioria das empresas no período apresenta situação de solvência. Mesmo com baixa rentabilidade mediana, mas com liquidez e endividamento mediano mais favorável, as empresas acabam detendo situação confortável de solvência e, por isso, mantendo-se no seu mercado ao longo do tempo. Somente duas empresas apresentam, isoladamente, situação desfavorável, a SA-NEAGO (penumbra em 1998) e a SANESUL (penumbra em 1999).

TABELA 3 – Situação das Empresas – Indicador de Kanitz

	CASAN	CEDAE	CESAN	COPASA	CORSAN	SABESP	SANEPAR	CAERN	CAESB	CAGECE	CAGEPA	EMBASA	SANEAG0	SANESUL
Situação em 1997	-	Solvente	-	-	Solvente	Solvente	Solvente		-	Solvente	-	-	-	Solvente
Situação em 1998	-	Solvente	-	-	Solvente	Solvente	Solvente		-	Solvente	-	Solvente	Penumbra	Solvente
Situação em 1999	-	Solvente	-	-	Solvente	Solvente	Solvente		-	Solvente		Solvente	Solvente	Penumbra
Situação em 2000		Solvente	-	Solvente	Solvente	Solvente	Solvente			Solvente		Solvente	Solvente	Solvente
Situação em 2001		Solvente	-	Solvente		Solvente	Solvente	Solvente						
Situação em 2002		Solvente	-	Solvente										
Situação em 2003	Solvente													
Situação em 2004	Solvente													
Situação em 2005	Solvente													
Situação em 2006	Solvente													

2.3.5 Análise dos Indicadores da Companhia Riograndense de Saneamento (CORSAN)

Apresenta-se, a seguir, a análise dos indicadores da CORSAN em relação aos padrões auferidos para o período de 1997 a 2006.

2.3.5.1 Liquidez Corrente – CORSAN

Na Região Sul e Sudeste, a CORSAN representou a mediana somente no ano de 1999. Nos anos de 1997, 1998 e 2001 apresenta índice superior à mediana. Destaca-se que, na sequência dos anos de 2002 a 2006, a CORSAN está sempre abaixo da mediana de sua região.

Os índices da CORSAN em relação à Região Norte, Nordeste e Centro-Oeste obtiveram índice superior à mediana somente nos anos de 1997 e 1998, nos demais anos esteve sempre abaixo da mediana.

Para todo o período, a média dos indicadores da CORSAN foi de 0,70, enquanto que a média da mediana da Região Norte, Nordeste e Centro-Oeste foi 0,98 e da Região Sul e Sudeste foi 0,79.

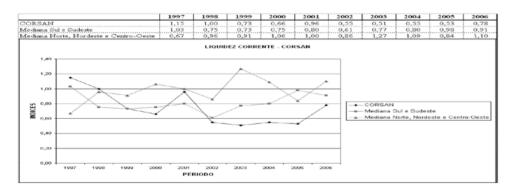


FIGURA 1 – Gráfico de Liquidez Corrente – CORSAN³

2.3.5.2 Liquidez Geral – CORSAN

Com exceção dos anos de 2001 e 2004, em que o índice da CORSAN se igualou à mediana da Região Norte, Nordeste e Centro-Oeste, nos demais anos o índice da CORSAN esteve abaixo das medianas dessa região. A CORSAN, em relação à Região Sul e Sudeste, representou a mediana nos anos de 1999, 2002, 2003 e 2005. Somente nos anos de 2000 e 2006 a mediana da região é maior que os da CORSAN. Para todo o período, a média dos indicadores da CORSAN foi de 0,24, enquanto que a média da mediana da Região Norte, Nordeste e Centro-Oeste foi 0,33 e da Região Sul e Sudeste foi 0,21.

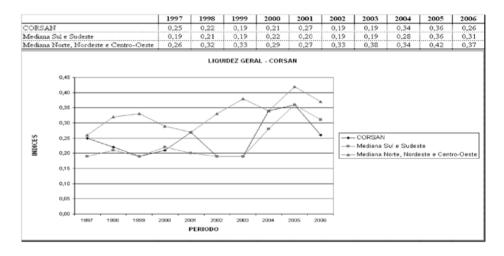


FIGURA 2 – Gráfico de Liquidez Geral – CORSAN⁴

2.3.5.3 Composição de Exigibilidades - CORSAN

A CORSAN apresentou em 1997 e 1998 índices abaixo das medianas das regiões em estudo. A partir dos anos de 1999 as medianas das regiões, bem como os índices da CORSAN, são muitos semelhantes, com declínio da mediana da Região Sul e Sudeste nos anos de 2005 e

³ Elaborado pelo autor com base nas Demonstrações Contábeis Originais e SNIS, 2008.

⁴ Elaborado pelo autor com base nas Demonstrações Contábeis Originais e SNIS, 2008.

2006. Para todo o período, a média dos indicadores da CORSAN foi de 72%, enquanto que a média da mediana da Região Norte, Nordeste e Centro-Oeste foi 36% e da Região Sul e Sudeste foi 50%.

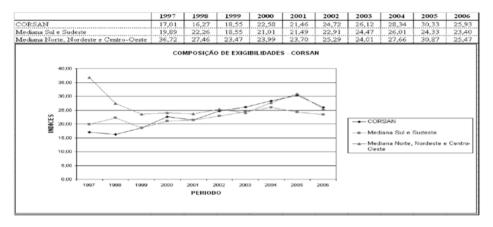


FIGURA 3 – Gráfico Composição de Exigibilidades – CORSAN⁵

2.3.5.4 Grau de Endividamento - CORSAN

O grau de endividamento das medianas das regiões, bem como da CORSAN, ocupam faixas, distintas de desempenho, não se cruzando no período. A CORSAN sempre esteve com seu índice acima das medianas das regiões, sendo que na maioria dos anos esteve muito acima, demonstrando o maior endividamento da companhia em relação às medianas do setor. A Região Norte, Nordeste e Centro-Oeste aparece com medianas que representam empresas com menor endividamento do setor. Para todo o período, a média dos indicadores da CORSAN foi de 0,72, enquanto que a média da mediana da Região Norte, Nordeste e Centro-Oeste foi 0,36 e da Região Sul e Sudeste foi 0,50.

FIGURA 4 – Gráfico Grau de Endividamento – CORSAN⁶

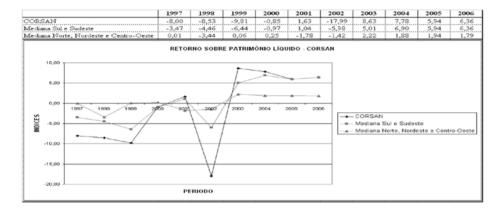
2.3.5.5 Retorno sobre o Patrimônio Líquido - CORSAN

As medianas das regiões em estudo, bem como da CORSAN, apresentam-se, em sua maioria, como negativas até o ano de 2000. Nos anos de 2001 e 2002 foram inconstantes e, a partir de 2003, as medianas do setor e o índice da CORSAN se recuperaram. A CORSAN aparece com índice acima da mediana das regiões em 2003 e 2004, sendo que em 2005 e 2006 representa a mediana de sua região. Destaca-se que após o ano de 2003, com a recuperação das medianas negativas, a Região Norte, Nordeste e Centro-Oeste apresenta índices positivos e próximos, porém muito distante da mediana da Região Sul e Sudeste e da CORSAN. Para todo o período, a média dos indicadores da CORSAN foi de 0,39 %, enquanto que a média da mediana da Região Norte, Nordeste e Centro-Oeste foi 0,16% e da Região Sul e Sudeste foi -2,26%.

^{1998 | 1999 | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006} CORSAN 0.82 0.83 Mediana Sul e Sudeste 0.50 0.54 0,53 0.48 0.47 0.59 0,45 Mediana Norte, Nordeste e Centro-Oeste 0.34 GRAU DE ENDIVIDAMENTO - CORSAN → CORSAN → Mediana Norte, Nordeste e Centro

⁵ Elaborado pelo autor com base nas Demonstrações Contábeis Originais e SNIS, 2008.

⁶ Elaborado pelo autor com base nas Demonstrações Contábeis Originais e SNIS, 2008.



 $\label{eq:FIGURA5-Gráfico} FIGURA5-Gráfico Retorno sobre o Patrimônio Líquido-CORSAN^7$

3 CONCLUSÕES

A finalidade do presente trabalho foi apresentar uma proposta de padronização de indicadores econômico-financeiros para as empresas concessionárias estaduais dos serviços de saneamento básico dos estados brasileiros. Destaca-se a dificuldade de se obter as demonstrações contábeis das empresas do setor, pois, conforme informação do *site* da Associação das Empresas de Saneamento Básico Estaduais (AESBE), são 24 empresas deste ramo associadas e neste trabalho se teve acesso às demonstrações contábeis pela internet de somente 14 empresas. Para o estudo aplicado, quanto maior o número de empresas mais representativo se tornam os indicadores padrões apurados. Considerando a quantidade limitada de empresas do setor, essas não foram segmentadas em função de alguma variável que pudesse determinar o tamanho das mesmas em grandes, médias e pequenas.

Destaca-se a dificuldade na pesquisa bibliografia para acessar metodologias para fins de elaborar indicadores padrões. A doutrina que indicou um método mais claro e abrangente foi a do autor Matarazzo (2003). Assim, o método escolhido para desenvolver a pesquisa foi o de Matarazzo, que serviu de base para elaborar os indicadores padrões, porém não foi possível aplicar todo o método descrito pelo autor, em função da pequena quantidade de empresas que pertencem ao setor. Porém, se manteve a mediana como parâmetro, considerada pelo autor como medida de desempenho satisfatória, embora não seja o único critério de avaliação de desempenho econômico-financeiro.

Das 14 empresas estudadas, não foi possível acessar as demonstrações contábeis de todos os anos para fins de análise de algumas empresas, considerando o período de 1997 a 2006. Assim, utilizou-se a base de dados do Sistema de Informação sobre Saneamento (SNIS), que apresenta indicadores econômico-financeiros, sendo fundamental para o desenvolvimento do trabalho.

Foi de grande importância a validação da base de dados do SNIS, já que essa base de dados tende a passar por um processo de descontinuidade de uso, uma vez que deve ser substituída pelo Sistema Nacional de Informações em Saneamento (SINISA) conforme previsão na Lei n°.11.445/07.

A composição dos indicadores padrões, elaborados para cada ano do período de 1997 a 2006, tomou por referência a mediana do conjunto de empresas que representavam duas regiões: a) Norte, Nordeste e Centro-Oeste; e b) Sul e Sudeste.

Apresentou-se a apuração da média das medianas do período por região, sendo que os índices de liquidez da Região Norte, Nordeste e Centro-Oeste são melhores que da Região Sul e Sudeste. Os índices de endividamento e composição de exigibilidades é mais favorável à Região Sul e Sudeste, já o grau de endividamento representa a Região Norte, Nordeste e Centro-Oeste como a menos endividada. Quanto ao índice de rentabilidade, a Região Sul e Sudeste apresenta índice negativo e a Região Norte, Nordeste e Centro-Oeste próximo de zero. As duas regiões foram muito impactadas por elevadas rentabilidades negativas do período 1997 a 2002, sendo que a partir do ano de 2003 ocorreram importantes rentabilidades positivas.

⁷ Elaborado pelo autor com base nas Demonstrações Contábeis Originais e SNIS, 2008.

Apurou-se no trabalho, também, o indicador de Kanitz buscando atingir conceitos ao conjunto de índices, já que não foi possível conceituar os índices na apuração dos indicadores padrões em função da limitação do método aplicado. Aplicando o método de Kanitz, a grande maioria das empresas encontra-se em situação de solvência. Por fim avaliou-se o desempenho da CORSAN, onde se observou:

- a) na Liquidez Corrente para todo o período, a média dos indicadores da CORSAN foi de 0,70, enquanto que a média da mediana da Região Norte, Nordeste e Centro-Oeste foi 0,98 e da Região Sul e Sudeste foi 0,79;
- b) na Liquidez Geral para todo o período, a média dos indicadores da CORSAN foi de 0,24, enquanto que a média da mediana da Região Norte, Nordeste e Centro-Oeste foi 0,33 e da Região Sul e Sudeste foi 0,21;
- c) na Composição da Exigibilidade para todo o período, a média dos indicadores da CORSAN foi de 23,65%, enquanto que a média da mediana da Região Norte, Nordeste e Centro-Oeste foi 25,38% e da Região Sul e Sudeste foi 22,59%;
- d) no Grau de Endividamento para todo o período, a média dos indicadores da CORSAN foi de 72%, enquanto que a média da mediana da Região Norte, Nordeste e Centro-Oeste foi 36% e da Região Sul e Sudeste foi 50%; e
- e) no Retorno sobre o Patrimônio Líquido para todo o período, a média dos indicadores da CORSAN foi de 0,39 %, enquanto que a média da mediana da Região Norte, Nordeste e Centro-Oeste foi 0,16% e da Região Sul e Sudeste foi -2,26%.

Com o final da pesquisa podem-se observar os indicadores padrões das regiões e os indicadores de diversas concessionárias, que poderão servir de base às Agências Reguladoras, bem como aos Municípios que atuam como Poder Concedente e demais agentes interessados em acompanhar o desempenho das empresas de Saneamento Básico, monitorando a sua contabilidade.

As análises que ainda podem ser feitas com o material produzido nesse trabalho são ainda mais abrangentes e variadas, dependendo do objetivo da análise. O artigo avaliou somente a empresa CORSAN em relação aos padrões, sendo que o mesmo pode ser feito para cada empresa que se inclua no cálculo dos indicadores padrões. Assim, esse trabalho, ao ser acessado pelas Concessionárias Estaduais e pelas Agências de Regulação, poderá produzir objetivos práticos, uma vez que será de uso desses agentes para melhor compreenderem os desempenhos das empresas e monitorá-las adequadamente.

REFERÊNCIAS

ALVES, Magda. **Como Escrever Teses e Monografias**: um roteiro passo a passo. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à Metodologia do Trabalho Científico**: elaboração de trabalhos na graduação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ASSAF NETO, Alexandre. **Estrutura e Análise de Balanços**: um enfoque econômico-financeiro. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

BEUREN, Ilse Maria. Como Elaborar Trabalhos Monográficos em Contabilidade: teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre a sociedade por ações. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 de dezembro de 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br Acesso em: 13 abr. 2008.

Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para saneamento básico. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 de janeiro de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br Acesso em: 04 mar. 2008.

Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007. Altera e revoga dispositivos da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 de dezembro de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br Acesso em: 07 jun. 2008.

FRANCO, Hilário. **Estrutura, Análise e Interpretação de Balanços**: de acordo com a Lei das S.A. 15. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

IUDÍCIBUS, Sérgio de. **Análise de Balanços**: análise da liquidez e do endividamento, análise do giro, rentabilidade e alavancagem financeira. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MARION, José Carlos. **Análise das Demonstrações Contábeis**: contabilidade empresarial. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006

MARTINS, Gilberto de Andrade. **Manual Para Elaboração de Monografias e Dissertações**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MATARAZZO, Dante Carmine. **Análise Financeira de Balanços**: abordagem básica e gerencial. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRANDA, Ernani Ciriaco de. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS. In: GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro; SILVA, Alexandre Caetano da. **Regulação**: indicadores para a prestação de serviços de água e esgoto. 2 ed. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2006. p. 1-204.

PEREZ JUNIOR, José Hernandez; BEGALLI, Glauco Antônio. **Elaboração das Demonstrações Contábeis**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

REHBEIN, Airton R.; GONÇALVES, Odair. Avaliação do Desempenho Econômico-financeiro das Operadoras do Transporte Público Intermunicipal de Passageiros do Estado do Rio Grande do Sul. **Marco Regulatório**, Porto Alegre, n. 10, p. 11-22, mar. 2008.

RIBEIRO, Osni Moura. **Estrutura e Análise de Balanços**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, Antônio Carlos Ribeiro da. Metodologia da Pesquisa Aplica-

da à Contabilidade: orientações de estudos, projetos, relatórios, monografias, dissertações, teses. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, Ricardo Toledo. Aspectos Conceituais e Teóricos. In: GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro; SILVA, Alexandre Caetano da. **Regulação**: indicadores para a prestação de serviços de água e esgoto. 2 ed. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2006. p. 1-204.

A UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ENERGIA ELÉTRICA NO RIO GRANDE DO SUL

Miriam Suzana Rodrigues Schwarzbach¹
Eleonora da Silva Martins²
Luciano Schumacher Santa Maria³

1 INTRODUÇÃO

A universalização do fornecimento de energia elétrica está prevista na Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, que tornou obrigatório o atendimento gratuito, por parte das concessionárias de energia elétrica, dos pedidos de fornecimento de energia que atendessem aos critérios estabelecidos na legislação.

O objetivo dessa lei foi implementar mecanismos que garantissem o atendimento o mais amplo possível do mercado de energia elétrica. Para atendimento das áreas rurais, com maior extensão de rede a ser executada, foi criado, através do Decreto nº 4.873, de 11 de novembro de 2003, o Programa Luz Para Todos, parte dele financiado com recursos a fundo perdido provenientes da Conta de Desenvolvimento Energético (CDE). Desta forma, foi amenizado o impacto tarifário decorrente da universalização.

A fiscalização do cumprimento das metas da universalização das concessionárias do Rio Grande do Sul foi realizada pela Agência Estadual de

39

¹ Mestre em Recursos Hídricos, Especialista em Regulação e Técnica Superior da AGERGS.

² Especialista em Regulação e Técnica Superior da AGERGS.

³ Especialista em Regulação e Conselheiro da AGERGS.

Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGER-GS), em convênio com a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Já foram fiscalizadas todas as oito concessionárias de distribuição de energia elétrica do Estado: Distribuidora Gaúcha de Energia S/A (AES SUL), Companhia Estadual de Distribuição de Energia Elétrica (CEEE-D), Departamento Municipal de Energia de Ijuí (DEMEI), Centrais Elétricas de Carazinho S/A (ELETROCAR), Hidroelétrica Panambi S/A (HIDROPAN), Muxfeldt Marin & Cia. Ltda. (MUX ENERGIA), Rio Grande Energia S/A (RGE) e Usina Hidroelétrica Nova Palma Ltda. (UHENPAL).

O presente trabalho expõe uma análise da legislação de universalização da energia elétrica, a metodologia aplicada na fiscalização das metas de universalização e os resultados obtidos destas fiscalizações.

2 HISTÓRICO

A concepção de universalização do fornecimento de energia elétrica já era prevista no Decreto nº 41.019/1957, o qual estabelecia que cabia às concessionárias a totalidade dos custos das ligações que ficassem dentro de limites configurados em plantas estabelecidas de comum acordo com as Prefeituras Municipais e aprovados pela fiscalização exercida, na época, pela Divisão de Águas do Departamento Nacional da Produção Mineral do Ministério da Agricultura. Fora destes limites, a responsabilidade da concessionária se restringia ao custo limite de três vezes e meia a receita anual estimada do novo consumo.

Este Decreto foi modificado pelo Decreto nº 83.269/1979, o qual estabelecia que as concessionárias arcariam com a totalidade dos custos das ligações que ficassem dentro de limites por elas calculados, obedecendo normas do Departamento de Águas e Energia Elétrica (DNAEE). Além destes limites, a execução das obras necessárias ficaria condicionada ao recebimento de contribuição, por parte do interessado, no valor correspondente entre o custo da obra e o limite de investimento de responsabilidade do concessionário.

Uma terceira modificação na concepção de universalização foi introduzida pelo Decreto nº 98.335/1989, que estabeleceu que os encargos de responsabilidade do concessionário e do consumidor, decorrentes do atendimento de novas ligações, acréscimos ou decréscimos de carga, dependentes ou não de obras no sistema elétrico, deveriam ser definidos em ato do DNAEE. Ao estabelecer estes encargos, o DNAEE deveria levar em conta os investimentos na expansão de capacidade do sistema elétrico, considerando o país como um todo, de modo a não acarretar acréscimo ao custo total do serviço do setor elétrico, superior ao acréscimo à receita, decorrentes dos demais investimentos.

A atual legislação tem como base a Lei nº 10.438/2002, a qual define universalização como o atendimento de metas estabelecidas pela ANE-EL a cada concessionária, cujo cumprimento será verificado pela Agência Reguladora, em periodicidade no máximo igual à estabelecida nos contratos de concessão para cada revisão tarifária. É prevista a penalidade de redução tarifária no caso de descumprimento das metas estabelecidas. É possibilitada, ao consumidor, a antecipação do atendimento, financiando em todo ou em parte as obras necessárias, devendo o valor ser restituído pela concessionária após a carência do prazo igual ao que seria necessário ao atendimento sem ônus. A lei ainda cria a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE) como uma das fontes de financiamento da universalização. Os recursos da CDE advêm dos pagamentos anuais realizados a título de uso de bem público, das multas aplicadas pela ANEEL a concessionários, permissionários e autorizados e das quotas anuais pagas por todos os agentes que comercializam energia com o consumidor final, mediante encargo tarifário incluído nas tarifas de uso dos sistemas de transmissão ou de distribuição.

Observe-se que a Lei nº 10.438/2002 não previa, no texto original, nenhuma restrição referente ao direito do atendimento sem ônus ao consumidor. Pela formatação original, seriam atendidos sem ônus até mesmo os grandes consumidores, cujas obras de extensão de rede teriam os custos rateados entre todos os usuários do setor elétrico, onerando o valor da tarifa, com risco de excluir do mercado aqueles consumidores

de menor poder aquisitivo. Para corrigir esta distorção, foi publicada a Lei nº 10.762, de 11 de novembro de 2003, que restringiu o atendimento sem ônus àqueles pedidos de nova ligação referentes a unidades consumidoras do Grupo B (baixa tensão) e carga instalada de até 50 kW. Exclui, também, do atendimento sem ônus o subgrupo iluminação pública e as solicitações de aumento de carga.

