

O Estado regulador nas concessões de serviços públicos

JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Ente regulador nas concessões. 3. Normas regulamentadoras. 4. Criação de um ente técnico. 5. Características do ente regulador. 6. Órgãos de condução e fiscalização. 7. Associação dos usuários. 8. Representação dos usuários. 9. Defesa dos direitos dos usuários. 10. Audiência pública. 11. Participação dos Estados e Municípios. 12. Sistemas de controle. 13. Dever de informação das concessionárias. 14. Resolução dos conflitos. 15. Ética dos entes reguladores. 16. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

O tema concessões já foi tratado em profundidade por renomados pesquisadores. Desde as primeiras concessões de que tratam os manuais, o interesse dos juristas tem sido quase que exclusivamente voltado para os aspectos do retorno do capital investido e a política tarifária, embora sejam estes um dos pontos de maior relevo no âmbito das concessões. No Brasil as primeiras concessões outorgavam ao particular, por sua conta, a construção e exploração das ferrovias. O Estado subvencionava uma certa importância a título de garantia dos juros, cuja finalidade era assegurar a estabilidade financeira dos concessionários, com a participação do Estado no risco da exploração.

As razões destes estudos estão dirigidas preferencialmente para a proposta de um ente regulador e fiscalizador, independente e capaz de atingir os objetivos que os usuários esperam da concessionária. Na delimitação deste tema, serviu a experiência de outros países que vivenciam os mesmos problemas com as concessões, em razão da dificuldade de conciliar a finalidade privada do concessionário que é o justo lucro de seu investimento, com os obje-

José Carlos de Oliveira é Professor do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da UNESP – Campus de Franca – SP.

vos da coletividade, preços justos e serviço adequado. Na busca em conciliar as experiências alienígenas e no intuito de propor a criação de um órgão técnico voltado para a nossa realidade, apresentamos a delimitação de um ente regulador a ser criado pelo legislador.

2. ENTE REGULADOR NAS CONCESSÕES

As mudanças implementadas pelas emendas à Constituição, visando tornar possível à iniciativa privada a gestão de serviços públicos, representam, na verdade, um marco inicial para criação de normas para regulamentar o modo de prestação dos serviços concedidos, para que o investidor privado obtenha o devido lucro em seu negócio e os usuários o serviço adequado com tarifas módicas.

Cada um dos serviços públicos (energia elétrica, gás, combustíveis, saneamento básico, ferrovias e rodovias) será individualmente regulamentado pelo Legislativo, de forma que o concessionário tenha uma linha mestra para atuar e que esta regulamentação sirva também de parâmetro para avaliar o grau de eficiência e do atendimento aos objetivos da gestão privada em serviços de interesse coletivo.

O