Outra medida que foi implantada visando reduzir o impacto dos custos da universalização na tarifa de energia elétrica foi a instituição Programa Luz para Todos (PLT), através do Decreto nº 4873/2003. O PLT é destinado à universalização no meio rural, com recursos da Conta de Desenvolvimento Energético (CDE) e da Reserva Global de Reversão (RGR). A coordenação do PLT ficou a cargo do Ministério das Minas e Energia. As prioridades do PLT são:

- a) Projetos de eletrificação rural paralisados, por falta de recursos, que atendam comunidades e povoados rurais;
- b) Municípios com Índice de Atendimento a Domicílios inferior a 85%, calculado com base no Censo 2000;
- c) Municípios com Índice de Desenvolvimento Humano inferior à média estadual;
- d) Comunidades atingidas por barragens de usinas hidrelétricas ou por obras do sistema elétrico;
- e) Projetos que enfoquem o uso produtivo da energia elétrica e que fomentem o desenvolvimento local integrado;
- f) Escolas públicas, postos de saúde e poços de abastecimento d'água;
 - g) Assentamentos rurais;
- h) Projetos para o desenvolvimento da agricultura familiar ou de atividades de artesanato de base familiar;
 - i) Atendimento de pequenos e médios agricultores;
- j) Populações do entorno de Unidades de Conservação da Natureza; e

k) Populações em áreas de uso específico de comunidades especiais, tais como minorias raciais, comunidades remanescentes de quilombos e comunidades extrativistas.

O horizonte (ano final) para implantação do PLT foi estabelecido, inicialmente, para o ano de 2008 e ampliado para 2010 através do Decreto nº 6442, de 25 de abril de 2008 e, posteriormente, para 2011, através do Decreto nº 7324, de 05 de outubro de 2010. A prorrogação prevista pelo Decreto nº 7324/2010 tem como objetivo garantir a finalização das ligações destinadas ao atendimento de energia elétrica, que tenham sido contratadas ou estejam e processo de contratação, até 30 de outubro de 2010.

3 RESOLUÇÃO ANEEL 223/2003

A legislação federal foi regulamentada pela ANEEL através da Resolução ANEEL nº 223, de 29 de abril de 2003. A versão original da Resolução nº 223/2003 não estabelecia limite de carga instalada ou tensão de fornecimento. A universalização era considerada o atendimento de todos os pedidos de fornecimento, sem ônus para o solicitante. Foi estabelecido o horizonte (ano limite) de universalização a ser aplicado a cada município, variável conforme os índices de atendimento estimados com base no censo do IBGE. Foram determinadas regras de antecipação do atendimento pelo consumidor, bem como da devolução dos valores pagos pelo mesmo para antecipação do atendimento. O coeficiente redutor a ser aplicado na tarifa, no caso de descumprimento das metas de universalização, variava, originalmente, entre 0,90 e 0,97, e era função do percentual de municípios cujas metas de universalização não fossem atendidas em relação ao total de municípios da área de concessão. Foram excluídos da universalização, além das obras de iluminação pública já previstas na legislação, os lotes urbanos situados em loteamentos, as ligações provisórias e as áreas em processo de regularização.

Com as mudanças posteriores na Lei nº 10.438/2002, foram introduzidas alterações na Resolução nº 223/2003, quais sejam:

- a) Resolução ANEEL nº 052, de 25/03/2004, estabelece os limites de grupo B e carga instalada até 50 kW, para inclusão nas regras da universalização sem ônus. Foram excluídos da universalização sem ônus os pedidos de aumento de carga;
- b) Resolução ANEEL nº 154, de 28/03/2005, altera a definição de solicitante (da ligação de energia elétrica), incluindo os limites de tensão e carga instalada, compatibilizando-a com as restrições estabelecidas na Lei nº 10.762/2003⁴;
- c) Resolução Normativa ANEEL nº 175, de 28/11/2005, estabelece condições de revisão dos planos de universalização visando antecipação das metas. Estabelece que a concessionária que tenha firmado Termo de Compromisso com o PLT deverá antecipar as metas de universalização até o ano de 2008. Entretanto, estabelece o limite do impacto tarifário desta antecipação em 8%. A Resolução ANEEL 175/2005 foi alterada pela Resolução Normativa nº 365, de 19 de maio de 2009, que prorrogou as metas de universalização das concessionárias e permissionárias de distribuição de energia elétrica, no âmbito do PLT, para o biênio 2009-2010;
- d) Resolução Normativa ANEEL nº 238, de 28/11/2006, altera o critério de aplicação das penalidades estabelecidas no art. 14 da Resolução nº 223/2003. Exclui do cômputo das ligações não realizadas aquelas que ultrapassem a restrição de 8% de impacto tarifário e aqueles cujos valores forem superiores a três vezes o valor do custo unitário contratado no PLT. O cálculo da penalidade deixa de ser função do percentual de municípios não atendidos para ser função do total de pedidos acumulados não realizados (TNR), calculados como sendo a diferença entre o total de pedidos acumulados atendidos menos a meta acumulada. Este cálculo é feito em separado para as unidades consumidoras urbanas e as rurais, sendo que os dois TNR (urbano e rural) não se compensam. No cálculo

⁴ A versão original da Resolução ANEEL nº 223/2003 definia solicitante como "[...] pessoa física ou jurídica, ou comunhão de fato ou de direito, legalmente representada, que efetuar Pedido de Fornecimento de Energia Elétrica [...]". A partir da Resolução ANEEL nº 154/2005 este conceito foi alterado para "[...] pessoa física ou jurídica, ou comunhão de fato ou de direito, legalmente representada, que efetuar Pedido de Fornecimento de Energia Elétrica caracterizado como nova ligação para unidade consumidora cuja carga instalada seja menor ou igual a 50 kW, com enquadramento no Grupo B, que possa ser efetivada em tensão inferior a 2,3 kV, ainda que seja necessário realizar reforço, melhoramento ou extensão de rede em tensão igual ou inferior a 138 kV [...]".

do TNR rural são contabilizadas as ligações realizadas com recursos próprios e com recursos do PLT;

- e) Resolução Normativa ANEEL nº 368/2009, que procede a uniformização do tratamento concedido aos pedidos de ligação e aumento de carga cujos atendimentos tenham se efetivado com recursos antecipados do consumidor, no interregno entre a publicação da Resolução nº 223, de 29 de abril de 2003, e da Lei nº 10.762, de 11 de novembro de 2003; e
- f) Resolução Normativa ANEEL nº 397, de 02/03/2010, que limita o valor total da penalidade de redução tarifária em até 2% (dois por cento) do faturamento da distribuidora, correspondente aos últimos doze meses anteriores à publicação do Despacho que informar a apuração do número de pedidos de fornecimento não atendidos.

O atendimento das unidades consumidoras não incluídas nos critérios da universalização é regido pela Resolução ANEEL nº 250/2007, que estabelece procedimentos para fixação do encargo de responsabilidade da concessionária e para cálculo da participação financeira do consumidor nos custos das obras de extensão ou reforço de rede.

4 DA FISCALIZAÇÃO DA UNIVERSALIZAÇÃO

A fiscalização da universalização foi realizada em duas etapas distintas: na primeira, foi fiscalizado o cumprimento das metas da universalização e, na segunda, os procedimentos para atendimento dos pedidos de fornecimento com obra de extensão e rede. Estes procedimentos estão estabelecidos principalmente no artigo 28 da Resolução ANEEL nº 456/2000, que determina prazos para realização dos estudos e projetos das extensões de redes, para resposta por escrito ao pedido de fornecimento do consumidor (detalhando as informações sobre a obra) além do prazo para início das obras de fornecimento.

Previamente à fiscalização, são solicitadas, às concessionárias, informações como:

- relação das ligações executadas, com ou sem obras, e o respectivo plano de universalização (urbano, rural com recursos próprios ou PLT). A partir desta relação, são sorteadas três amostras, uma para cada plano de universalização, as quais servirão como base para a fiscalização do cumprimento das metas de universalização (etapa 1); e

- relação dos pedidos de fornecimento, informando se os mesmos foram ou não atendidos, se foi necessária obra ou não para o atendimento e qual o plano de universalização. A partir desta relação, é sorteada uma amostra para a qual serão fiscalizados os procedimentos de atendimento dos pedidos de fornecimento (etapa 2).

As amostragens são realizadas de acordo com regras estatísticas, conforme a NBC-T11 – Normas de Auditoria Independente das Demonstrações Contábeis, mais especificamente a NBC-T11.11, que estabelece: "Ao determinar a extensão de um teste de auditoria ou método de seleção de itens a testar, o auditor pode empregar técnicas de amostragem." A escolha do quantitativo da amostra de ligações foi feita considerando a função distribuição de probabilidade normal, com intervalo de confiança de 95%. O erro padrão da estimativa adotado para o sorteio das amostras da primeira etapa das fiscalizações foi de 5% e, para a segunda etapa, de 10%.

A seguir, serão detalhados os procedimentos adotados nas duas etapas de fiscalização.

4.1 ETAPA I – VERIFICAÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS METAS

Realizaram-se consultas no sistema comercial das concessionárias, para validação das informações fornecidas, através do preenchimento de um *check-list* com as seguintes verificações:

- carga instalada $\leq 50 \text{ kW}$;
- classificação grupo "B";
- data da ligação;

- verificação se a residência não havia sido ligada anteriormente (caso em que não seria nova ligação e, portanto, não seria enquadrado na universalização);
 - verificação se houve faturamento; e
 - comprovação do efetivo fornecimento de energia.

A partir do *check-list*, verificou-se a quantidade de ligações efetuadas dentro do Programa Anual de Expansão do Atendimento, sendo consideradas não conformes aquelas ligações que não atenderam aos requisitos da universalização, estabelecidos na Resolução ANEEL nº 223/2003, ou que não foram realizadas.

A quantidade de divergências encontradas foi extrapolada para o universo, sendo que o valor considerado para o cálculo das ligações não realizadas foi a média entre os limites inferiores e superiores de controle.

4.2 ETAPA II – PROCEDIMENTOS PARA O ATENDIMENTO COMERCIAL

A equipe de fiscalização analisou a documentação dos processos de solicitações de ligação que necessitaram de execução de obras para o atendimento, verificando os seguintes itens:

- data do pedido de fornecimento;
- data da correspondência, informando o prazo de início e previsão de conclusão das obras necessárias para atendimento, ou o prazo para atendimento, sem ônus de qualquer espécie para o interessado, obedecendo ao Plano de Universalização, aprovado pela ANEEL;
 - registro do recebimento da correspondência pelo solicitante;
 - data do início e do final das obras;
 - data da ligação; e
 - antecipações de recursos por parte do consumidor.

5 RESULTADOS OBTIDOS

O panorama, em termos de metas de universalização das oito concessionárias gaúchas, é o que se segue:

TABELA 1 – Metas de Universalização

Concessionária	Horizonte	Metas acumuladas por plano de universalização				
		Urbano	Rural	PLT		
AES-SUL	2006	29.438	2.878	10.375		
CEEE-D	2006	47.738	18.021	5.602		
DEMEI ¹	2004	-	-	-		
ELETROCAR	2005	637	347	43		
HIDROPAN ²	2004	533				
MUX ENERGIA	2004	340	16	0		
NOVA PALMA	2004	47	153	160		
RGE	2006	11.712	2.035	8.424		

¹ O DEMEI já estava universalizado antes de 2004, motivo pelo qual não foram fixadas metas de universalização.

Como resultado das fiscalizações, obtivemos o seguinte número de ligações validadas⁵:

TABELA 2 – Número de Ligações

Concessionária		ligações reali iversalização horizonte	TNR - Total Não Realizado ¹		
	Urbano	Rural	PLT	Urbano	Rural + PLT
AES-SUL	30.744	5.471	8.760	0	0
CEEE-D	76.099	7.895	6.513	0	9.215
DEMEI ²	100%	-	-	0	-
ELETROCAR	590	106	22	47	262
HIDROPAN		782	0	0	
MUX ENERGIA	486	0	0	0	16
NOVA PALMA ³	242	73	3	0	237
RGE	32.933	9.416	7.321	0	0

¹ Diferença entre as metas e o total realizado.

Embora tenha havido TNR para algumas concessionárias, a fiscalização concluiu que não era cabível a aplicação da penalidade de redução tarifária, uma vez que:

- 1. no caso da Mux Energia, não haviam pedidos de fornecimento não atendidos na área rural;
- 2. no caso da Usina Hidrelétrica Nova Palma, todos os pedidos de fornecimento realizados foram atendidos. Além disto, as metas foram

² No caso da HIDROPAN, as metas definidas pela ANEEL não foram classificadas de acordo com o plano de universalização.

² Como a área de concessão do DEMEI é 100% urbana, não houve pedidos atendidos na área rural. Foram atendidos os 5309 pedidos de fornecimento informados entre 2004 e 2007.

³ A NOVA PALMA informou ter ligado 310 novas unidades consumidoras após o ano de universalização, através do PLT, donde se conclui que houve atraso na implementação do plano para esta concessionária.

⁵ Número de ligações informadas pelas concessionárias excluindo as divergências encontradas quando da etapa 1 da fiscalização.

estabelecidas com relação ao número de pedidos de ligação que exigem realização de extensão de rede primária (interpretadas pela ANEEL como rurais) e secundária (interpretadas pela ANEEL como urbanas), sendo que existem ligações rurais que exigem extensão de rede secundária, e vice-versa, fato que pode ter originado o descolamento entre as metas reais e as exigidas pela fiscalização;

- 3. no caso da ELETROCAR, todos os pedidos de fornecimento realizados foram atendidos; e
- 4. no caso da CEEE-D, todos os pedidos não atendidos na área rural foram repassados para o Programa Luz para Todos, com atendimento prorrogado até o ano de 2010.

Em relação ao atendimento dos procedimentos da universalização, verificou-se que todas as concessionárias de pequeno porte⁶ falham em não enviar correspondência ao consumidor informando sobre o prazo do atendimento e eventual custo da obra. Entretanto, como os pedidos de fornecimento foram atendidos em prazo muito curto, normalmente inferior a trinta dias, não foi emitido Auto de Infração referente ao descumprimento desta exigência legal. As concessionárias foram orientadas para corrigir o procedimento, devendo o mesmo ser fiscalizado *a posteriori*.

Para as três grandes concessionárias do Rio Grande do Sul (CEEED, RGE e AES-SUL), foram emitidos Autos de Infração relativos ao descumprimento dos procedimentos de atendimento dos pedidos de fornecimento, sendo que a concessionária RGE pagou o valor da multa sem apresentar recurso administrativo. No caso da concessionária CEEE-D, o Auto de Infração já foi julgado em última instância pela ANEEL, com redução da penalidade de multa originalmente calculada pela AGERGS, através do Despacho nº 1.555/2010. A AES-SUL também pagou o valor da multa, com redução da penalidade, após decisão do Conselho Superior da AGERGS.

6 ELETROCAR, DEMEI, HIDROPAN, MUX ENERGIA e NOVA PALMA.

6 DISCUSSÕES

Embora os procedimentos de universalização já tenham sido aprimorados, ainda restaram alguns questionamentos relativos à legislação em vigor. O principal questionamento derivou da interpretação do conceito de solicitante que consta da Resolução ANEEL nº 223/2003, qual seja:

Solicitante: pessoa física ou jurídica, ou comunhão de fato ou de direito, legalmente representada, que efetuar Pedido de Fornecimento de Energia Elétrica caracterizado como nova ligação para unidade consumidora <u>cuja carga instalada seja menor ou igual a 50 kW</u>, com enquadramento no Grupo B, que possa ser efetivada em tensão inferior a 2,3 kV, ainda que seja necessário realizar reforço, melhoramento ou extensão de rede em tensão igual ou inferior a 138 kV. (grifo nosso)

A inclusão do termo *carga instalada* foi interpretada, por algumas concessionárias, como sendo condição necessária, para o atendimento sem ônus, a obrigação, por parte do consumidor, de executar, previamente ao pedido de fornecimento, toda a instalação elétrica, mesmo não havendo rede pública disponível. A justificativa que as concessionárias apontavam, para tal restrição, era o fato de que alguns consumidores proprietários de terrenos estavam solicitando energia elétrica com a finalidade de valorizar o lote, sem nunca construir qualquer instalação elétrica.

Neste sentido, a AGERGS consultou à ANEEL, tendo sido respondido que a conclusão posterior das instalações internas pelo consumidor não desobriga à distribuidora de realizar o atendimento nos prazos regulamentares, dimensionando o mesmo de acordo com as informações prestadas pelo consumidor.

Outra lacuna da legislação é o fato de ainda não terem sido regulamentados, pela ANEEL, os procedimentos para determinação do valor a ser restituído a título de antecipação do atendimento, conforme determi-

na o parágrafo 5º do artigo 11 da Resolução ANEEL nº 223/2003: "[...] § 5º Os procedimentos para determinação do valor a ser restituído, quando a obra for executada pelo interessado, serão estabelecidos em regulamento específico."

Assim sendo, respeitados os critérios genéricos da legislação, cada concessionária poderia realizar o cálculo do valor a ser restituído de uma forma distinta. Neste sentido, a equipe de fiscalização da AGERGS tem orientado às concessionárias para proceder a devolução aos consumidores utilizando os mesmos critérios aplicados nas cobranças das dívidas dos mesmos, ou seja, não incidindo juro sobre juro⁷.

Por fim, é necessário colocar em discussão os casos dos loteamentos irregulares: se, por um lado, a Resolução ANEEL nº 223/2003 os exclui do atendimento sem ônus, por outro lado a realidade demonstra que nessas áreas vivem comunidades em situação de risco, cuja condição fica ainda mais agravada pela ausência de serviço público de energia elétrica, com a consequente prática do furto de energia.

REFERÊNCIAS

ANEEL. **Despacho nº 1.555**, de 01 de junho de 2010. Conhece do recurso interposto pela CEEE, face ao Auto de Infração GPE 002 de 2006, e no mérito, altera o enquadramento das Não - conformidades N.1 e N.2 do artigo 4º, para o artigo 3º, da Resolução Normativa ANEEL 063 de 12.05.2004, aplicando penalidade de advertência; desconstitui as Não - conformidades N.3 e N.8; mantém a Não - conformidade N.6, enquadrada no artigo 4º; e reduz a penalidade de multa. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/cedoc/dsp20101555.pdf Acesso em: 14 dez. 2010.

ANEEL. Resolução ANEEL nº 052, de 25 de março de 2004. Estabe-

lece as condições gerais para elaboração dos Planos de Universalização de Energia Elétrica visando ao atendimento de novas unidades consumidoras com carga instalada de até 50 kW, entre outros. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/cedoc/bren2004052.pdf Acesso em: 14 dez. 2010.

ANEEL. **Resolução ANEEL nº 154**, de 28 de março de 2005. Altera a definição do termo "Solicitante" e o prazo para envio da 3a parte dos Planos de Universalização de Energia Elétrica, estabelecidos nos artigos 2º e 6º da Resolução nº 223, de 29 de abril de 2003. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/cedoc/bren2005154.pdf Acesso em: 14 dez. 2010.

ANEEL. **Resolução ANEEL nº 175**, de 28 de novembro de 2005. Estabelece as condições para a revisão dos Planos de Universalização de Energia Elétrica, visando à prorrogação dos prazos de execução do Programa LUZ PARA TODOS, biênio 2009 - 2010, e dá outras providências. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/cedoc/bren2005175.pdf Acesso em: 14 dez. 2010.

ANEEL. **Resolução ANEEL nº 223**, de 29 de abril de 2003. Estabelece as condições gerais para elaboração dos Planos de Universalização de Energia Elétrica visando ao atendimento de novas unidades consumidoras com carga instalada de até 50 kW, entre outros. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/cedoc/bres2003223.pdf Acesso em: 14 dez. 2010.

ANEEL. **Resolução ANEEL nº 365**, de 19 de maio de 2009. Estabelece as condições para a revisão dos Planos de Universalização de Energia Elétrica, visando à prorrogação dos prazos de execução do Programa LUZ PARA TODOS, biênio 2009 - 2010, e dá outras providências. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2009365.pdf Acesso em: 14 dez. 2010.

ANEEL. **Resolução ANEEL nº 456**, de 29 de novembro de 2000. Estabelece, de forma atualizada e consolidada, as Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/cedoc/bres2000456.pdf Acesso em: 14 dez. 2010.

O artigo 89 da Resolução ANEEL nº 456/2000 determina que: "Na hipótese de atraso no pagamento da fatura, sem prejuízo de outros procedimentos previstos na legislação aplicável, será cobrada multa limitada ao percentual máximo de 2 % (dois por cento) sobre o valor total da fatura em atraso, <u>cuja cobrança não</u> poderá incidir sobre o valor da multa eventualmente apresentada na fatura anterior". (grifo nosso)

ANEEL. **Resolução Normativa ANEEL nº** 238, de 28 de novembro de 2006. Altera os critérios de aplicação de penalidades, estabelecidos pelo art. 14 da Resolução nº 223, de 29 de abril de 2003, referentes ao não cumprimento, por parte das concessionárias e permissionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica, das metas estabelecidas para o Programa de Universalização. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2006238.pdf Acesso em: 14 dez. 2010.

ANEEL. **Resolução Normativa ANEEL nº 250**, de 13 de fevereiro de 2007. Estabelece os procedimentos para fixação do encargo de responsabilidade da concessionária ou permissionária de distribuição de energia elétrica, bem como para o cálculo da participação financeira do consumidor, referente ao custo necessário para atendimento de pedidos de prestação de serviço público de energia elétrica que não se enquadrem nos termos dos incisos I e II do art. 14 da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2007250. pdf> Acesso em: 14 dez. 2010.

ANEEL. **Resolução Normativa ANEEL nº 397**, de 2 de março de 2010. Altera os critérios de aplicação de penalidades, estabelecidos pelo art. 14 da Resolução nº 223, de 29 de abril de 2003, referentes ao não cumprimento, por parte das concessionárias e permissionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica, das metas estabelecidas para o Programa de Universalização. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2010397.pdf Acesso em: 14 dez. 2010.

BRASIL. **Decreto nº 4.873**, de 11 de novembro de 2003. Institui o Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso da Energia Elétrica - "LUZ PARA TODOS" e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ Acesso em: 14 dez. 2010.

BRASIL. **Decreto nº 6.442**, de 25 de abril de 2008. Dá nova redação ao art. 1º do Decreto nº 4.873, de 11 de novembro de 2003, que institui o Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso da energia Elétrica - "LUZ PARA TODOS", para prorrogar o prazo ali referido. Dis-

ponível em: http://www.planalto.gov.br/ Acesso em: 14 dez. 2010.

BRASIL. **Decreto nº 7.324**, de 05 de outubro de 2010. Dá nova redação ao art. 1º do Decreto nº 4.873, de 11 de novembro de 2003, que institui o Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso da Energia Elétrica - "LUZ PARA TODOS". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ Acesso em: 14 dez.2010.

BRASIL. **Decreto nº 41.019**, de 26 de fevereiro de 1957. Regulamenta os serviços de energia elétrica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ Acesso em: 14 dez. 2010.

BRASIL. **Decreto nº 83.269**, de 12 de março de 1979. Altera os artigos 136 a 144 do Decreto nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957, que regulamenta os serviços de energia elétrica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ Acesso em: 14 dez. 2010.

BRASIL. **Decreto nº 98.335**, de 26 de outubro de 1989. Altera os artigos 136 a 144 do Decreto nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957, que regulamenta os serviços de energia elétrica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ Acesso em: 14 dez. 2010.

BRASIL. **Lei Federal nº 10.438**, de 26 de abril de 2002. Dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (PROINFA), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, entre outros. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ Acesso em: 14 dez. 2010.

BRASIL. **Lei Federal nº 10.762**, de 11 de novembro de 2003. Dispõe sobre a criação do Programa Emergencial e Excepcional de Apoio às Concessionárias de Serviços Públicos de Distribuição de Energia Elétrica, entre outros. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ Acesso em: 14 dez. 2010.

EVOLUÇÃO INSTITUCIONAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS DE SANEAMENTO BÁSICO

Alceu de Castro Galvão Junior¹

1 INTRODUÇÃO

Os resultados alcançados após quatro anos de promulgação da Lei nº 11.445/2007, no tocante à regulação dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, podem ser analisados sob duas vertentes: a vertente institucional, associada às incertezas institucionais sobre a gestão dos serviços, bem como à complexidade da regulação desse setor, com características marcadamente monopolistas, e cujas repercussões impactam diretamente a saúde da população; e a vertente operacional, que considera os níveis de cobertura por regulação efetiva nos municípios no país, bem como a estrutura das Agências Reguladoras existentes para o exercício dessa função.

As características específicas dessas vertentes conferem à regulação do saneamento básico uma perspectiva mais lenta de consolidação quando comparada à regulação da energia e da telefonia. Para os setores de energia e de telefonia, regulados pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), respectivamente, tem-se um modelo uniforme de regulação, haja vista que a titularidade destes serviços é pertencente à União, conforme definida na Constituição Federal. Já no saneamento básico, o principal obstáculo encontra-se na falta de condições políticas e institucionais da maioria dos

¹ Engenheiro Civil, Mestre em Hidráulica e Saneamento, Doutor em Saúde Pública. Coordenador de Saneamento Básico da Agência Reguladora do Estado do Ceará (ARCE).

estados e municípios para estabelecer Agências Reguladoras nos moldes preconizados pela Lei nº 11.445/2007, dotadas de independência decisória, incluindo autonomia financeira, orçamentária e administrativa e com características de transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões. Tal situação reflete-se no nível de abrangência da regulação do saneamento básico no país. Mesmo tendo sido iniciada no final dos anos 1990, com a criação das primeiras Agências Reguladoras subnacionais, estima-se, para 2010, que a regulação do setor atinja somente 17,6% dos municípios brasileiros (XIMENES; GALVÃO JUNIOR, 2010).

Com efeito, o estabelecimento de uma cultura regulatória para o setor de saneamento básico somente apresentará resultados visíveis para a população no longo prazo, apesar das várias experiências regulatórias existentes já terem demonstrado seu papel relevante no incremento da melhoria e da eficiência dos diversos prestadores de serviços no país, mediante atividades regulatórias e procedimentos de transparência das informações.

Uma análise mais precisa do estado da arte do setor regulatório, sob as vertentes institucional e operacional, permite não só apontar desafios a serem superados, mas também estabelecer caminhos e diretrizes prospectivos para a evolução da função reguladora e de seu principal instrumento — as Agências Reguladoras. Assim, com base na análise do estado da arte e em função das lições aprendidas ao longo de uma década de regulação do saneamento básico no Brasil, objetiva-se, no presente trabalho, esboçar um cenário de evolução das Agências Reguladoras, bem como estabelecer diretrizes para a melhoria do desempenho da função reguladora.

2 A VERTENTE INSTITUCIONAL

As características físicas e econômicas da prestação dos serviços de saneamento básico, notadamente associadas às falhas de mercado, justificam a necessidade da regulação desse setor. No saneamento, são eviden-

tes as falhas de mercado associadas ao poder de monopólio dos prestadores de serviços; à existência de externalidades e de bens públicos; e à forte assimetria de informações. Assim, na presença dessas falhas, a regulação, conceituada como intervenção do Estado na economia, se faz necessária para prevenir o abuso do poder de mercado dos prestadores de serviços; regulamentar e controlar a prestação de serviços públicos quanto às tarifas e à qualidade dos serviços; além de prover segurança para a realização de investimentos públicos e privados com vistas à expansão e à universalização dos serviços. Ademais, essas falhas conferem complexidade à gestão dos serviços, especificamente no tocante à regulação setorial.

Somado a estas questões, o saneamento básico apresenta incertezas de natureza institucional, geradas pela indefinição da titularidade dos serviços em sistemas de interesse comum, mais precisamente nos sistemas integrados e metropolitanos. Esses aspectos influenciaram a definição tardia de um marco regulatório setorial, promulgado dez anos após o estabelecimento dos marcos regulatórios de telefonia e de energia. O regime jurídico do saneamento básico, instituído pela edição da Lei nº 11.445/2007, apesar de não ter solucionado o problema da titularidade, definiu uma série de instrumentos de gestão, entre os quais se destaca a regulação da prestação dos serviços. Segundo o artigo 21 da Lei nº 11.445/2007, a regulação deve ser pautada pelos seguintes princípios:

I - independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira da entidade reguladora;

II - transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões.

O modelo jurídico-administrativo brasileiro que mais se aproxima dos princípios elencados para o exercício da regulação, notadamente a independência decisória e a autonomia, é o da Agência Reguladora no formato de autarquia de regime especial. Contudo, é justamente nesses princípios que se encontram os maiores obstáculos para o desenvolvimento da regulação por meio das agências. Com efeito, a existência

de mandatos para os dirigentes das Agências Reguladoras e a autonomia dessas entidades atenua eventuais interferências políticas na gestão dos serviços, principalmente quanto à definição de tarifas, gerando conflitos com o modelo tradicional, o qual, por sua vez, busca manter atrelada essa definição a variáveis de natureza política.

Não obstante serem princípios basilares da regulação e apesar de estarem presentes na maioria das Agências Reguladoras de saneamento básico, a independência decisória e a autonomia não garantem por si só sua exequibilidade, na medida em que os processos orçamentário e administrativo dessas entidades encontram-se subordinados aos modelos definidos pelos Poderes Executivos. Além disso, há entidades reguladoras constituídas sem atendimento aos princípios regulatórios, como no caso do estado do Paraná e dos municípios de Cachoeiro do Itapemirim (ES), Mauá (SP) e Fortaleza (CE), nas quais compete ao governador ou prefeito de plantão a demissão *ad nutum* do dirigente, bem como a interferência política em decisões de natureza regulatória.

A Lei nº 11.445/2007 também estabeleceu genericamente a separação de atribuições entre o titular dos serviços, o prestador e o regulador. Tornar clara essa separação exige não só a compreensão do processo de regulação por meio de mudança cultural na gestão do setor, mas também o estabelecimento de marcos regulatórios estaduais e municipais. Neste contexto, apenas os estados da Bahia (Lei nº 11.172/2008), do Maranhão (Lei nº 8.923/2009), do Espírito Santo (Lei nº 9.096/2008) e da Paraíba (Lei nº 9.260/2010) definiram suas políticas estaduais de saneamento básico. Os marcos regulatórios estaduais podem contribuir para a consolidação da função reguladora nos respectivos estados.

Ainda no campo institucional, as características do setor de saneamento, sobretudo suas externalidades, provocam conflitos de atribuições com a das diversas interfaces, notadamente nas áreas de saúde pública, meio ambiente, recursos hídricos e defesa do consumidor. O limite entre estas formas de regulações é tênue, e, na ausência de coordenação intersetorial e de atuação concorrente, pode haver problemas de sobreposição de

funções, com incremento de custos e de ineficácia das diversas atividades regulatórias. Dessa forma, parcerias institucionais entre os diversos atores intersetoriais ampliam a eficácia da função reguladora, além de contribuírem para a melhoria do atendimento aos objetivos da regulação.

3 A VERTENTE OPERACIONAL

As Agências Reguladoras de saneamento básico já criadas estão organizadas sob três formatos principais: estadual, municipal e consorciado. O estadual é o formato predominante no país, caracterizado pela existência de Agências Reguladoras estaduais, geralmente de caráter multissetorial, com atuação em setores da infraestrutura tais como gás canalizado, transportes e energia, e cuja regulação, do saneamento, ocorre principalmente sobre municípios operados por Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESBs). O municipal é caracterizado pela existência de Agências Reguladoras municipais, com atuação exclusiva sobre o saneamento básico e abrangência limitada ao próprio município, cuja regulação ocorre sobre prestadores de serviços de diversas naturezas: autarquias municipais, empresas privadas e CESBs. O consorciado, formato institucional ainda incipiente no país, é caracterizado pela constituição de um consórcio regulador entre municípios, com ou sem a participação do estado, e com perspectivas de atuação principalmente sobre a regulação dos serviços autônomos de água e esgoto.

De acordo com levantamento elaborado por Ximenes e Galvão Junior (2010), estão identificadas no país 38 Agências Reguladoras de saneamento básico, sendo 23 estaduais, 14 municipais e uma consorciada. Na Figura 1, é mostrada a distribuição geográfica destas Agências, de acordo com seu formato institucional.

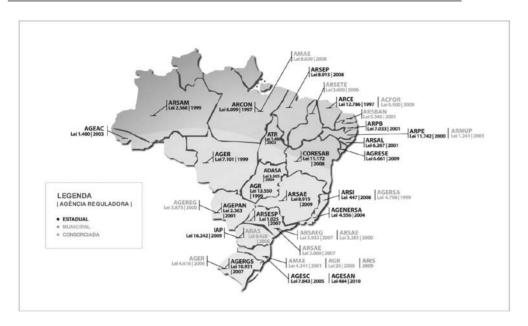


FIGURA 1 – Mapa da Regulação dos Serviços de Saneamento Básico FONTE: XIMENES; GALVÃO JUNIOR (2010).

Em termos de abrangência, a Figura 2 revela que somente 17,6% dos municípios brasileiros têm seus serviços de saneamento básico regulados.

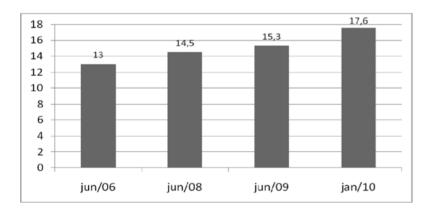


FIGURA 2 – Evolução da Cobertura de Municípios por Regulação Setorial

FONTE: GALVÃO JUNIOR; PAGANINI (2006), ABAR (2008), GALVÃO JUNIOR (2010), ABAR (2010).

Conforme a Figura 2, verifica-se que o crescimento do número de municípios regulados foi pequeno, quando considerado o período entre junho de 2006, anterior à Lei nº 11.445/2007 e sem obrigatoriedade de regulação, e janeiro de 2010, três anos após a promulgação da lei, sendo a regulação condição vinculante para a validade dos contratos. Esta constatação alerta para o nível de complexidade do exercício da função reguladora por meio de agências, cuja implantação efetiva é marcada inclusive por obstáculos de natureza operacional.

Em termos da estrutura das Agências Reguladoras de saneamento básico, o atendimento ao princípio da tecnicidade exige a presença de quadro de pessoal próprio, selecionado por concurso público e critério técnico para escolha do corpo gerencial intermediário, além de remuneração de acordo com a complexidade da função reguladora. Levantamento realizado pela Associação Brasileira de Agências de Regulação (ABAR), para o ano de 2009, demonstra que nas agências de saneamento há predominância de servidores públicos detentores de cargos comissionados, bem como os salários são incompatíveis com o nível de conhecimento exigido para o exercício das diversas atividades reguladoras (ABAR, 2010). Tais aspectos geram elevada rotatividade de servidores nestas entidades, repercutindo diretamente sobre a qualidade da regulação, além de dificultar a fixação de uma cultura regulatória para o setor.

Outro aspecto relevante quanto à estruturação das Agências Reguladoras refere-se à obtenção de receitas suficientes necessárias para o custeio das atividades regulatórias. Estudos realizados no âmbito do Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANSAB) apontam que, sob o aspecto financeiro, a regulação do setor somente é viável em menos de 3% dos municípios brasileiros (GALVÃO JUNIOR, 2010), o que remonta à necessidade da construção de arranjos institucionais para a regulação dos serviços, notadamente sob o formato de agências estaduais e consorciadas. Estes formatos permitem a redução de custos, bem como a otimização e a melhoria da eficiência da função reguladora. Contudo, na medida em que grandes municípios criam suas próprias agências, há difi-

culdade para viabilizar a regulação nas menores concessões. Esta situação tem sido reportada em vários estados da federação, como Alagoas, Mato Grosso do Sul, Piauí e Pará.

4 EVOLUÇÃO INSTITUCIONAL

A proposta de evolução institucional das Agências Reguladoras de saneamento básico apresentada neste trabalho constitui proposição genérica, visto que a busca de identidade própria e o alcance de estágios institucionais superiores se darão caso a caso, conforme cada realidade político-institucional. Assim, a agência poderá apresentar características que possibilitem enquadrá-la em diferentes estágios, com predominância ou maior identificação com determinado nível. Além disso, não há como especificar prazos de permanência ou de mudanças para estágios superiores ou inferiores, que ocorrerão de maneira diferente para cada agência, em virtude da própria dinâmica do processo regulatório.

Entretanto, apesar da proposição de evolução institucional das Agências Reguladoras indicar um aperfeiçoamento do processo regulatório, poderão haver retrocessos, em função de instabilidades causadas pelos ciclos políticos ou pela própria inexistência de uma cultura regulatória setorial.

No Quadro 1, é apresentada proposta de evolução institucional para as Agências Reguladoras de saneamento básico.

RESULTADOS ESPERADOS	- Definição do <i>modus operandi</i> da agência (padrões de relatórios, estratégias de fiscalização, minutas de resolução, entre outros)	- Melhorias em áreas específicas da prestação dos serviços - Transparência da regulação e da gestão da prestação dos serviço - Respeitabilidade técnica perante as empresas reguladas	- Melhoria geral na prestação dos serviços - Elevado nível de conhecimento da população sobre a agência Respeitabilidade técnica no âmbito governamental	- Eficiência técnico-operacional na prestação dos serviços - Modicidade tarifária - Legitimidade social - Proximidade do alcance das metas de universalizaçãol
OPERACIONAL	- Conhecimento das áreas técnico- operacional e econômico- financeira da empresa regulada - Conhecimento dos formatos e sistemas de informação da empresa regulada	- Edição de regulamentos - Fiscalização dos serviços - Revisões tarifárias em bases - Busca de informações fora do - Busca de informações fora do - Atendimento de ouvidoria	- Contabilidade regulatória - Fiscalização direta e indireta por meio de indicadores - Fluxo regular de informações da empresa regulada	- Regulação piena - Interligação com os sistemas de informação da empresa regulada
INSTITUCIONAL	- Lei de criação da agência - Instalação da agência	Pessoal próprio concursado Recebimento da delegação para regulação de outros entes federados Comunicação com a sociedade	- Parcerias efetivas com os reguladores intersetoriais - Revisão do desenho institucional da agência agência - Malor permeabilidade à sociedade - Participação na elaboração de políticas públicas	- Orçamento próprio - Mudança no modelo de gestão e de prestação dos serviços
	1° ESTÁGIO	2° ESTÁGIO	3° ESTÁGIO	0lĐÅTS∃ º₄

QUADRO 1 – Proposição de Evolução Institucional para as Agências Reguladoras de Saneamento Básico.

Como exposto neste quadro, a caracterização de cada estágio de evolução institucional foi definida em função das seguintes variáveis: institucional, operacional, resultados esperados e aspectos críticos. As variáveis institucionais estão relacionadas à definição dos marcos institucionais, à estruturação da Agência Reguladora e aos seus relacionamentos intergovernamentais, intersetoriais e sociais. Já a variável operacional busca identificar o nível e o tipo de atuação nas diversas atividades regulatórias, como fiscalização, ouvidoria, normatização e regulação econômica. Os resultados esperados indicam a eficiência e a eficácia da atuação da agência sobre a empresa regulada e o reconhecimento institucional e social desta atuação. Por último, os aspectos críticos representam os pontos de inflexão em relação a alterações dentro do próprio estágio regulatório ou de mudança para estágio inferior ou superior.

O primeiro estágio apresentado no Quadro 1 é caracterizado pelas medidas legais e operacionais de implantação da Agência Reguladora. Neste processo, após formatação da proposta pelo Poder Executivo, há todo um debate político-institucional entre atores econômicos, sociais e políticos, no âmbito do Poder Legislativo, para definição do modelo regulatório. Do ponto de vista operacional, a agência, já instalada, buscará conhecer os sistemas operacional, econômico-financeiro e de informações da empresa regulada. Baseada nestes dados preliminares e nas metas estabelecidas no marco regulatório, a agência definirá o padrão operacional de regulação dos serviços, que incluirá minutas de resolução, informações a serem requisitadas à empresa regulada, formatos de relatórios, capacitação do quadro de pessoal, contratações de consultoria de apoio, entre outros.

Uma importante questão refere-se à participação da empresa regulada nas discussões sobre a concepção da Agência Reguladora. Outra questão, subjacente, se refere ao potencial de pressão para a manutenção de interesses corporativos ou privados. Além disso, os critérios de nomeação, seja do quadro técnico ou do corpo dirigente, devem conter requisitos associados ao conhecimento econômico, jurídico e técnico do

setor a ser regulado, pois escolhas políticas podem desvirtuar ou atrasar a implantação das medidas preliminares de estruturação da Agência Reguladora.

No segundo estágio, são tomadas as primeiras iniciativas de ordem institucional e legal, que darão identidade e concretude à atividade regulatória. São esperados, neste estágio, os primeiros resultados, embora pontuais, de melhoria da qualidade da prestação dos serviços, cujos procedimentos e métodos poderão gerar conflitos de natureza política com a concessionária e o governo. Contudo, esta situação inicial, se pautada em critérios técnicos, poderá conferir à Agência Reguladora credibilidade perante a empresa regulada. Em relação à estruturação da agência, a inexistência de salários e de planos de carreira compatíveis com a função reguladora poderá resultar em evasão de quadros técnicos concursados e já capacitados para o exercício da atividade.

Quanto ao terceiro estágio, espera-se que a agência detenha amplo conhecimento da empresa e do setor regulado e obtenha resultados concretos, o que lhe garantirá reconhecimento no âmbito intragovernamental. Diante disto, a agência buscará consolidar sua atuação no setor, mediante parcerias com reguladores intersetoriais, no sentido de racionalizar a atividade reguladora e proporcionar-lhe maior foco em questões fundamentais, como custos e tarifas. Em decorrência do caráter multissetorial da agência e dos resultados alcançados na regulação do setor de saneamento, poderá haver mudanças nas prioridades da agência, com centralização dos esforços em áreas onde, eventualmente, ocorram problemas de natureza regulatória. Ao mesmo tempo, estes resultados credenciam a agência para assumir novos encargos em áreas ainda não reguladas, como resíduos sólidos, e em projetos especiais relacionados às parcerias público-privadas. Ademais, a agência poderá exercer efetivamente seu poder de recomendação, participando da elaboração das políticas públicas setoriais com sugestões e propostas.

Por fim, no quarto estágio, a estabilidade da função regulatória propiciará à agência indicar ao poder concedente mudanças no modelo de

gestão e de prestação dos serviços com vistas a avançar na universalização e no aumento da eficiência do setor. Neste contexto, a agência adquirirá legitimidade social, fase mais avançada para a consolidação da regulação. Ainda neste contexto, exige-se atividades permanentes de capacitação do quadro de pessoal, para que não haja acomodação em virtude dos resultados já alcançados. A maturidade do setor poderá ainda criar ambiente favorável para a introdução da competição em segmentos da prestação dos serviços, o que poderá tornar-se um ponto de inflexão na regulação do setor.

Ao se considerar o atual estágio das Agências Reguladoras setoriais de saneamento básico do Brasil, percebe-se que a maioria encontra-se no primeiro estágio, e outras, em fase de transição para o segundo estágio de evolução institucional. Mesmo assim, muitas agências não conseguirão sequer alcançar estágios superiores, visto apresentarem inúmeros problemas, como:

- indicação política dos quadros dirigente e gerencial;
- falta de credibilidade técnica, motivada pela ausência de pessoal qualificado e concursado;
 - contingenciamento de recursos próprios; e
 - interferência governamental nas decisões regulatórias.

Há de se considerar, ainda, que o ambiente político-institucional externo poderá repercutir sobre as Agências Reguladoras de saneamento básico. A própria definição da lei geral das agências, em discussão no Congresso Nacional por meio do Projeto de Lei nº 3.337/04, provocará rebatimentos nas legislações subnacionais e, consequentemente, nas Agências Reguladoras de saneamento básico.

5 CONCLUSÃO

A proposta de desenvolvimento institucional realizada neste trabalho suscita elementos para um amplo debate sobre a regulação setorial, sobretudo em virtude do estabelecimento dos marcos regulatórios estaduais e municipais. Embora a Lei nº 11.445/2007 tenha trazido avanços na institucionalidade do setor, os marcos regulatórios subnacionais e sua efetiva implementação é que darão identidade à regulação, pois a lei estabelece somente diretrizes gerais.

Considerando, ainda, a importância destes marcos, as escolhas iniciais do poder executivo é que farão avançar a regulação, sobretudo em relação aos atores responsáveis pela concepção do modelo regulatório e do desenho da agência, ao perfil dos dirigentes indicados para estas entidades, à capacidade dos quadros técnicos e à disponibilidade orçamentária para início das atividades regulatórias, minimizando eventuais obstáculos para o desenvolvimento das vertentes institucional e operacional da regulação dos serviços.

Assim, ante os diferentes aspectos abordados nesta discussão, entende-se que, no desenvolvimento da regulação setorial, devem ser consideradas as seguintes diretrizes:

- **1. Gradatividade:** a falta de cultura regulatória no setor e de quadros técnicos com conhecimento específico na área, além da legislação subnacional se encontrar em fase de concepção, exigem gradatividade na implantação da atividade regulatória.
- 2. Sustentabilidade da atividade regulatória: a regulação deve ser custeada com recursos dos próprios usuários, desde que não onerem de maneira abusiva as tarifas, para tornar a atividade independente dos recursos orçamentários do titular dos serviços. Ademais, o conceito de sustentabilidade da atividade regulatória deve ser entendido de forma mais ampla, abrangendo não só os aspectos financeiros, mas também as capacidades técnicas e institucionais do ente regulador para executar as obrigações previstas no marco setorial.
- **3. Aproveitamento das capacidades instaladas:** as Agências Reguladoras devem identificar formas de atuação dos sistemas de regulação intersetorial, no sentido de efetivar parcerias para a regulação dos serviços de água e esgoto. Assim, o aproveitamento das capacidades téc-

nicas e institucionais já existentes, com o reconhecimento dos limites e das fragilidades operacionais de cada regulador intersetorial, contribuirá para a priorização de ações que fortaleçam a regulação do saneamento básico. Diante das dificuldades de construção destas parcerias intersetoriais, propõe-se a adoção de estratégias com modelo de cooperação, baseadas no estabelecimento gradual de mecanismos de diálogo e de comunicação entre os vários reguladores.

- **4. Modelos regulatórios adequados:** os modelos de regulação devem ser adaptáveis às diferentes realidades político-institucionais e administrativas, não havendo modelo ideal ou superioridade entre os vários arranjos possíveis. Assim, diante dos arranjos propostos, cabe identificar aqueles adequados à realidade concreta e a melhor combinação de instrumentos institucionais e operacionais.
- **5. Fortalecimento institucional:** a busca do fortalecimento institucional das Agências Reguladoras deve ser meta permanente mediante ações de transparência, divisão de atribuições entre poder concedente e regulador, capacitação do quadro de pessoal e respeito às decisões regulatórias, entre outros.

Por tudo isto, é preciso consolidar a regulação e seus entes, pois, com a plenitude desta atividade, poder-se-á contribuir efetivamente para a universalização da prestação dos serviços de água e esgoto no Brasil.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO. Saneamento Básico: Regulação 2008. Fortaleza: Pouchain Ramos, 2008.

_______: Regulação 2009. São Paulo: ABAR, 2010. [No prelo].

GALVÃO JUNIOR, A.C. Regulação dos Serviços de Saneamento Básico: Plano Nacional de Saneamento Básico. Brasília: Ministério das Cidades, 2010. [No prelo].

.; TUROLLA, F.A.; PAGANINI, W.S. Viabilidade da Regulação Subnacional dos Serviços de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário sob a Lei 11.445/2007. **Eng Sanit Ambient**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 134, abr./jun. 2008.

XIMINES, M.M.A.F.; GALVÃO JUNIOR, A.C. Regulação dos Serviços de Água e Esgoto no Brasil: desafios e perspectivas. In: CONGRESO DE LA ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE INGENIERÍA SANITARIA Y AMBIENTAL (AIDIS), 30., 2006, Punta del Leste. **Anais...** Punta del Leste: AIDIS, 2006. 1 CD-ROM.

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Carmen Busatto¹

RESUMO: As Parcerias Público-Privadas, identificadas sob a sigla PPPs, criadas pela Lei 11.079/2004, na esteira da nova administração pública consensual, de caráter contratualista, constituem uma forma de concessão de serviço público até então não contemplada pela legislação por prever financiamento para a execução de obras ou serviços. Tais parcerias, além de preverem financiamento, possibilitam a remuneração não tarifária do parceiro privado, situações inadmitidas pela Lei das Concessões que regem as demais formas de contratos públicos. Ademais, por tratarem de contratos de longo prazo, são previstas garantias para o parceiro privado contra eventual inadimplemento das obrigações pelo parceiro público. As PPPs podem se concretizar sob a forma de Concessão Administrativa e Concessão Patrocinada, sendo o regime remuneratório a distinção entre ambas.

Palavras-Chave: Parcerias. Concessão. Contratualização. Fundo Garantidor. Arbitragem.

1 INTRODUÇÃO

A parceria, a qual pouco se refere a nossa legislação, tem-se tornado, atualmente, um instrumento jurídico de grande importância nas relações em muitos ramos do Direito.

A globalização econômica, promovida na esteira do desenvolvimento tecnológico, deu margem à formação de parcerias entre Estados soberanos, formando os denominados blocos econômicos como a *North American Free Trade Association* (NAFTA), o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), a Área de Livre Comércio da Américas (ALCA) para citar somente as mais próximas entre muitas outras que se formam mundo afora.

¹Especialista em Direito Público e Advogada da AGERGS.

Num sentido amplo, as parcerias não são figuras novas.

No plano interno, a parceria aparece no anterior Código Civil na forma de parceria agrícola (art. 1410 a 1423) e a Lei 9.790 de 23.03.99, regulamentada pelo Decreto nº 3.100 do mesmo ano, dispõe sobre a parceria entre o poder público e o setor privado.²

Com a Reforma do Estado ocorrida nos anos 90, que buscou diminuir o tamanho deste, a solução foi transferir para o setor privado a execução de serviços e obras públicos que até então estavam sob a responsabilidade do Estado. Os mecanismos adotados para que os particulares pudessem assumir responsabilidades públicas eram as parcerias público-privadas em sentido amplo.

O mais conhecido desses mecanismos é a Lei das Concessões, Lei 8987/1995, que passa para o particular a execução de serviços públicos, sob regulação estatal. Outras formas são os contratos de gestão com organizações sociais e os termos de parceria com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPS), entre tantos outros que destinavam-se a viabilizar a gestão do interesse público na modalidade de parceria entre o setor público e o setor privado. Dessas parcerias advinham contratos tutelados pela Lei das Licitações, Lei 8666/1993.

Entretanto, a Lei das Licitações, rígida nos procedimentos, exigindo objetividade absoluta nos julgamentos e definição prévia pela Administração de todos os detalhes da obra ou serviço a ser contratado, proibindo financiamento para o contratado, não se mostrou totalmente adequada ao formato das parcerias. Uma das razões é o fato de que a busca por parceria não se embasa na proposta de menor preço, mas na que melhor se adapta ao objetivo a ser concretizado. Além disso, o Estado precisa de parceiros que tragam financiamento para implantar infraestrutura e isso lhe proíbe a Lei das Licitações.

Como se pode ver, a parceria público-privada não é coisa nova na nossa legislação, porém, embora já houvesse marcos legais para a execução de parcerias entre a Administração Pública e o setor privado, a legislação pátria carecia de uma normatização específica, não contemplada pela legislação anterior, que desse lastro a uma espécie de contrato que, embora de interesse para a Administração Pública, não podia ser feito por falta de amparo legal, tal como nos casos em que se fazia necessária a busca por financiamentos.

Nesse contexto surge a Lei das PPPs, que vem normatizar de forma específica contratos até então não contemplados pela legislação.

2 O QUE SÃO PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO CONTEXTO DA LEI 11.079/2004

Num sentido amplo parcerias público-privadas são todas as formas de parceria existentes na legislação cujo objetivo é a concretização de atividades públicas. Os serviços públicos delegados através de concessões, permissões ou autorizações são formas de parceria público-privadas, assim como os contratos de gestão e todos os demais termos de parceria firmados entre a Administração Pública e o Setor Privado com o escopo de realizar serviços e obras públicas, de interesse geral. Estas parcerias estão disciplinadas em vários diplomas legais, sendo um dos principais a Lei das Concessões.

Há, entretanto, que se fazer uma distinção entre as parcerias público-privadas *latu sensu* e as parcerias público-privadas, conhecidas como PPPs delineadas pela Lei 11.079/2004.³

As PPPs definidas na supramencionada Lei são uma dentre as formas de parcerias entre o setor público e o setor privado, com características distintas das demais e especificidades próprias, razão porque consideram-se uma forma específica de parceria. Portanto, a Lei 11.079/2004 não é uma Lei geral para todas as parcerias público-privadas, mas uma

² BRASIL. Lei 9.790, de 30 de dezembro de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9790.htm Acesso em: 14 maio 2009.

[&]quot;[...] Art. 9°. Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei."

³ BRASIL. Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm> Acesso em: 12 maio 2009.

Lei que visa a um tipo especial de parceria público-privada, identificadas correntemente pela sigla PPP, até então inexistente em nossa legislação, ao menos no que concerne às PPPs do tipo concessão administrativa.

De acordo com Sundfeld⁴, as PPPs caracterizam-se por gerar compromissos financeiros firmes e de longo prazo. São vínculos negociais entre a Administração Pública e o setor privado que adotam a forma de concessão patrocinada ou de concessão administrativa, tal como definidas na Lei 11.079/2004⁵ que as instituiu.

Para o citado autor, a modalidade patrocinada, como é descrita na Lei, já existia, porém a administrativa não. Conforme Sundfeld⁶:

A concessão patrocinada já era viável anteriormente, pois adicionais de tarifa podiam ser pagos com receita complementar (Lei das Concessões, art. 11). Cuidados de responsabilidade fiscal na assunção desses compromissos financeiros já eram devidos (CF, art. 167; Lei 4.320/1964; e Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar 101/2000). O que fez a Lei das PPPs foi reafirmar essas exigências (art. 10) e criar limites específicos para as despesas com contratos de PPP (arts. 22 e 28)⁷. O objetivo claro é reforçar a responsabilidade fiscal (Lei das PPPs, art. 4°, IV)⁸.

A concessão administrativa é uma forma de contrato com o setor privado para a prestação de serviços que antes só era possível através da Lei das Licitações. Embora semelhantes na forma contratual, os contratos das PPPs diferem-se dos contratos de concessão comuns por incluírem a realização de investimentos pelos concessionários de R\$ 20.000.000,00 ao menos, a serem amortizados no prazo do contrato, para criação, ampliação ou recuperação da infraestrutura necessária à existência do serviço que deverá ser prestado por, no mínimo, cinco anos.

Outro aspecto que diferencia as PPPs das demais parcerias ou serviços públicos delegados a particulares é a previsão, no art. 16 da Lei 11.079/2004. da existência de um Fundo Garantidor.⁹

3 CONCESSÕES PATROCINADAS E CONCESSÕES ADMI-NISTRATIVAS

Parcerias Público-Privadas, no contexto da Lei 1079/2004, como vimos, são formas específicas de concessões, sob a modalidade concessão patrocinada ou sob a modalidade concessão administrativa.

3.1 CONCESSÃO PATROCINADA

O que diferencia a Concessão Patrocinada da concessão comum é o seu regime remuneratório. É também o sistema remuneratório que distingue a Concessão Patrocinada da Concessão Administrativa.

Enquanto a concessão comum é remunerada pelo sistema de tarifas, a concessão patrocinada, como seu nome o diz, além da remuneração através das tarifas pagas pelos usuários dos serviços públicos, recebe uma remuneração pecuniária do concedente.

⁴ SUNDFELD, Carlo Ari et al. **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 32-33.

⁵ BRASIL, 2004, *op.cit.* "[...] Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

^{§ 1}º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

 $[\]S$ $2^{\rm o}$ Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens."

⁶SUNDFELD, 2005, op.cit., p. 33.

⁷ BRASIL, 2004.

^[...] Art. 22. A União somente poderá contratar parceria público-privada quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subsequentes, não excedam a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

^[...] Art. 28. A União não poderá conceder garantia e realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

⁸Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

^[...] VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

 ⁹ Ibid. "Art. 16. Ficam a União, suas autarquias e fundações públicas autorizadas a participar, no imite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias de que trata esta Lei."

3.2 CONCESSÃO ADMINISTRATIVA

A Concessão Administrativa, por sua vez, caracteriza-se pelo fato de que o concessionário recebe somente remuneração não tarifária e/ou subvenção do concedente, não cobrando nenhum tipo de tarifa do usuário.

Assim, as concessões que não contam com um sistema de subvenção da Administração Pública são as concessões comuns, ou seja, as concessões regidas pela Lei das Concessões, Lei 8987/95.¹⁰

É esta distinção que ocasionou a Lei das PPPs: a necessidade de garantir compromissos financeiros de longo prazo por parte da Administração pública, não sujeitos a alterações motivadas por decisões administrativas a cada novo governo que se instala.

4 O FUNDO GARANTIDOR

O Fundo Garantidor constitui-se num mecanismo de suporte ao programa de parceria público-privada e tem por objetivo dar forma concreta ao compromisso do governo de proporcionar segurança aos futuros parceiros privados nos projetos de PPPs.

O Fundo Garantidor previsto nos arts.16 a 20 da Lei das PPPs é ente com personalidade jurídica de direito privado, tem, portanto, personalidade jurídica própria e enquadra-se no gênero empresa pública.

A Fundo Garantidor assume direitos e obrigações em nome próprio e tem seu próprio patrimônio (art. 16, parágrafos 1º a 4º) com o qual responde por suas obrigações.

Conforme expresso no parágrafo 7º do mesmo art. 16, o patrimônio do Fundo Garantidor será constituído de bens privados recebidos por alienação feita por seus cotistas, depois de atendidas as exigências para translação de bens públicos para o domínio privado.¹¹

¹⁰ BRASIL. Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm Acesso em: 14 maio 2009.

O Fundo Garantidor proporciona recursos complementares para minimizar os efeitos adversos decorrentes de eventual inadimplemento das obrigações assumidas nas parcerias público-privadas pelo parceiro público, tendo em vista que os compromissos assumidos, geralmente de longo prazo, podem chegar a 35 anos.

As garantias gerenciadas pelo Fundo Garantidor podem ter as modalidades: fiança, caução, alienação fiduciária ou hipoteca, penhor e, ainda, a possibilidade constituir patrimônio de afetação.

De acordo com o art. 14 da Lei em estudo, o Fundo Garantidor deverá ter um órgão gestor. Tal figura foi instituída pelo Decreto 5.385 com a denominação de Comitê Gestor das Parcerias Público-Privadas Federal (CGP). Para dar apoio ao Comitê Gestor, o mesmo Decreto criou a Comissão Técnica das Parcerias Público-Privadas.

Para Juarez Freitas¹² as garantias especiais para o parceiro privado, como a vinculação de receitas e o Fundo Garantidor, criados através de Lei ordinária, reclamam respaldo constitucional. Para o autor a vinculação de receitas e fundo fiduciário não submetido a contingenciamento e com eventual afetação de patrimônio deveriam ter sido assentados em Emenda Constitucional.

5 A ARBITRAGEM NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Em que pesem opiniões contrárias, como a de Celso Bandeira de Melo, a utilização da arbitragem como forma de dirimir conflitos entre os parceiros é uma realidade na Lei 11.079/2004¹³, que prevê o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem como definida na Lei 9.307/96.

¹¹ SUNDFELD, 2005, op.cit.

¹² FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas e Desafios Regulatórios. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, Editora Forum n.23, p. 158-159, jan/mar/2006.

¹³ BRASIL, 2004, op.cit. "Art.11 O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

^[...] III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato."

A opinião de Bandeira de Melo está assim colocada no texto de Grotti¹⁴:

Vale, porém, notar que a matéria quanto ao uso da arbitragem é polêmica, eis que há entendimentos – como o de Celso Antônio Bandeira de Mello – no sentido de que é 'inadmissível nos contratos administrativos em geral e a *fortiori* nas concessões de serviço ou obra pública, seja em que modalidade for, por estar em causa o interesse público, que não é bem disponível, mas *res extra commercium*, e a respeito do qual só o Poder Judiciário poderia emitir juízo decisório'.

Os contratos de PPPs, por sua natureza, revestem-se das características próprias dos contratos sinalagmáticos, onde a obrigação de um parceiro-contratante corresponde ao direito do outro.

Estes contratos diferem dos contratos comuns da Administração Pública regidos pela Lei das Licitações e nisso reside uma nova perspectiva da Administração Pública, onde o regime de direito público e o regime de direito privado convivem, numa nova realidade. Nesse ambiente surge a arbitragem como alternativa para dirimir conflitos numa perspectiva de Administração Pública consensual em lugar de uma Administração Pública arbitrária. No momento em que a Administração Pública atua formando parcerias para atender ao interesse público, ela abranda as relações com base na autoridade e as fortalece com base no consenso.

Para Oliveira¹⁵,

[...] as PPPs encaixam-se nessa nova fase de contratualização administrativa, e o novel arsenal legislativo a elas correspondente deve refletir o desenvolvimento da atividade negocial administrativa, com a admissão do juízo arbitral para a solução dos litígios relacionados à relação jurídica instaurada entre o parceiro público e o parceiro privado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As parcerias entre o setor público e o setor privado, ou terceiro setor, embora não sejam novidade no direito pátrio, cresceram na medida em que as soluções consensuais na administração pública passaram de alternativas a preferenciais. São resultado de métodos, técnicas e instrumentos negociais que a governança pública passou a adotar, visando a atingir resultados que não estavam mais sendo atingidos por meio de uma ação impositiva e unilateral da Administração Pública.

As Parcerias Público-Privadas, concebidas pela Lei 11.079/2004, vieram para possibilitar novas formas de parcerias em que houvesse possibilidade de remuneração não tarifária do parceiro privado, fora dos rígidos limites a que se submetem os contratos públicos regidos pela Lei das Concessões.

Estas parcerias, além de darem novas possibilidades à contratualização administrativa, vêm atender à necessidade de garantir o investidor-parceiro privado – contra possível inadimplemento do contrato, ou seja, no dizer de Juarez Freitas, "blindam" os contratos em face da desconfiança aguda quanto ao adimplemento tempestivo das obrigações pelo poder público, normalmente avençadas a longo prazo.

As garantias ao parceiro privado previstas na Lei nº 11.079/2004 têm sua criação pela via ordinária questionada pelo fato de preverem vinculação de receitas públicas e possibilitarem afetação de patrimônio.

Por serem contratos com fins lucrativos por parte do administrador privado, as PPPs excluem parcerias com o terceiro setor.

As PPPs admitem a arbitragem como mecanismo de solução de conflitos embora não prescindam da regulação estatal.

¹⁴GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Experiência Brasileira nas Concessões de Serviço Público. São Paulo: Malheiros Ed., 2005, p. 230.

¹⁵ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **A Arbitragem e as Parcerias Público Privadas**. São Paulo: Malheiros Ed., 2005, p. 567-601.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. As Parcerias Público-Privadas – PPPs no Direito Positivo Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Renovar, n. 240, p. 105-145, abr./jun. 2005.

BRASIL. **Lei 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm Acesso em: 14 maio 2009.

BRASIL. **Lei 9.790**, de 30 de dezembro de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9790.htm Acesso em: 14 maio 2009.

BRASIL. **Lei 11.079**, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm Acesso em: 12 maio 2009.

BUSATTO, Cezar Augusto. **Vida Democrática**. Disponível em: <www.vidademocratica.ig> Acesso em: 27 jul.2009.

COSTA E PAULA, Caio. Diferenças Pontuais Entre Concessão de Serviços Públicos (Lei 8.987/95) e Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/04) nos Serviços de Transporte Público. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 12, p.1379-1390, dez. 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas e Desafios Regulatórios. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 23, p. 158-159, jan./mar. 2006.

GAMA E SOUZA JR., Lauro da. Sinal Verde Para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas: a construção de um novo paradigma para os contratos entre o estado e o investidor privado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 241, p. 145-147, jul./set. 2005.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A Experiência Brasileira nas Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **A Arbitragem e as Parce-**rias **Público Privadas**. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

_____. Governança Pública e as Parcerias do Estado: a relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 7, p. 775-777, jul. 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari et al. **Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

A INSTÂNCIA HOMOLOGATÓRIA DE CONTRATOS DE CONCESSÃO: ASPECTOS RELEVANTES DA ETAPA REGULATÓRIA

Vinícius Ilha da Silva¹

O presente estudo teve como origem a distribuição de um processo administrativo à Diretoria Jurídica da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS), com a finalidade de homologação de concessão para exploração de serviços de estação rodoviária em cidade do interior gaúcho. Importante frisar que tal homologação é fruto das competências legalmente estabelecidas para a AGERGS, bem como disposto no contrato de concessão.

O certame licitatório foi realizado pelo Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem (DAER), através da Central de Compras do Estado do Rio Grande do Sul (CECOM)², passando pelos demais órgãos competentes. No caso abaixo, foram omitidos os dados do contrato propositalmente. O contrato foi homologado pelos órgãos competentes, à exceção da AGERGS. Tal negativa de homologação deu-se em razão dos atos constitutivos acostados no processo. Vislumbramos que a empresa vencedora do certame encontra-se sob palio do art. 966 do Código Civil (CC), não adquirindo personalidade jurídica conforme verificaremos abaixo.

O Código Civil, em seu artigo 44, estabelece que são pessoas jurídicas (i) as associações, (ii) as sociedades, (iii) as fundações, (iv) as organi-

¹Especialista em Direito e Técnico Superior da AGERGS.

² BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 26 de julho de 2010.

zações religiosas e (v) os partidos políticos.

Como já ressaltado supra, o contrato foi firmado com empresário (pelo novo CC), usualmente denominado empresa individual. Tal conceito encontra-se insculpido no art. 966 do CC, vejamos:

Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce a profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Em seu Código Civil Comentado, Nelson Nery Júnior tece o seguinte:

O empresário pessoa física é o sujeito que, em pleno gozo de sua capacidade civil e sem impedimento legal (CC 972), com habitualidade e visando lucro ou outro resultado econômico, desempenha atividade organizada destinada a criar riqueza, produzindo e/ou promovendo a circulação de bens, ou realizando serviços. A lei autoriza, excepcionalmente, que o incapaz que sucedeu empresário capaz, ou que se tornou incapaz após exercer a empresa, possa exercer a atividade empresarial, desde que assistido ou representado por curador nomeado (CC 974 e 975). O que distingue a atividade empresária da mera comunhão é a affectio societatis. São requisitos da atividade empresária: a) a profissionalidade; b) o exercício de atividade econômica organizada (o que pressupõe a existência de empregados) e a finalidade lucrativa; c) a produção ou a circulação de bens ou a prestação de serviços.³

Dos requisitos da atividade empresária acima destacados, é de suma importância caracterizar a atividade organizada de empresa. Para Rubens Requião, empresa é a organização dos fatores da produção exercida, pos-

³ NERY JUNIOR, Nelson. **Código Civil Comentado**. 4. ed. rev., ampl. e atual. até 20 de maio de 2006. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 650.

ta a funcionar, pelo empresário. Desaparecendo o exercício da atividade organizada do empresário, desaparece, *ipso facto*, a empresa. Daí por que o conceito de empresa se firma na ideia de que é ela o exercício de atividade produtiva.

O que ocorre é que se estabelece confusão entre empresa e sociedade empresária. Dessa forma, empresa é o exercício da atividade organizada, enquanto que sociedade empresária é o sujeito de direito que exerce a atividade.

Assim, a empresa (atividade organizada de produção) pode ser exercida tanto pela sociedade empresária (pluralidade de sócios) quanto pelo empresário individual (unicidade).

Portanto, o empresário individual deve exercer profissionalmente atividade organizada de empresa, organizando e coordenando os diversos fatores de produção, assim tidos como bens (máquinas, equipamentos, instalações, capital, etc.) e pessoas (trabalho, conhecimentos, intelectos, habilidades, relacionamentos, etc.).

Do raciocínio supraexposto, temos que, nos termos do art. 44 do Código Civil, a figura do empresário não encontra guarida no conceito de pessoa jurídica.

Ainda, no que tange ao patrimônio do empresário e da pessoa física, temos que há confusão, uma vez que não há uma diferenciação entre o patrimônio da pessoa natural e do empresário individual. Assim, a outorga conjugal, para a alienação de imóveis (ou gravame de ônus) será necessária dependendo do regime de bens. Saliente-se que não há bipartição entre a pessoa natural e a firma por ela constituída, uma e outra se fundem para todos os fins de Direito, em um todo único e indivisível. Uma está compreendida pela outra. Logo, quem contratar com uma está contratando com a outra e vice-versa.

O artigo 985 traz mais um ponto importante, para que separemos as sociedades, que adquirem personalidade jurídica, das firmas individuais (empresário individual), que jamais adquirirão personalidade jurídica: "A **sociedade** adquire personalidade jurídica com a inscrição no registro

próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos"⁴. Veja-se que a sociedade adquire personalidade jurídica. Por sociedade, entende-se, sem nenhum equívoco: grupo de indivíduos (mínimo dois).

Como o Empresário Individual não é uma sociedade, e o Código Civil é claro, jamais adquirirá personalidade jurídica; assim, o empresário individual, ao revés do que muitos ainda se enganam, não é uma pessoa jurídica e sim uma pessoa natural (física) com atividade empresarial (art. 966 do Código Civil). Por isso, o patrimônio da pessoa natural e da empresa individual são o mesmo, respondendo ilimitadamente pelas dívidas.

A Lei Complementar nº 123/2006, que cuida do Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, já faz a devida diferença entre os tipos societários e empresariais ao dizer o seguinte:

Art. 3º. Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e **o empresário a que se refere o art. 966** da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais);

II - no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).⁵

Assim, podemos depreender que, se a firma individual fosse pessoa jurídica, o legislador não necessitaria fazer distinção expressa entre figuras, sociedade empresária, sociedade simples e o empresário, a que se refere o art. 966.

Ante as considerações supra, cumpre analisarmos o Edital de Concorrência do certame, no referente ao item 2.1, que cuida da documentação relativa à habilitação jurídica. Vejamos:

2.1.1 Pessoas Jurídicas

- a) cédula de identidade do representante legal;
- b) ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedade comercial, e, no caso de sociedade por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores:
- c) inscrição do **ato constitutivo** no caso de **sociedades civis**, acompanhada de prova de diretoria em exercício;
- d) credenciamento do representante autorizado da proponente à licitação, na qual conste ter, o mesmo, todos os poderes de representação, inclusive para desistir da apresentação de recurso, se for o caso.⁶

O instrumento editalício é claro ao prever que apenas podem participar sociedades comerciais, sociedades por ações e sociedades civis, conforme grifo acima, inclusive em consórcio (item 3, 'a', do Edital).

O Art. 981 do CC assim reza:

Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.⁷

Assim, são sociedades as pessoas que, de forma recíproca, celebram contrato e se obrigam para o desenvolvimento de atividade econômica. Importante ressaltar que a sociedade é formada por ato plurilateral.

⁴BRASIL, 2002, op.cit.

⁵ Id., **Lei Complementar nº 123**, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nºs 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/leiscomplementares/2006/leicp123.htm Acesso em: 26 de julho de 2010.

⁶Conforme analisado no processo administrativo nº 2371-1835/07-0.

⁷BRASIL, 2002, op.cit.

Segundo Nelson Nery Júnior, a classificação das sociedades quanto à personificação dá-se:

A) Sociedades não-personificadas (aquelas que não têm personalidade jurídica): a) sociedade em comum (CC 986 a 990): são as que não têm seu ato constitutivo arquivado no Registro Público competente. São as antigas sociedades irregulares ou de fato; b) sociedade em conta de participação: o contrato social só produz efeitos em relação aos sócios e sua inscrição em qualquer registro público não lhe confere personalidade jurídica (CC 991 a 996); e

B) Sociedades personificadas (aquelas que adquirem personalidade jurídica com a inscrição no registro público de seus atos constitutivos): a) sociedade simples (CC 997 a 1038); b) sociedade em nome coletivo (CC 1039 a 1044); c) sociedade em comandita simples (CC 1045 a 1051); d) sociedade limitada (CC 1052 a 1087); e) sociedade anônima (CC 1088 a 1089 e LSA); f) sociedade em comandita por ações (CC 1090 a 1092 e LSA).⁸

Portanto, para serem consideradas sociedades, além da necessidade da pluralidade do ato constitutivo, somente as supranominadas possuem condição de adquirir personalidade jurídica. Ficando de fora, portanto, a figura empresária abrigada no art. 966 do CC.

A opção do legislador foi a de dividir a atividade empresarial exercida por pessoa física de outra exercida por pessoa jurídica. Empresário é a pessoa física que exerce a atividade empresarial (CC 966); sociedade empresária é a pessoa jurídica que exerce atividade empresarial (CC 982)⁹.

A Lei de Concessões, nº 8.987/95, admite pessoas não jurídicas apenas nas permissões, conforme estatuído em seu art. 2º, IV. Ainda, o inciso II conceitua o que é concessão de serviço público. Vejamos:

Art. 2°. Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Muni-

cípio, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente **à pessoa física ou jurídica** que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco. ¹⁰

A mesma lei, em seu art. 35, VI, ao tratar da extinção da concessão assim refere:

Art. 35. Extingue-se a concessão por:

[...]

VI – falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.¹¹

91

Ainda que tal redação possa conferir dúvida quanto a participação de pessoa física em concessões, eis que o art. 2°, IV de tal Lei admita ape-

⁸ NERY JUNIOR, 2006, op.cit., p. 657, grifos nossos.

⁹ BRASIL, 2002, op.cit.

¹⁰ Id., 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 art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm Acesso em: 26 de julho de 2010.

¹¹ BRASIL, 1995, op.cit.

nas nos casos de permissão, Marçal Justen Filho refere:

Por fim, cabe anotar um paradoxo: o art. 2º, incs. II e III, da Lei nº 8.987, prevê que a concessão somente será outorgada à pessoa jurídica (isoladamente ou em consórcio). Logo, seria logicamente impossível cogitar-se de a extinção de concessão por eventos relacionados com pessoas físicas. O problema comporta três soluções distintas. A primeira é considerar que o legislador errou ao redigir o inciso VI do art. 38. A segunda é entender que o legislador errou ao redigir o art. 2º, incs. II e III. A terceira é reputar que o legislador estava preocupado com extinção especificamente de permissões. Prefere-se a última alternativa, que preserva todos os dispositivos. 12

Assim, filiamo-nos ao entendimento supramencionado. Onde a redação do inciso VI do art. 38 cuida das permissões.

Assim, diante da situação peculiar analisada, opinamos pela não homologação do referido Contrato de Concessão, em razão de inobservância do item 2.1.1 do Edital, e dispositivos constantes da Lei nº 8.987/95, relativos à habilitação jurídica do licitante.

REFERÊNCIAS

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 art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm Acesso em: 26 de julho de 2010.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406. htm> Acesso em: 26 de julho de 2010.

BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Ins-

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 616.

titui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nºs 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: http://www.receita.fazenda.gov. br/legislacao/leiscomplementares/2006/leicp123.htm> Acesso em: 26 de julho de 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código Civil Comentado**. 4. ed. rev., ampl. e atual. até 20 de maio de 2006. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

A QUESTÃO DA
RESPONSABILIDADE E A DA
RESPONSABILIZAÇÃO
DAS EMPRESAS QUE PRESTAM
SERVIÇOS PARA A
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA,
NA ÁREA DE CONCURSOS
PÚBLICOS¹

Ana Paula Stolnik²

RESUMO: Esta monografia versa sobre a questão da responsabilidade e da responsabilização das empresas que prestam serviços para a Administração Pública, na área de concursos públicos. Em que medida essas empresas prestadoras de serviços na área de concurso público podem ser responsabilizadas pelo descumprimento do contrato firmado com a Administração Pública? Que espécies de sanções podem ser aplicadas, na hipótese de descumprimento, total ou parcial, das cláusulas contratuais? O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo específico propor que seja elaborada uma normatização sobre o tema. Foi desenvolvido com base na Constituição Federal (CF) de 1988, na legislação infraconstitucional pertinente ao tema, na doutrina e em diversas reportagens/notícias, veiculadas na mídia impressa e virtual. Foi verificada a situação de 13 concursos públicos, no período de 2007 – 2010, nas esferas federal, estadual e municipal. Constatou-se que em todos os processos seletivos estudados ocorreram irregularidades, que culminaram ou com a suspensão das provas, ou com a suspensão da nomeação de candidatos, ou com a

¹ Texto adaptado da monografia apresentada como requisito para aprovação na Disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II, indispensável para a colação de grau no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Faculdade de Direito, PUCRS.

² Administradora de Empresas, Auxiliar Técnico e Membro da Equipe de Apoio da Comissão de Licitações da AGERGS.

anulação dos concursos, ou com a transferência de data de realização de prova por motivo de segurança. A Administração Pública, ao firmar contrato com o particular para a execução de Serviços Técnicos Profissionais Especializados, deverá obedecer aos princípios constitucionais, previstos no art. 37, caput e aos preceitos da Lei Federal nº 8.666/93, que regulamenta o art. 37, XXI, da CF/88, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. O contrato firmado poderá ser rescindido, entre outros motivos, pelo não cumprimento ou pelo cumprimento irregular das cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos, devendo esta rescisão contratual ser motivada, assegurando-se, sempre, o contraditório e a ampla defesa. Embora haja previsão legal de sanções administrativas, nas hipóteses de inexecução total ou parcial dos contratos, estas não têm se mostrado suficientes. Assim, faz-se necessário normatização que contemple elementos que garantam a transparência, a lisura e a qualidade dos concursos públicos.

Palavras-chave: Concurso Público. Responsabilidade. Sanções.

1 INTRODUÇÃO

O tema desta monografia foi escolhido em virtude da relevância dos concursos públicos, nos dias atuais, tanto do ponto de vista social como econômico. É indiscutível que o concurso público representa a democratização das oportunidades de trabalho.

Por se tratar de um tema novo, houve dificuldades em encontrar bibliografia que abordasse, especificamente, esse assunto em maior profundidade, representando, desta forma, um desafio metodológico.

O sonho da estabilidade e, também, de uma boa remuneração faz com que exista, cada vez mais, um número elevado de inscritos para prestar as tão temidas e concorridas provas, chegando, por exemplo, a 41 mil inscritos, como no caso do Concurso Público para a Caixa Econômica Federal (Zero Hora, sábado, 15 de maio de 2010) e 61.277 inscritos no Concurso Público para o cargo de Oficial Escrevente, do Tribunal de Justiça/RS (Zero Hora, domingo, 26 de setembro de 2010).

Segundo matérias veiculadas nos sites³, 1.064.209 (um milhão, ses-

³ R7: notícias, ... [S.l.]: Record, 2009. Disponível em: http://noticias.r7.com/ Acesso em: 05 ago. 2010. G1: o portal de notícias da Globo. [S.l.]: Globo, 2010. Disponível em: http://g1.globo.com/ Acesso

em: 12 maio 2010.

senta e quatro mil e duzentos e nove) pessoas se candidataram às 6.565 vagas a serem preenchidas para os Correios, o que significa **162.103 candidatos por vaga**.

Na esfera pública, a contratação de empresas prestadoras de serviços, na área de organização de concursos públicos, deve ser realizada através de procedimento licitatório - Lei Federal nº 8.666/93. Entretanto, alguns problemas têm ocorrido, como, por exemplo, anulação dos concursos públicos, seja por desconhecimento das regras pelas bancas examinadoras, seja pela ausência de recursos humanos capacitados e treinados para tanto, seja pela fraude, entre tantas outras ocorrências verificadas.

Tais problemas constatados ferem os princípios norteadores da Administração Pública, causam prejuízos à própria Administração, geram demandas judiciais, desencadeiam prejuízos, também à sociedade, além de frustrarem as expectativas de milhares de candidatos e de suas famílias, causando-lhes, na maioria das vezes, prejuízos de natureza financeira e emocional inestimáveis.

Considerando a realidade acima referida, cabem alguns questionamentos:

- em que medida as empresas prestadoras de serviços na área de concurso público podem ser responsabilizadas pelo descumprimento do contrato firmado com a Administração Pública?
- que espécies de sanções podem ser aplicadas, na hipótese de descumprimento, total ou parcial, das cláusulas contratuais?

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS CONCURSOS PÚBLICOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

A realização de concurso público de provas ou provas e títulos para a investidura em cargo ou emprego público é norma cogente, segundo o que dispõe o art. 37, II, da Constituição Federal de 1988.

A súmula 685 do Supremo Tribunal Federal (STF)⁴ dispõe: "É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargos que não integra a carreira na qual anteriormente investido."

Cavalcanti de Souza⁵ observa que "[...] ao longo da evolução histórica constitucional brasileira, sempre houve remissão à possibilidade de restringir-se o acesso aos cargos públicos".

Conforme o autor supracitado, na Constituição Federal de 1934 aparece, pela primeira vez, em nível constitucional, a exigência de concurso público como condição de acesso aos cargos públicos. Entretanto, tal requisito era limitado à primeira investidura, sendo, então, permitidas as ascensões, transferências e progressões, sem concurso.

O art. 168 da Constituição de 34 dispunha que os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, sem distinção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a lei estatuir.

O art. 170 destacava a *exigência de concurso público de prova ou títulos* para a primeira investidura. Dessa forma, o acesso aos cargos públicos poderia ser realizado por provas de títulos apenas.

As Constituições de 1937 e de 1946 continham disposições semelhantes e reproduziam o texto da Constituição de 1934 no que se refere à acessibilidade mediante a observância dos requisitos legais.

Já a Carta Magna de 1967, embora tenha repetido a normatização prevista na Constituição de 1946, suprimiu a expressão "primeira investidura" e estabeleceu que o concurso público deveria ser de provas ou provas e títulos.

Entretanto, a Emenda Constitucional 01/1969 exigia concurso apenas para o primeiro ingresso no serviço público, a chamada investidura originária.

Assim, seriam permitidas as transferências e ascensões sem con-

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. DJ 09/10/2003, p. 5.

curso, denominadas provimento derivado, o que foi banido do ordenamento jurídico pelo STF.

Segundo Agapito Machado Júnior⁶, "[...] o art. 37, II, da CF de 1988, se aplica, em tese, a qualquer forma de provimento de cargo ou emprego público, condicionando, pois, tanto o provimento originário como o derivado a não burlar a essência do comando constitucional."

Na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷, "[...] não haverá mais acesso à função pública sem concurso público, salvo na hipótese de contratação temporária (art. 37, IX, da CF/88)."

3 CONCURSOS PÚBLICOS NA LITERATURA DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Segundo De Plácido e Silva⁸, o vocábulo concurso é

[...] derivado do latim *concursus*, de *concurrere*, possui, de um modo geral, sentido análogo à concorrência, pois que significa o ato ou fato de concorrer, em virtude do que mostra, em regra, a participação de várias pessoas a um ato, ou a afluência de coisas ou atos para a composição de outra coisa, evidência de um fato, ou constituição de um ato. [...] Na técnica do Direito Administrativo e do Direito Civil, embora não se prive o vocábulo de seu sentido originário, de afluência de disputantes à conquista de determinado prêmio ou promessa, possui a função de designar o processo de seleção, posto em prática por uma pessoa ou pela autoridade pública, a fim de escolher candidatos de um trabalho ou ao exercício de um cargo.

Na concepção do ilustre administrativista Hely Lopes Meirelles⁹, concurso é

⁵ SOUSA, Luís Marcelo Cavalcanti de. *Controle Judiciário dos concursos públicos*. São Paulo: Método, 2007, p. 20.

⁶ MACHADO JUNIOR, Agapito. Concursos Públicos. São Paulo: Atlas, 2008, p. 15.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 422.

⁸ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico/atualizadores*: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 27. ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2008, p. 332.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 412.

[...] o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do servidor público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, II, da CF.

Para Diógenes Gasparini¹⁰, concurso público "[...] é o procedimento posto à disposição da Administração Pública direta e indireta, autárquica e fundacional pública, de qualquer nível de governo, para a seleção do futuro melhor servidor, necessário à execução de serviços sob sua responsabilidade."

Concurso público, no entendimento de Luís Marcelo Cavalcanti de Sousa¹¹, é a competição de provas ou provas e títulos destinada à contratação de servidores e empregados públicos, em igualdade de condições, para preencher os cargos e empregos públicos. Se não é a melhor, é a mais justa e democrática forma de contratação de pessoal na Administração Pública, na medida em que oferece igualdade de oportunidades e, presume-se, seleciona os melhores candidatos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹², ao tratar das normas constitucionais quanto às condições de ingresso dos Servidores Públicos, destaca o disposto no art. 37, II, da CF/88, com redação dada pela Emenda Constitucional nº19:

A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público, de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvada as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração.

emprego público exige a aprovação prévia em concurso público, o que não é exigível para o exercício de uma função. A função

Segundo a referida autora¹³, o exercício de um cargo ou de um

[...] só existirá para os contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do artigo 37, IX, e para funções de confiança, de livre provimento e exoneração, sendo que estas só são possíveis nas atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Di Pietro assinala, ainda, com muita propriedade, que o ingresso de servidor sem a observância das normas legais pertinentes, dá margem à Ação Popular, nos termos do artigo 4°, I, da Lei nº 4.717/65.

4 O PODER PÚBLICO DELEGADO NA FORMA DE EXECU-ÇÃO DE CONCURSOS PÚBLICOS

Estabelece a nossa Constituição¹⁴, em seu art. 5°, II, que "[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei." Trata-se de norma-princípio voltada exclusivamente para o particular, recebendo a denominação de princípio da autonomia da vontade. Desta forma, ao particular é possível fazer ou deixar de fazer tudo aquilo que a lei não proibir. Se não há lei proibitiva, portanto, permite-se qualquer forma de atuação, positiva ou negativa.

Entretanto, para a Administração Pública tal regra não existe. O administrador ou gestor público está submetido, entre outros, ao princípio da legalidade – uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Assim, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei.

¹⁰ GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 167.

¹¹ SOUSA, Luís Marcelo Cavalcanti de. Controle Judiciário dos Concursos Públicos. São Paulo: Método, 2007.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 488

¹³ Ibid., loc.cit.

¹⁴ BRASIL. Constituição (1988) Constituição [da] República Federativa do Brasil: 1988. Brasília: Ministério da Educação, 1988, p. 7.

A Constituição Federal de 1988¹⁵, no seu art. 37, XXI, estabelece:

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 do cumprimento das obrigações.

Pelo dispositivo constitucional, a Administração Pública, direta e indireta, de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, não possui liberdade quando deseja contratar obras, serviços, compras ou alienações, devendo observar sempre a supremacia do interesse público ou da finalidade pública.

Se caso não fosse exigível a contratação mediante licitação pública, a escolha das pessoas a serem contratadas ficaria ao arbítrio do administrador, deixando de atender, entre outros direitos, o direito de igualdade de condições a todos os concorrentes.

Assim, a nossa Constituição da República de 1988 determina que, salvo em casos especificados em lei, é obrigatório para a Administração Pública realizar licitação para a contratação de obras, serviços, compras ou alienações.

4.1 A OBRIGATORIEDADE DE LICITAR – LEI FEDERAL Nº 8.666/93

Em termos de legislação infraconstitucional, em nível federal, temos a Lei nº 8.666/93 e suas alterações posteriores.

A Lei Federal nº 8.666 de 1993, ao regulamentar o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, estabeleceu normas gerais sobre licita-

¹⁵ BRASIL, 2010, p. 23.

ções e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. De acordo com o parágrafo único, do art. 1º, da referida Lei, subordinam-se, também, às normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Assim, a celebração de contratos administrativos com terceiros, no âmbito da Administração Pública, deve ser, necessariamente, precedida de licitação, ressalvadas as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

A própria Lei nº 8.666/93¹⁶, em seu art. 3°, *caput*, tratou de conceituar licitação:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

No mesmo artigo, além de conceituar o que significa licitação, a referida Lei enumera os princípios norteadores de seu processo e julgamento, quais sejam:

• Princípio da Legalidade - Esse princípio vincula os licitantes e a Administração Pública às regras estabelecidas nas normas e princípios em vigor. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁷, segundo este princípio, a

¹⁶ BRASIL. Lei nº 8.666/1993. Regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. In: VADE Mecum compacto. Colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 3. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1267.

¹⁷ DI PIETRO, 2007, op.cit., p. 59.

Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No direito positivo brasileiro, esse postulado, além de referido no artigo 37, da Constituição Federal, está contido, também, no artigo 5°, inciso II, onde dispõe que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". A Administração Pública não pode, portanto, conceder direitos a qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados, ela depende, assim, de lei.

- Princípio da Impessoalidade Esse princípio obriga a Administração Pública a observar nas suas decisões critérios objetivos previamente estabelecidos, afastando a discricionariedade e o subjetivismo na condução dos procedimentos da licitação; portanto, todo o comportamento da Administração Pública tem que ser impessoal.
- Princípio da Moralidade e da Probidade Administrativa Para Di Pietro 18, este princípio exige da Administração comportamento não apenas lícito, mas, também, compatível com a moral, os princípios de justiça e de equidade, os bons costumes e as regras da boa administração. Assim, o administrador, além de cumprir o que a lei determina, deve pautar sua conduta na moral comum, fazendo o que for melhor e mais útil ao interesse público. Além de separar o bem do mal, o legal do ilegal, o justo do injusto, o conveniente do inconveniente, o gestor público deve distinguir o honesto do desonesto, deve agir com probidade, que nada mais é do que honestidade no modo de proceder.
- Princípio da Publicidade Os atos praticados pela Administração Pública devem ser amplamente divulgados; assim, a licitação também será pública, não será sigilosa. Todos os atos de seu procedimento deverão ser públicos e acessíveis ao público. Apenas o conteúdo das propostas será sigiloso, até a sua respectiva abertura. Esse princípio confere, além de transparência, a possibilidade de qualquer pessoa questionar e controlar toda a atividade administrativa que deve representar o interesse público, segundo Di Pietro 19. Com a publicação, presume-se o conhecimento dos interessados em relação aos atos praticados e inicia-se o prazo para in-

terposição de recurso e também os prazos de decadência e prescrição. A nossa própria Carta Magna faz menção em diversas oportunidades a esse princípio. Uma delas, prevista no art. 5°, LXXIII, trata da ação popular contra ato lesivo à moralidade administrativa.

• Princípio da Igualdade – Este princípio, além de permitir que a Administração Pública escolha a proposta mais vantajosa, assegura a igualdade de direitos a todos os interessados em firmar contrato com a Administração Pública. Pelo Princípio da Igualdade, fica vedado o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais. É um princípio consagrado na Constituição Federal/88²⁰, art. 37, 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 do cumprimento das obrigações.

- Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório Obriga a Administração Pública e o licitante a observarem as normas e condições estabelecidas no ato convocatório. Nem a Administração pode alterar as condições, nem o licitante pode apresentar propostas ou documentação em desacordo com o exigido no instrumento convocatório, sob pena de desclassificação ou inabilitação, respectivamente. Desse modo, nada poderá ser acrescentado, modificado ou excluído sem que haja previsão no ato convocatório (Edital).
- Princípio do Julgamento Objetivo Esse princípio significa que o administrador deve utilizar critérios objetivos e não subjetivos para o julgamento das propostas. Estes critérios são os definidos no ato convocatório. Este princípio busca afastar a possibilidade de o julgador utilizar-

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

²⁰ BRASIL, 1988, op.cit., p. 23.

se de fatores subjetivos ou de critérios não previstos no ato convocatório, mesmo que em benefício da própria Administração.

4.2 OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS FIRMADOS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PARTICULAR

Para os efeitos da Lei Federal nº 8.666/93, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

As disposições sobre os contratos celebrados entre a Administração Pública e o particular estão previstos no capítulo III, da referida Lei.

Os contratos administrativos são regulados pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público. Supletivamente, podem ser aplicados os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Tais contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, sempre de acordo com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

No art. 55²¹, *caput* e incisos de I – XIII, são elencadas as cláusulas consideradas necessárias em todo contrato:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização

IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
 V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classifica-

monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo

V - o crédito pelo qual correrà a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

VIII - os casos de rescisão;

pagamento;

IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;

X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Conforme está disposto no art. 58 da Lei²², em relação aos contratos administrativos, a Administração Pública tem a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 da Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

²¹ Id., 1993, op.cit., p. 1282.

²² BRASIL, 1993, op.cit., p. 1283.

[...]

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

O contrato administrativo deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas, respondendo cada uma das partes pelas consequências de sua inexecução, seja total ou parcial.

É obrigação do contratado reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados, conforme previsão legal no art. 69 da Lei.

Ainda, o contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração Pública ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo, na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

No que tange à responsabilidade do contratado pelos danos causados a terceiros, no caso concreto, candidatos inscritos em concursos públicos, não há o devido ressarcimento; a responsabilidade do contratado - empresa prestadora de Serviços Técnicos Profissionais na área de concursos públicos – se resume, tão somente, à devolução do valor cobrado a título de taxa de inscrição, sem que este valor seja, no mínimo, corrigido monetariamente.

4.3 A INEXECUÇÃO E A RESCISÃO DOS CONTRATOS

O art. 77 da Lei Federal nº 8.666/93²³ estabelece que a inexecução

²³ BRASIL, 1993, op.cit., p. 1285.

total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento. Os motivos que podem ensejar a rescisão de um contrato administrativo estão enumerados no art. 78, incisos I – XVIII:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;

IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;

V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação não admitidas no edital e no contrato;

VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta lei;

IX - a decretação ou a instauração de insolvência civil;

X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;

XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;

XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

XIII - a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou

compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no § $1^{\rm o}$ do art. 65 desta lei;

XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

XVI - a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto;

XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato;

XVIII - descumprimento do disposto no inciso V do art. 27, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

No caso concreto, um contrato firmado entre a Administração Pública e o particular, que tem sob sua responsabilidade a execução da prestação de Serviços Técnicos Profissionais Especializados – Execução de um Concurso Público –, poderá ser rescindido, entre outros motivos, pelo não cumprimento ou pelo cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos.

Entretanto, os casos de rescisão contratual deverão ser formalmente motivados nos autos do processo, assegurados sempre o contraditório e a ampla defesa. Poderá ser feita a rescisão contratual em três diferentes formas, conforme dispõe o art. 79 da Lei Federal nº 8.666/93²⁴:

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;

II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;

III - judicial, nos termos da legislação.

Segundo entendimento de Maria Sylvia Di Pietro²⁵, a rescisão contratual amigável ou administrativa é feita por acordo entre as partes, sendo aceitável quando haja conveniência para a Administração.

A rescisão judicial, normalmente, é requerida pelo contratado, quando haja inadimplemento pela Administração. O Poder Público não tem necessidade de ir a juízo, já que a lei lhe defere o poder de rescindir unilateralmente o contrato, nas hipóteses previstas nos incisos I a VII e XVII do art. 78 da referida Lei.

A rescisão amigável e a judicial devem ser requeridas nos casos estabelecidos nos itens XIII a XVI, do art. 78.

As hipóteses de rescisão unilateral da Administração Pública, por atos atribuíveis ao contratado, estão previstas nos incisos I a XI e XVIII, no art. 78. Nestes casos, cabe a rescisão unilateral da Administração, sem prejuízo, se for caso de inadimplemento culposo, das sanções administrativas cabíveis.

4.4 AS SANÇÕES PREVISTAS EM CONTRATOS FIRMADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os artigos 81-88 da Lei Federal nº 8.666/93 tratam das sanções ad-

²⁴ BRASIL, 1993, op.cit., p. 1286.

²⁵ DI PIETRO, 2007, op.cit.

ministrativas e da tutela judicial, aplicáveis aos contratos firmados pela Administração Pública e decorrentes do procedimento licitatório.

O atraso injustificado na execução do contrato poderá sujeitar o contratado à penalidade de multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório (Edital) ou no contrato, sendo que a aplicação da sanção de multa não impede que a Administração Pública rescinda unilateralmente o contrato e aplique outras sanções previstas na referida Lei.

Quando for o caso de inexecução total ou parcial do contrato, a Administração Pública poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções, previstas no art. 87²⁶:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

No que tange à suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública, por prazo não superior a dois anos, prevista no art. 87, inciso III, consideramos que este prazo é reduzido, não produzindo o efeito a que se propõe – sanção administrativa. No nosso entendimento, este prazo deveria ser ampliado para prazo não superior a quatro anos quando, nos atos praticados pelo contratado, fosse comprovado o inadimplemento culposo, sempre assegurado o contraditório e a ampla defesa.

²⁶ BRASIL, 1993, *op.cit.*, p. 1287.

A Administração Pública tem a prerrogativa, ou seja, o direito exclusivo, de aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste, conforme previsto no art. 58, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/93.

Pela leitura do disposto no *caput* do art. 87, a Administração Pública **poderá**, isto é, tem a faculdade de aplicar ou não as sanções previstas na Lei.

No nosso entendimento, na hipótese de inexecução total ou parcial do contrato firmado com a empresa prestadora de Serviços Técnicos Profissionais Especializados, na área de concursos públicos, a Administração Pública **deverá** aplicar as sanções administrativas, de modo impositivo, garantida sempre a prévia defesa, respeitando-se, além do Princípio da Legalidade, também, o Princípio da Supremacia do Interesse Público.

5 ANÁLISE E ESTUDOS DE CASOS

Embora haja previsão legal de sanções administrativas, nas hipóteses de inexecução total ou parcial dos contratos – arts. 86 a 88, da Lei Federal nº 8.666/93, estas não têm produzido o efeito a que se propõem – sanções administrativas. As notícias veiculadas acerca dos concursos públicos são extremamente graves e preocupantes. Mesmo sabendo que as notícias jornalísticas não são fontes científicas, trazemos algumas delas, coletadas em jornais, tão somente como forma de ilustrar a necessidade de normatização que garanta a transparência, a lisura e a qualidade dos concursos públicos.

- Fraudes em concursos atingem cem municípios Correio do Povo, 12 de abril de 2008, capa e p.14.
- MP investiga 13 empresas em fraudes de concurso Zero Hora, 13 de abril de 2008, p. 23.
- Em 15 meses, concursos suspenso afetaram mais de 475 mil candidatos Zero Hora, 21 de fevereiro de 2009, capa, pp. 4 e 5.
 - TJ terá nova organizadora Zero Hora, 17 de março de 2010, p. 2.

- Seleção para Oficial de Justiça sob suspeita Zero Hora, 21 de abril de 2010, p. 23.
- Desconfiança sobre provas para Oficial de Justiça Zero Hora, 13 de maio de 2010, p. 26.
- Etapa de concurso pode ser anulada Zero Hora, 14 de maio de 2010, p. 28.
- Sonho da estabilidade 41 mil disputam a Caixa Zero Hora, 15 de maio de 2010, p.22.
 - Calendário incerto Zero Hora, 02 de junho de 2010, p. 2.

É notória a ocorrência de suspensão da aplicação de provas e, também, a anulação de Concursos Públicos. Os motivos que podemos destacar são, entre outros, a mudança no edital após encerramento das inscrições, sem a devida reabertura de novo prazo de inscrição, a alteração no edital 30 dias antes da aplicação das provas e, até mesmo, após a realização das provas.

Ocorrem, também, divergências entre o conteúdo das provas e o divulgado nos editais, questionamento dos critérios de correção, identificação de questões iguais às perguntas já formuladas em concursos anteriores, distribuição equivocada de provas, irregularidades na identificação dos candidatos, tratamento indevido a portadores de necessidades especiais e despreparo dos coordenadores e fiscais.

E por fim, com maior relevância, no nosso entendimento, a suspeita de fraude e a efetivação da mesma, como, por exemplo, a violação dos lacres que garantem o sigilo das provas.

A Lei Federal nº 8.666/93, no capítulo IV, seção II, arts. 89 a 99, dispõe sobre Crimes e Penas; entretanto, estas são aplicáveis apenas ao procedimento licitatório.

Por outro lado, no Decreto-Lei nº 2.848/40 – Código Penal – não encontramos, a princípio, uma norma penal específica que tipifique a conduta de fraudar concursos públicos.

A análise dos dados coletados, mesmo que superficialmente, revela

que, em relação aos concursos públicos, os diversos problemas apresentados pelas empresas que prestam Serviços Técnicos Profissionais Especializados para a Administração Pública, na área de concursos públicos, variam desde aspectos administrativo-operacionais, passando por recursos humanos e envolvendo questões de segurança e confiabilidade jurídicas.

Cabe destacar que, na esfera federal, o Decreto 6.944, de 21 de agosto de 2009, que dispõe sobre normas gerais relativas a concursos públicos, entre outras providências, representa um avanço, principalmente no que se refere às informações mínimas que devem constar do edital de abertura de inscrições, conforme previsto no seu art. 19, incisos I ao XXI.

No tocante à realização de avaliações psicológicas em concurso público, o Decreto nº 6.944, de 21 de agosto de 2009, foi alterado pelo Decreto nº 7.308, de 22 de setembro de 2010.

Mais recentemente, após denúncias de irregularidades em seleções públicas, o governo federal propôs medidas normativas. O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão anunciou uma lista de medidas que envolvem desde a autorização e a contratação da empresa organizadora da seleção até a nomeação dos aprovados. As soluções apresentadas são resultado do grupo de trabalho instituído em junho do corrente ano para tratar da transparência dos exames, depois da deflagração da Operação Tormenta pela Polícia Federal (PF) - ação realizada na Grande São Paulo, em Campinas, na Baixada Santista e no Rio de Janeiro.

A Operação Tormenta foi deflagrada pela Polícia Federal com o objetivo de investigar e desmantelar uma quadrilha, com ramificação nacional, que fraudava, há 16 anos, os concursos públicos para os órgãos mais cobiçados, como por exemplo, a Receita Federal e Polícia Federal, cujos salários atingiam R\$ 20 mil. O valor cobrado pela prova variava de US\$ 50 a US\$ 150 mil.

Em 16 de junho do corrente ano, a Polícia Federal divulgou vídeo com imagens gravadas dentro da residência de um dos investigados na

Operação Tormenta. As imagens divulgadas pela polícia, disponível no *site*²⁷, mostram notas de reais e maços de dólares, cópias do caderno de prova do Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), gabaritos feito a mão, cópias da prova do concurso para Agente da Polícia Federal, enviadas por fax e datadas de setembro de 2009.

Segundo o diretor da Diretoria de Inteligência da PF, Marcos David Sallem, e o delegado Victor Hugo Rodrigues Alves, chefe da Operação²⁸, a PF

[...] prendeu os 12 principais operadores da quadrilha, todos de São Paulo, entre os quais o chefe do esquema, um empresário, dono de uma universidade em São Paulo. Outro preso é um policial da Polícia Rodoviária Federal. Os nomes não foram divulgados, por ordem judicial. O primeiro concurso que a PF tem notícia de atuação da quadrilha seria da Receita Federal, realizado em 1994.

Conforme a Polícia Federal, as investigações

[...] começaram em 2009 durante um concurso para Agente da PF. A partir dele, a polícia descobriu que havia uma quadrilha que conseguia acesso aos cadernos de questões antes da data de aplicação das provas. Além do próprio concurso da PF, o grupo teria acesso privilegiado às provas da 2ª fase do Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), realizado neste ano, e do concurso da Receita Federal (Auditor-Fiscal/1994).

A PF afirma, também, que "[...] até o momento, sabe-se que 53 candidatos tiveram acesso à prova de Agente Federal; pelo menos 26 à prova da OAB e, outros 41, ao exame da Receita Federal."

Ainda, conforme a Polícia Federal,

²⁷ PF Divulga Vídeo da Operação Tormenta: ação prendeu quadrilha de 12 pessoas sob suspeita de fraudar concursos públicos. Disponível em: http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/pf+divulga+video+da+operacao+tormenta/n1237669352675.html Acesso em: 11 out. 2010.

o grupo atuava em diversas frentes e realizava desde o aliciamento de pessoas que tinham acesso ao caderno de questões até o repasse de respostas por ponto eletrônico durante a realização do concurso e a indicação de uma terceira pessoa mais preparada para fazer a prova no lugar do candidato. Além disso, a quadrilha também é suspeita de falsificar diplomas quando o cliente não possuía a formação exigida.

Finalmente, a Polícia Federal afirma:

[...] a ousadia do grupo era tanta que, mesmo após a divulgação do vazamento da prova da OAB, a quadrilha se organizava para fraudar pelo menos outros seis concursos. São eles: Caixa Econômica Federal, Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), Advocacia Geral da União (AGU), Santa Casa de Santos, Defensor Público da União e Faculdade de Medicina de Ouro Preto.

Luís Marcelo Cavalcanti de Sousa²⁹ dedica um capítulo de sua obra *Controle Judiciário dos Concursos Públicos* para tratar do que o autor considera a principal proposição legislativa sobre concurso público: o Projeto de Lei 92/2000. O referido projeto dispõe sobre as normas gerais relativas a concursos públicos e é constituído por 75 artigos que versam sobre:

- Das normas gerais; Do edital; Da inscrição; Da elaboração das provas; Da aplicação das provas; Da correção das provas; Das provas objetivas; Das provas discursivas; Das provas práticas; Das provas psicotécnicas;
- Das provas orais; Dos recursos; Dos candidatos aprovados; Da vida pregressa; e
 - Dos atos contra o concurso público.
- O Projeto de Lei (PL) do Senado nº 92/2000 tramitou, conjuntamente com outros dois Projetos de Lei 539/1999 e 101/2000, que ver-

²⁸ Ibid.

²⁹ SOUSA, 2007, op.cit., p. 153-169.

savam sobre a mesma matéria, tendo sido rejeitado e arquivado. Estamos em 2010, isto é, transcorreram dez anos da proposição legislativa, que certamente deveria ser revisada, atualizada pelos parlamentares. Outros PLs tramitam em ambas as Casas do Congresso Nacional.

Nesse sentido, o objetivo específico do nosso trabalho de conclusão de curso – propor a elaboração de normatização – um marco regulatório que preencha o vazio legislativo que existe sobre o tema de concursos públicos.

6 CONCLUSÃO

Iniciamos o trabalho de conclusão de curso com dois questionamentos:

- em que medida as empresas prestadoras de serviços na área de concurso público podem ser responsabilizadas pelo descumprimento do contrato firmado com a Administração Pública?
- que espécies de sanções podem ser aplicadas, na hipótese de descumprimento, total ou parcial, das cláusulas contratuais?
 - O estudo realizado permitiu:
- a) elaborar algumas conclusões que, entretanto, não devem ser generalizadas nem interpretadas como definitivas;
 - b) formular respostas para os dois questionamentos iniciais; e
- c) propor normatização objetivo específico deste trabalho que garanta a transparência, lisura e qualidade dos concursos públicos.
 - a) Quanto às conclusões podemos destacar:
- O concurso público representa a democratização das oportunidades de trabalho. Apenas em 13 concursos estudados, inscreveram-se 1.596.238 (um milhão, quinhentos e noventa e seis mil e duzentos e trinta e oito) candidatos;

- É norma cogente (CF/88) a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos para a investidura em cargo ou emprego público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;
- Os Serviços Técnicos Profissionais Especializados contratados pela Administração Pública devem ser precedidos de licitação, ressalvadas as hipóteses de inexigibilidade e dispensa, previstas em lei;
- Nos 13 concursos estudados, nas esferas federal, estadual e municipal, realizados no período de 2007-2010, ocorreram irregularidades que culminaram ou com a suspensão das provas, ou a suspensão da nomeação de candidatos, ou a anulação dos concursos, ou com a transferência de data de realização de prova por motivo de segurança;
- As empresas que prestam Serviços Técnicos Profissionais Especializados para a Administração Pública, na área de concursos públicos, evidenciam diversos problemas de natureza administrativo-operacionais, qualificação de recursos humanos e, principalmente, questões de segurança e confiabilidade jurídicas; e
- As irregularidades constatadas ferem os princípios norteadores da Administração Pública, causam prejuízos não só à própria Administração, mas, principalmente, causam prejuízos à sociedade, além de frustrarem as expectativas de milhares de candidatos e de suas famílias, causandolhes, na maioria das vezes, prejuízos de natureza financeira e emocional inestimáveis.
 - b) Quanto aos questionamentos iniciais:

Para ambos os questionamentos, encontramos as respostas na própria Lei Federal nº 8.666/93 e alterações posteriores.

- Em que medida as empresas prestadoras de serviços na área de concurso público podem ser responsabilizadas pelo descumprimento do contrato firmado com a Administração Pública?

Nos termos do art. 66 da Lei, o contrato administrativo deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas,

respondendo cada uma das partes pelas consequências de sua inexecução, seja total ou parcial. Assim sendo, no caso concreto - execução de um concurso público delegado pela Administração Pública – a empresa prestadora dos Serviços Técnicos Profissionais Especializados é responsável pela inexecução total ou parcial do objeto do contrato administrativo.

É, também, obrigação do contratado reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados, conforme previsão legal no art. 69 da Lei.

Ainda, o contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração Pública ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo, na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

- Que espécies de sanções podem ser aplicadas, na hipótese de descumprimento, total ou parcial, das cláusulas contratuais?

O Capítulo IV da Lei Federal nº 8.666/93 trata das sanções administrativas e da tutela judicial.

Nos artigos 81-88 encontramos as sanções administrativas aplicáveis aos contratos firmados pela Administração Pública e decorrentes do procedimento licitatório.

O atraso injustificado na execução do contrato poderá sujeitar o contratado, por exemplo, à penalidade de multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório (Edital) ou no contrato, sendo que a aplicação da sanção de multa não impede que a Administração Pública rescinda unilateralmente o contrato e aplique outras sanções previstas na referida Lei.

Quando for o caso de inexecução total ou parcial do contrato, a Administração Pública poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções, previstas no art. 87:

I - advertência:

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos:

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Em síntese, as empresas prestadoras de Serviços Técnicos Profissionais Especializados para a Administração Pública, na área de concursos públicos, são responsáveis e podem ser responsabilizadas pelo descumprimento do contrato firmado com a Administração Pública, segundo o disposto nos artigos 66 e 69 supramencionados.

Conforme dispõe o art. 55, inciso VII, uma das cláusulas contratuais necessária é a que trata dos direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas. Em relação aos contratos administrativos firmados, a Administração Pública tem a prerrogativa de rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados e, também, aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste, conforme o dispositivo no art. 58, incisos II e IV, da Lei.

No nosso entendimento, a Administração Pública tem o poder-dever de aplicar as sanções existentes, considerando a supremacia do interesse público.

c) Quanto ao objetivo específico deste trabalho e quanto aos problemas de pesquisa que procuramos enfrentar nesta monografia, entendemos que para garantir a transparência, a lisura e a qualidade dos concursos públicos faz-se necessário a elaboração de uma normatização que regulamente o art. 37, II, da CF, da mesma forma que a Lei de Licitações

e Contratos Administrativos – Lei Federal nº 8.666/93 regulamenta o art. 37, XXI, da CF, contemplando, dentre outros, os seguintes aspectos:

- ✓ Aplicação nas três esferas: federal, estadual e municipal;
- ✓ Estabelecimento de requisitos mínimos que um edital de concurso público deve conter;
- ✓ Identificação mais rigorosa dos candidatos, utilizando-se, por exemplo, meio biométrico para identificá-los, na hora de aplicação da prova, bem como no momento de apresentação, pelos aprovados, da documentação necessária para a investidura no cargo;
- ✓ Treinamento de todos os envolvidos na realização do concurso público, devendo constar tal exigência em cláusulas contratuais;
- ✓ Uso de equipamentos de segurança, como câmeras de monitoramento, nos locais onde as provas serão impressas e acondicionadas em envelopes com lacre;
- ✓ Utilização de equipamentos de segurança, como detectores de metal, tanto no momento de ingresso dos candidatos no local de prova, assim como no eventual uso dos sanitários:
- ✓ Adoção de medidas de segurança mais severa, no que se refere à guarda e ao transporte das provas até o momento de sua aplicação;
- ✓ Gravação de provas orais para os cargos que exigem esta modalidade de prova medida esta já prevista para os concursos públicos federais conforme dispõe o Decreto nº 6.944, de 21 de agosto de 2009;
- ✓ Estabelecimento de critérios mais rigorosos para a seleção das Bancas Examinadoras, contratando-se examinadores com notórios conhecimentos, experiência e reputação ilibada, capazes de elaborar questões inéditas, de acordo com o grau de escolaridade e a complexidade do cargo, conforme o previsto no instrumento convocatório. Tal medida evitaria, assim, que questões idênticas fossem utilizadas em provas para cargos de nível de escolaridade diferente. Evitaria, também, que integrantes de bancas examinadoras de concursos públicos ministrassem cursos de preparação para o respectivo concurso;

- ✓ Exigência de análise técnica das questões, revisão de Língua Portuguesa e de impressão, garantindo-se que as questões sejam elaboradas de acordo com a tecnologia de elaboração de provas. Esta exigência diminuiria o número de recursos e/ou o número de questões anuladas, em virtude, por exemplo, de erros de português e de digitação;
- ✓ Não autorização de abertura de concurso público única e exclusivamente para o provimento de 'cadastro reserva' a exemplo do Concurso Público do TRE SC, em 2009, com 33.106 inscritos, com inexistência de cargo vago; e
- ✓ Envio ao Congresso Nacional de Projeto de Lei, tipificando como crime a fraude em concurso público, considerando-se a aparente lacuna existente na legislação penal.

Concluindo, podemos afirmar que a realização do trabalho de conclusão de curso contribuiu não só para a nossa formação acadêmica, mas, principalmente, contribuiu para o nosso crescimento pessoal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição [da] República Federativa do Brasil 1988**. In: VADE Mecum compacto. Colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848/1940**. Código Penal. In: VADE Mecum compacto. Colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Decreto nº** 6.944/2009. Estabelece medidas organizacionais para o aprimoramento da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, dispõe sobre normas gerais relativas a concursos públicos, organiza sob a forma de sistema as atividades de organização e inovação institucional do Governo Federal, e dá outras providências. Publicado no

DOU de 24.8.2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6944.htm Acesso em: 12 maio 2010.

BRASIL. **Decreto nº 7.308/2010**. Altera o Decreto nº 6.944, de 21 de agosto de 2009, no tocante à realização de avaliações psicológicas em concurso público. Publicado no DOU de 23.9.2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7308.htm Acesso em: 12 maio 2010.

BRASIL. **Lei 8.112/1990**. Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União. In: VADE Mecum compacto. Colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Lei nº 8.666/1993**. Regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. In: VADE Mecum compacto. Colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. ___. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

G1: o portal de notícias da Globo. [S.l.]: Globo, 2010. Disponível em: http://g1.globo.com/ Acesso em: 12 maio 2010.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

KASPARY, Adalberto José. **Redação Oficial:** normas e modelos. 16. ed. rev. e atual. Porto Alegre: EDITA, 2003.

MACHADO JÚNIOR, Agapito. **Concursos Públicos.** São Paulo: Atlas, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

PF Divulga Vídeo da Operação Tormenta: ação prendeu quadrilha de 12 pessoas sob suspeita de fraudar concursos públicos. Disponível em: http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/pf+divulga+video+da+operacao+tormenta/n1237669352675.html Acesso em: 11 out. 2010.

R7: notícias, ... [S.l.]: Record, 2009. Disponível em: http://noticias.r7.com/ Acesso em: 05 ago. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. [*Site*] Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site/ Acesso em: 9 mar. 2010.

SANTANA, Jair Eduardo; ANDRADE, Fernanda (Org.). **Legislação:** licitações, pregão presencial e eletrônico, leis complementares. 7. ed. Curitiba: Ed. Negócios Públicos do Brasil, 2009.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico/atualizadores:** Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 27. ed. Rio de Janeiro: Companhia Ed. Forense, 2008.

SOUSA, Luís Marcelo Cavalcanti. **Controle Judiciário dos Concursos Públicos.** São Paulo: Método, 2007.

GLOSSÁRIO

Administração – Órgão, entidade ou unidade administrativa, pelos quais a Administração Pública opera e atua concretamente.

Administração Pública – A administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo, inclusive, as entidades com personalidade jurídica de direito privado, sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas.

Cadastro Reserva - É a expressão utilizada para designar vagas que poderão ser eventualmente abertas durante o período de eficácia do concurso.

Cargo Público - É o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.

Contratante – É o órgão ou entidade signatária do instrumento contratual.

Contratado – A pessoa física ou jurídica signatária de contrato com a Administração Pública.

Contrato - É todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Concurso Público – É a competição de provas ou provas e títulos destinada à contratação de servidores e empregados públicos, em igualdade de condições, para preencher os cargos e empregos públicos. Se não é a melhor, ainda é a mais justa e democrática forma de contratação de pessoal na Administração Pública, na medida em que oferece igualdade de oportunidades e, presume-se, seleciona os melhores candidatos.³⁰

Dignidade da pessoa humana - É o direito de acesso às condições mínimas de uma vida digna (moradia, alimento e vestimenta) e ao livre exercício de pensamento, expressão, inclusive à educação, saúde e trabalho.

Edital - É o ato escrito oficial, contendo aviso, determinação, ou citação, mandado publicar, por autoridade competente, no órgão oficial ou outros órgãos de imprensa, ou, ainda, afixado em lugares públicos, onde seja facilmente lido por todos. O edital é o veículo da norma que regula o processo seletivo público, tratando de todo o procedimento que vai desde a inscrição até a homologação e nomeação dos aprovados. A abertura de concurso para provimento de cargo público deve ser objeto de edital com ampla divulgação, alcançando um maior número de interessados, conforme legislação vigente.

Interesse Público – Ao contrário do particular, é o que assenta em fato ou direito de proveito coletivo ou geral. Está, pois, adstrito a todos os fatos ou a todas as coisas que se entendam de benefício comum ou para proveito geral, ou que se imponham por uma necessidade de ordem coletiva.

³⁰ SOUSA, 2007, op.cit.

Licitação - É o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas, dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

Nomeação - É uma das formas de provimento de cargo público. A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, obedecidos a ordem de classificação dos candidatos e o prazo de validade do concurso. O prazo de validade do concurso e as condições de sua realização serão fixados em edital que deverá ser publicado na imprensa oficial e em jornal diário de grande circulação.

Princípio da Eficiência - Introduzido pela Emenda Constitucional 19, este princípio obriga a Administração Pública a desenvolver mecanismos para o exercício de uma atividade célere e com qualidade.

Responsabilidade - Revela o dever jurídico em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas.

Sanção - Consiste em penalidade imposta – aplicação de multas, indenizações – no caso de descumprimento contratual.

Serviço – É toda a atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais.

³¹ MACHADO JÚNIOR, 2008, op.cit.

CONCESSÕES RODOVIÁRIAS: PROPOSTA DE REGULAÇÃO TARIFÁRIA COM BASE NA EXPERIÊNCIA DO SETOR ELÉTRICO

Miriam Suzana Rodrigues Schwarzbach¹ Roberto Tadeu de Souza Júnior²

1 INTRODUÇÃO

A Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS) tem como principal objetivo garantir a qualidade dos serviços públicos concedidos concomitantemente à manutenção do equilíbrio econômico e financeiro dos contratos firmados entre o Governo e as empresas delegatárias.

Dentre as áreas de atuação da AGERGS está a regulação das concessões rodoviárias realizadas pelo Estado do Rio Grande do Sul³, cujos contratos foram firmados no ano de 1998 possuindo vigência de quinze anos.

O processo de concessão das rodovias gaúchas foi realizado sem a participação da AGERGS, uma vez que a agência somente foi criada em

¹ Mestre em Recursos Hídricos e Saneamento, Especialista em Regulação e Técnica Superior da AGERGS.

² Mestre em Administração, Especialista em Regulação e Técnico Superior da AGERGS.

³ Tais concessões, definidas como Polos Rodoviários, foram originalmente fiscalizadas pela AGERGS, distribuídas respectivamente em sete diferentes contratos: Polos Carazinho, Metropolitano, Caxias do Sul, Lajeado, Gramado, Santa Cruz do Sul e Vacaria. Atualmente, cabe à AGERGS unicamente a fiscalização do polo rodoviário de Gramado.

1997 enquanto os editais de licitação, bases dos contratos, foram publicados no ano de 1996. Desta forma, a AGERGS não participou da elaboração e nem da homologação dos contratos de concessão, inserindo-se com dificuldade no posterior processo regulatório, tendo em vista os inúmeros problemas surgidos quando da efetiva implantação dos pedágios nas rodovias estaduais⁴.

A formação das tarifas a serem cobradas nas rodovias pedagiadas teve como premissa a regulação pela Taxa Interna de Retorno (TIR), sendo esta fixada, quando das licitações das rodovias, para os quinze anos da concessão. Estão previstos, na concepção das tarifas, reajustes anuais por um indexador setorial, além da possibilidade de revisões extraordinárias, em conformidade com a Lei Federal de concessões nº. 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, sempre que a ocorrência de fatos imprevistos comprovadamente resultem no desequilíbrio econômico e financeiro dos contratos. Importante destacar que as tarifas, bem como as consequentes Taxas Internas de Retorno não alavancadas⁵, foram definidas pelo próprio Poder Concedente no inicio da licitação.

Observa-se, entretanto, que esta forma de concepção tarifária e, por conseguinte, sua própria regulação, pode ser aperfeiçoada com vistas a compartilhar entre delegatárias e usuários as economias surgidas no decorrer do prazo de concessão, como, por exemplo, àquelas decorrentes da queda das taxas de juros pagas pelo mercado financeiro, da diminuição dos riscos regulatórios e setoriais e, ainda, de eventuais ganhos tecnológicos percebidos pelo concessionário.

Ao estudar a regulação tarifária do setor elétrico, de responsabilidade da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), observa-se que são adotados mecanismos possíveis de serem aplicados na solução das deficiências tipicamente constatadas em uma concessão rodoviária, como, por exemplo, o caso prático analisado neste trabalho. A proposta

⁴ O início da concessão dos polos rodoviários gaúchos foi marcado por uma série de ações judiciais, paralisações e alterações unilaterais dos contratos.

de utilizar a experiência do setor elétrico justifica-se porque a ANEEL já conta com um histórico de dois ciclos de revisão tarifária, ao longo dos quais foi analisado o impacto das regras aplicadas e procedidos os aperfeiçoamentos necessários para melhor equilibrar os benefícios decorrentes das mudanças do mercado regulado entre as partes interessadas (consumidores, governo e concessionárias).

O presente trabalho propõe debater possíveis reformulações na metodologia tarifária usualmente empregada na regulação dos contratos de concessão rodoviária, tendo como base a experiência do setor elétrico. Tais proposições vão ao encontro da constante necessidade de adaptação dos instrumentos regulatórios empregados pelo gestor público, bem como da possibilidade de novas licitações a partir de 2013, período em que se encerram os atuais contratos.

2 DA IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE POLOS RODOVIÁRIOS NO ESTADO

A concessão das rodovias estaduais teve início com a elaboração, pelo Departamento Estadual de Estradas de Rodagem (DAER), do Programa Estadual de Concessões Rodoviárias (PECR), no ano de 1995, durante o governo Antônio Britto (1995-1998).

Para elaboração do PECR, o DAER agrupou trechos de rodovias estaduais e federais, de tal forma a compensar trechos de maior e menor rentabilidade, estabelecendo-se um subsídio cruzado entre eles e possibilitando uma maior transferência de rodovias à iniciativa privada. Formou-se, assim, o conceito de polo rodoviário. Cada polo era formado de um total variável entre três e cinco trechos, para os quais foi estimado o Volume Diário Médio de veículos (VDM)⁶. A tabela a seguir ilustra a situação dos polos gaúchos, com a respectiva distribuição percentual do VDM estimado para cada praça de pedágio, por ocasião da elaboração do PECR.

⁵ Define-se como grau de alavancagem a relação entre capital de terceiros e capital próprio. A introdução de alavancagem poderia conduzir a uma redução das tarifas, uma vez que o capital de terceiros deve custar menos que o capital próprio, principalmente por que o custo da dívida é abatido do lucro líquido da empresa, reduzindo a carga tributária.

⁶ Volume diário médio anual de tráfego dado pelo volume total anual de veículos por categoria dividido por 365.

TABELA 1 - Distribuição do Volume Diário Médio (VDM) por Praça de Pedágio: estimativas de tráfego das propostas comerciais

Polo Rodoviário	Praça 1	Praça 2	Praça 3	Praça 4	Praça 5
Vacaria	37%	39%	24%	-	-
Santa Cruz do Sul	31%	24%	44%	-	-
Metropolitano	28%	14%	28%	30%	-
Lajeado	14%	9%	25%	31%	21%
Gramado	48%	16%	36%	_	-
Caxias do Sul	15%	14%	5%	66%	-
Carazinho	13%	28%	26%	34%	

FONTE: SOUZA JÚNIOR, 2007.

O próximo passo foi dar início ao processo licitatório, na modalidade concorrência, tendo como critério de julgamento a proposta que abrangesse a maior extensão rodoviária a ser operada pela concessionária além da extensão mínima definida pelo DAER (SOUZA JÚNIOR, 2007). O edital de licitação continha, além da súmula do contrato de concessão, o Projeto de Engenharia Econômica (PEE) e o Projeto Básico de Exploração Rodoviária (PBE). As Taxas Internas de Retorno (TIR) foram fixadas, no edital, em valores próximos a 17%, sem considerar o financiamento dos investimentos com capital de terceiros (alavancagem).

A concorrência foi realizada em duas etapas: habilitação e julgamento das propostas comerciais. Observou-se o pequeno número de interessados que, segundo Souza Júnior (2007), poderia ser decorrente da falta de um marco regulatório que garantisse estabilidade aos contratos, dificultando as respectivas estimativas dos riscos implícitos ao empreendimento, uma vez que esta foi a primeira experiência gaúcha na concessão de rodovias.

Findo o processo licitatório, foram celebrados os contratos, formulados para garantir que, após sua vigência, as rodovias teriam uma vida útil adicional entre sete e oito anos. Esta previsão era necessária no sentido de dar prazo ao Poder Público para decidir quais as providências

a serem adotadas para a garantia de serviço adequado aos usuários das rodovias, após o término dos contratos, ou, ainda, conferir tempo hábil para realização de novas licitações.

Após a execução dos trabalhos iniciais por parte das concessionárias, inicia a operação dos polos rodoviários, o que ocorreu no período entre maio e dezembro de 1998. O início da concessão dos polos rodoviários gaúchos foi marcado por uma série de ações judiciais, paralisações nos serviços de arrecadação e alterações unilaterais dos contratos.

Quando do descumprimento dos contratos por parte do Poder Concedente, a AGERGS tentou, sem sucesso, atuar como instância mediadora dos conflitos, os quais culminaram com a assinatura dos termos aditivos, tendo sido estes elaborados sem a participação da Agência Reguladora.

Esses aditivos incluíram recomposições tarifárias adicionais, visando compensar os descumprimentos de contratos promovidos pelo Governo do Estado, tais como os reajustes não concedidos nas datas legalmente previstas. Estas reposições foram escalonadas nas datas de dezembro/2001, dezembro/2002 e dezembro/2003 e chegaram a um total de 36,67% de reajuste para carros de passeio e 25,85% para veículos comerciais, evidenciando-se ainda o aumento do subsídio tarifário entre essas duas categorias. Além disto, os aditivos previram a redução dos padrões mínimos de qualidade das rodovias, medidos através de avaliações objetivas⁷.

No caso dos polos rodoviários gaúchos, pode-se afirmar que o descumprimento dos contratos de concessão e a ausência de poder decisório por parte da Agência Reguladora implicaram redução da qualidade mínima das rodovias pedagiadas vis à vis ao aumento das tarifas, trazendo prejuízo na relação custo-beneficio percebida pelos usuários.

Tal fato sugere a importância da participação da Agência Regu-

⁷ Por exemplo, o valor limite do coeficiente de irregularidade (QI), que mede o conjunto dos desvios viários em relação a um plano de referência, foi elevado de 40 contagens por quilômetro para 59 contagens por quilômetro. Segundo Pinto e Preussler (2002), os movimentos e esforços indesejáveis produzidos pela irregularidade longitudinal (no sentido do movimento do veículo) de um pavimento conduzem a uma condição de rolamento desconfortável, insegura e antieconômica. Ainda segundo estes autores, o aumento do QI de 40 para 59 proporciona uma redução de qualidade das rodovias, que passou de regular (QI=40) a ruim (QI=59).

ladora na elaboração de futuros editais de licitação, emprestando uma maior estabilidade às concessões através da redução dos riscos de comportamento oportunista. Frisa-se aqui que os contratos atuais e o arranjo institucional existente não conferem à agência o *enforcement* necessário à adequada regulação do setor. É na esteira de uma efetiva participação do órgão regulador que citamos a implementação de mecanismos tarifários mais eficientes, os quais possam garantir o adequado compartilhamento entre usuários e concessionárias das economias alcançadas no decorrer da vigência dos contratos sem, no entanto, implicar prejuízos aos níveis mínimos de qualidade estabelecidos.

3 DA REGULAÇÃO TARIFÁRIA DOS POLOS RODOVIÁRIOS CONCEDIDOS GAÚCHOS

As premissas contratuais da estrutura tarifária dos polos rodoviários concedidos no Estado do Rio Grande do Sul podem ser resumidas em:

- a) taxa de retorno fixada para os 15 anos de vigência dos contratos, conforme propostas comerciais das concessionárias vencedoras das licitações;
- b) exigência de cumprimento de um projeto de engenharia, que contemplou os quantitativos e custos envolvidos na conservação e manutenção, bem como nos investimentos a serem executados ao longo do período de concessão, para cada trecho de rodovia pedagiada;
- c) fixação do Volume Diário Médio de tráfego (VDM) e de sua respectiva taxa anual de crescimento durante todo o período de concessão de acordo com as propostas comerciais das concessionárias;
- d) o VDM é risco da concessionária, ou seja, a remuneração é sempre calculada pelo VDM projetado, independente do valor real, salvo a ocorrência de perdas de receita oriundas de fatores supervenientes;
- e) alavancagem com capital de terceiros de acordo com a proposta de cada concessionária;
 - f)reajustes anuais através de uma ponderação de indicadores da

Fundação Getúlio Vargas que, na sua maioria, refletem a variação de custos de obras rodoviárias e da construção civil, além de um índice de mercado (IGP-M);

- g) previsão de revisão tarifária e dos encargos das concessionárias somente no caso da ocorrência de fatos supervenientes ou de acréscimos e supressões de obras e serviços (revisão extraordinária conforme previsto pela Lei Federal nº 8.987/1995);
- h) atuação da Agência de Regulação como instância recursal, mediadora e fiscalizadora do cumprimento dos contratos;
- i)acréscimos e supressões de obras e serviços previstos no projeto de engenharia somente poderão ser realizados após aprovação do Poder Concedente; e
- j) reversão não onerosa dos bens da concessão (rodovias) ao término dos contratos.

A análise destes contratos permite concluir que, além da adoção do esquema tarifário via Taxa Interna de Retorno (TIR), eles foram elaborados com a intenção de adotar regras fixas para todo o período de concessão, demonstrando a influência do esquema regulatório de *Franchise Bidding*, ou Leilão de Demsetz.

A teoria do *Franchise Bidding* estabelece a adoção do leilão como um mecanismo ex-ante de competição, que tende a aproximar os preços aos que existiriam em caso de ambiente competitivo, substituindo a necessidade da existência de Agência Reguladora, e dos consequentes custos derivados da manutenção desta estrutura regulatória (*ex-post*).

A eficiência do processo depende da elaboração de contratos que prevejam regras claras para a concessão, do efetivo cumprimento dos mesmos, o que implica em estabilidade política e legal, além da participação de um significativo número de empresas no processo concorrencial.

Entretanto, o que ocorreu foram concorrências limitadas a um pequeno número de interessados nas licitações, sucessivos descumprimentos contratuais e o surgimento de comportamentos oportunistas, os

quais acabaram por alterar as condições jurídicas iniciais dos contratos, enfraquecendo a possibilidade de não regulação contida nas premissas do Leilão de Demsetz.

Desta forma, a fixação de todos os parâmetros contratuais não trouxe em seu escopo incentivos para uma maior eficiência econômica nas relações entre usuários e concessionárias, uma vez que o compartilhamento de eventuais ganhos de produtividade não foi previsto nos contratos originais. Além disso, os desequilíbrios aqui relatados seriam importantes argumentos para exclusiva absorção de tais ganhos por parte das concessionárias.

Nesse sentido, as contribuições de Williamson (1985) apresentam um contraponto à teoria do leilão de Demsetz. Segundo o autor, a longa duração dos contratos de concessão introduz elementos de incerteza aos contratos, tornando-se praticamente impossível prever todas as alterações que possam ocorrer no mercado durante este período. O autor também alerta para a possibilidade de manipulação de informações, por parte das concessionárias, ao término dos prazos dos contratos de concessão, para obter vantagens na competição junto ao próximo leilão⁸. Além disto, estas concessionárias teriam vantagens sobre os concorrentes, em decorrência da detenção de todo o conhecimento sobre a concessão. Estes aspectos demonstram que o leilão, por si só, não é adequado para garantir competitividade ao mercado, havendo a necessidade de um constante acompanhamento dos contratos.

Deve-se considerar que o modelo de concessão dos polos rodoviários foi implementado numa época em que as experiências brasileiras na área de regulação tarifária se restringiam a repassar ao consumidor todos os custos da concessão, como por exemplo a tarifação pelo custo médio aplicada no transporte público de passageiros, independentemente do ní-

vel mínimo de eficiência requerido pelas empresas. Neste sentido, os primeiros contratos de concessão rodoviária realizados no Estado representaram uma evolução, pois a partir da fixação de indicadores de qualidade contratuais e da previsão dos custos dos investimentos um determinado nível de eficiência econômica passou a ser exigido das delegatárias. Podese afirmar, assim, que os contratos foram fixados com a tecnologia da época, contudo, devendo evoluir com base na consolidação do processo regulatório do país.

4 A EXPERIENCIA DO SETOR ELÉTRICO NA REGULAÇÃO TARIFÁRIA

A regulação tarifária do setor elétrico abrange três mecanismos: revisão tarifária periódica, calculada num intervalo variável entre quatro e cinco anos; reajuste tarifário anual, com base no IGP-M; e revisão tarifária extraordinária, quando da ocorrência de fatos imprevisíveis que causem desequilíbrios contratuais. Tanto o reajuste tarifário anual como a revisão extraordinária já estão previstos nos contratos de concessão rodoviária, firmados tanto em nível federal como estadual. É a revisão periódica que consiste no diferencial da regulação tarifária do setor elétrico, pois introduz as adaptações necessárias para melhor equilibrar os impactos das mudanças do mercado que fatalmente ocorrerão no decorrer das concessões. Destaca-se aqui que em nível federal os novos contratos de concessões rodoviárias homologados pela Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT) passaram a contemplar cláusulas de ajustes anuais, visando adequar os cronogramas físico-financeiros contratados às necessidades emergentes. Tais ajustes podem ser entendidos como uma forma de revisão periódica, haja vista as correções de rumo permitidas por tal instrumento.

O esquema tarifário aplicado na regulação do setor elétrico é o *Price-Cap*, ou preço-teto. O preço-teto ou ainda o preço máximo da tarifa "P", para o período revisional fixado em contrato, é obtido através da

⁸O chamado risco moral ocorre quando uma das partes detém informação privada sobre as suas ações ou decisões. O exemplo clássico de *moral hazard* pode ser observado em um mercado de seguros, ao passo que a seguradora não sabe perfeitamente quais serão os efeitos da cobertura de seguro sobre as decisões dos indivíduos quanto a tomar medidas preventivas. Por exemplo, proprietários de imóveis podem não instalar extintores de incêndio caso tenham uma apólice de seguros, e proprietários de automóveis podem não instalar sistemas antifurto. O nome perigo moral vem do fato de que existe o perigo ou a possibilidade de o indivíduo atuar de maneira em princípio antiética ao não zelar pela integridade do seu patrimônio. (SOUZA JÚNIOR, 2007)

multiplicação do preço-teto inicial "*Po*" por um índice de realinhamento de preços diminuído de um "fator X", o qual refletiria o aumento da eficiência da empresa (VILLELA; MACIEL, 1999).

A cada revisão tarifária é fixado o valor do Fator X e do reposicionamento tarifário, sendo este último a modificação percentual da tarifa necessária ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Para o cálculo do reposicionamento tarifário, são projetadas, para o ano-teste⁹:

- a receita requerida para a manutenção da concessão. Esta receita é subdividida em "Parcela A", ou custos não-gerenciáveis, independentes da vontade ou influência da concessionária, e "Parcela B", ou custos gerenciáveis;
 - a receita verificada, calculada com os valores atuais das tarifas;
- a parcela denominada de "Outras Receitas", que representa as receitas que não decorrem exclusivamente das tarifas, mas que mantêm relação, mesmo que indireta, com o serviço público prestado¹⁰. Esta parcela é descontada do valor da "Receita Requerida" no cálculo do reposicionamento tarifário.

O presente trabalho vai focar o cálculo da Parcela B das receitas requeridas, pois os outros componentes do cálculo do reposicionamento tarifário referem-se a aspectos típicos do setor elétrico, não sendo cabível sua aplicação no setor de transportes.

A projeção dos custos da Parcela B no ano-teste abrange a seguinte metodologia:

- determinação dos custos operacionais eficientes, a partir da definição da "Empresa de Referência". Para determinação da empresa de referência, é realizada a definição detalhada dos processos e atividades envolvidos na distribuição de energia elétrica¹¹, bem como do levanta-

⁹ Período de 12 meses subsequentes à data da revisão tarifária.

- estimativa da remuneração adequada dos investimentos realizados com prudência, cujo cálculo implica na definição da base de remuneração 12 (capital a ser remunerado), da estrutura ótima de capital (relação entre capital de terceiros e capital total) e da taxa de retorno adequada para remunerar o capital.

A justificativa para a adoção da empresa de referência consiste na redução da assimetria da informação entre Agência Reguladora e concessionária. Isto, porque serão remunerados apenas aqueles gastos realizados dentro de padrões de eficiência, os quais são definidos a partir de uma metodologia de simulação dos processos das empresas reguladas. Para aplicar esta metodologia, cada uma das parcelas dos custos é calculada agrupando-se as empresas pelo critério de similaridade, sendo definidos os custos da atividade em função de uma eficiência média.

Para definição dos investimentos realizados com prudência é necessário:

- calcular a base de remuneração, através de método contábil, introduzindo os bens e investimentos prudentes realizados entre os ciclos de revisão tarifária e dando baixa nos bens já depreciados;
- avaliar a estrutura ótima de capital, que é a relação entre capital próprio e de terceiros. Esta estrutura é definida através de metodologia estatística, cujos dados de entrada são a estrutura ótima de capital adotada por empresas de distribuição de países que aplicam o esquema regulatório tarifário *price-cap*;
 - determinação da taxa de retorno, pela metodologia do custo mé-

¹⁰ A ANEEL define, nesta categoria, as receitas de compartilhamento de infraestrutura ocorridas, por exemplo, entre duas concessionárias de distribuição. O repasse destas receitas não é integral, mas de 90% das mesmas, de forma a manter o interesse da concessionária em adotar uma postura econômica.

¹¹ Fazem parte dos processos e atividades as estruturas de administração da empresa, de operação e manutenção das instalações e de comercialização.

mento dos respectivos recursos (físicos e humanos) e custos, tendo como premissa a eficiência alocativa da empresa e a obtenção da qualidade requerida para os serviços. Como resultado, os custos resultantes da empresa de referência devem corresponder aos que existiriam num mercado competitivo;

¹² A ANEEL adota como critério, para inclusão de novos bens na base de remuneração, a definição de investimentos prudentes, ou os "investimentos requeridos para que a concessionária possa prestar o serviço de distribuição cumprindo as condições do contrato de concessão (em particular os níveis de qualidade exigidos), avaliados a "preços de mercado" e "adaptados" através dos índices de aproveitamento". (ANEEL, 2006).

dio ponderado de capital, ou *Weighted Average Cost of Capital* (WACC). A taxa de retorno calculada pelo WACC consiste na média ponderada entre os níveis de risco aplicados nas parcelas do capital próprio e de terceiros, considerando que é necessário, para atrair os investidores, oferecer um retorno compatível com o obtido em outros investimentos de risco similar.

Cabe ressaltar que a adoção da metodologia do WACC tem como vantagem a possibilidade de modificar a taxa de retorno a cada ciclo de revisão tarifária em função da variação dos riscos que compõem o mercado regulado, quais sejam: risco país, risco cambial, risco de crédito, risco do mercado de referência e risco regulatório.

A metodologia de revisão tarifária periódica do setor elétrico está detalhada na Resolução ANEEL nº 338/2008.

5 CONCLUSÕES

A partir do caso prático das concessões rodoviárias gaúchas é possível observar as limitações de modelos regulatórios cujo grau de engessamento aos parâmetros iniciais não permitam correções de percurso. Sob o ponto de vista da regulação tarifária, objeto de análise desse artigo, a falta de incentivos ao compartilhamento entre usuários e empresas das economias surgidas ao longo da concessão e, principalmente, a adequação da Taxa Interna de Retorno às modificações macroeconômicas do país, exemplificam as limitações implícitas ao modelo atual. Além disso, especificamente no que se refere ao caso gaúcho, frisa-se que a pequena concorrência ocorrida no certame licitatório prejudicou o êxito de um sistema baseado no Leilão de Demsetz, ou seja, o estabelecimento de contratos de longo prazo cuja necessidade de ajustes futuros seriam menos relevantes.

A proposta aqui apresentada tem como base o modelo regulatório do setor elétrico que, segundo nossa avaliação, tem sido muito eficiente no quesito compartilhamento dos ganhos de eficiência (produtividade).

A última revisão tarifária concedida pela ANEEL, em 2008, teve como resultado índices de reposição inferiores à inflação para as três maiores concessionárias gaúchas, considerando fatores como a queda da taxa de juros e o aumento da eficiência das empresas. No entanto, é importante que se ressalte que o modelo puro de *Price-cap* não se aplica a uma concessão rodoviária, uma vez que os reduzidos avanços tecnológicos percebidos por esse setor seriam incompatíveis com a complexidade de tal modelo regulatório. Por outro lado, alternativas como a constituição de empresas de referência, inclusão de revisões tarifárias periódicas e emprego da WACC no ajuste da TIR contratada corroborariam no aperfeiçoamento do processo regulatório. A introdução de algum tipo de "fator x" independe da adoção do sistema *Price-cap*, sendo viável sua incorporação em modelos balizados pela Taxa Interna de Retorno ¹³, portanto, também aplicável à realidade rodoviária.

Sem a pretensão de esgotarmos o assunto, listamos abaixo algumas proposições no mínimo merecedoras de uma maior reflexão no contexto tarifário das concessões rodoviárias:

- a) Adoção de um modelo de Empresa de Referência para o cálculo dos custos de operação e manutenção das concessionárias, tendo como parâmetros o atingimento dos indicadores de qualidade previstos em contrato. O primeiro ciclo de revisão tarifária deverá se basear, para modelagem das Empresas de Referência, na estrutura de custos das concessionárias existentes, com previsão de aumento de eficiência alocativa para os próximos ciclos de revisão;
- b) Revisão do valor da Taxa Interna de Retorno contratada para compatibilizá-la com os níveis atuais de risco, devendo-se para isto adotar modelos objetivos, como é o caso do método do Custo Médio Ponderado do Capital (WACC). Observe-se que o valor atual da taxa de remuneração líquida r_{wacc} do setor elétrico é de 9,95% a.a., já alavancado, con-

¹³ Joskow e Schmalensee (1986) propuseram o modelo denominado de Sliding Scale Regulation (SS), o qual consiste em uma nova versão da TIR, permitindo ao regulador incentivar os ganhos de produtividade por parte do regulado, sem que estes sejam repassados exclusivamente para o usuário. Uma comparação entre os esquemas regulatórios tipo Price-Cap, taxa de retorno e SS pode ser consultada em Kirkpatrik e Parker (2004).

siderando uma estrutura de capital (capital de terceiros/capital total) de 57,16% e uma alíquota tributária de 34%. À taxa de remuneração líquida deve-se acrescer o valor dos impostos, resultando numa taxa bruta de 15,08¹⁴% a.a.. Ainda com relação a esta questão, dois pontos merecem ser destacados: (i) as recentes Taxas de Retorno contratadas pela ANTT após impostos situaram-se entre 8% a.a. e 10% a.a. e (ii) a adoção da WACC exclusivamente para novos contratos de concessão, respeitando-se as condições e taxas originalmente acordadas nos contratos vigentes;

- c) Adoção de redutores nos percentuais de reajustes tarifários previstos no contrato, tendo como base o estabelecimento de metas de produtividade exequíveis e compatíveis com a atividade; e
- d) Adoção de uma metodologia de repartição dos ganhos de produtividade a cada revisão tarifária periódica, com base no modelo *Sliding Scale Regulation*. ¹⁵

Ainda decorrente da experiência obtida pelo setor elétrico, a adoção de tarifações tendo como base a sazonalidade do consumo do bem também incentivaria um uso mais racional do rodovia, cobrando-se maiores tarifas nos horários de pico e menores nos horários onde inexistem congestionamentos (*Peak Load Pricing*). Nesse mesmo sentido, também torna-se interessante a implantação de incentivos a um maior uso das rodovias pedagiadas, como, por exemplo, a adoção de tarifas regressivas conforme o nível de utilização da rodovia.

No que se refere à atuação das Agências Reguladoras, reitera-se a necessidade de manutenção do controle sistemático e efetivo da qualidade das rodovias concedidas, sendo este o principal parâmetro para a medição da eficiência dos investimentos realizados. Outro ponto importante seria

a sistematização, com periodicidade pré-definida, de auditorias contábeis nas empresas delegatárias, antecipando-se às revisões tarifárias ordinárias e diminuindo assimetria de informações, exatamente como procedido pela ANEEL nas concessionárias do setor elétrico. Estas auditorias darão maior confiabilidade ao processo de regulação tarifária, uma vez que os dados contábeis são a base dos cálculos revisionais.

REFERÊNCIAS

AGERGS. Diagnóstico do Programa Estadual de Concessões do Rio Grande do Sul. 2005. Disponível em: http://www.agergs.rs.gov.br/ Acesso em: 26 maio 2009.

ANEEL. **Resolução ANEEL nº 234**, de 31 de outubro de 2006. Estabelece os conceitos gerais, as metodologias aplicáveis e os procedimentos iniciais para realização do segundo ciclo de Revisão Tarifária Periódica das concessionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2006234.pdf. Acesso em: 26 maio 2009.

. **Resolução ANEEL nº 338**, de 25 de novembro de 2008. Altera a Resolução Normativa nº 234, de 31 de outubro de 2006. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2008338.pdf Acesso em: 26 maio 2009.

AVERCH, H.; JOHNSON, L.L. Behaviour of the Firm under Regulatory Constraints. **American Economic Review**, Nashville, Tenn., v. 52, p. 1052-1069, dec. 1962.

CHONG, E. **Yardstick competition**: theoretical developments and empirical methods 2003. Disponível em: http://www.asegergs.org. br/biblioteca/regula-economica/yardstickcompetition> Acesso em: 26 maio 2009.

DEMSETZ, H. Information and Efficiency: another viewpoint. Jour-

¹⁴ A TIR média com alavancagem das concessionárias de polos rodoviários foi de 25,80% a.a.. A diferença de 10,08 % a.a. entre a taxa média do setor rodoviário e a do setor elétrico decorre não somente da queda dos juros, mas, também, da diferença do risco dos negócios.

¹⁵ Segundo o modelo SS, a taxa de retorno é ajustada sempre que o aumento de eficiência determinar um acréscimo da taxa de retorno para além de um valor limite Rmax. A taxa de retorno é então ajustada para Ra = Rt + h. (Rmax - Rt), onde Rt é a taxa de retorno calculada com os níveis de eficiência contratuais, inferiores aos reais, e h é um coeficiente fixado entre zero e um. Desta forma, são divididos os ganhos de eficiência com o consumidor, ficando a tarifa reduzida para se ajustar à nova taxa de retorno, cujo valor máximo é Rmax (h=1) e o valor mínimo é Rt (h = 0). Observe-se que o valor da taxa de retorno real antes do ajuste era de, no mínimo, Rmax.

nal of Law and Economics, Chicago, n. 12, p. 1-22, 1969.

JOSKOW, P.; SCHMALENSEE, R. Incentive Regulation for Electric Utilities. **Yale Journal on Regulation**, Atlanta, Ga., n. 4, p. 1-50, 1986.

KIRKPATRIK, C.; PARKER, D. **Infrastructure Regulation**: Models for Developing Asia 2004. Disponível em: http://www.adbi.org/discussion-paper/2004/05/06/22.infrastructure.regulation.asia/regulating.prices.and.profits.in.utilities/ Acesso em: 19 jun. 2009.

PINTO, S.; PREUSSLER, E. Conceitos Fundamentais Sobre Pavimentos Flexíveis. 2. ed. Rio de Janeiro: Copiarte, 2002.

SOUZA JÚNIOR, R.T. **As Concessões Rodoviárias Gaúchas à Luz do Sistema de Franchise Bidding**: 1996/2007. 2007. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Administração, Escola de Administração, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007, Porto Alegre, BR-RS.

VILLELA, A.V.; MACIEL, C.S. **A Regulação do Setor de Infra-Estrutura Econômica**: uma comparação internacional. 1999. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/pub/td/td_99/td_684.pdf Acesso em: 21 ago. 2007.

WILLIAMSON, O.E. **The Economic Institutions of Capitalism**. New York: The Free Press, 1985.

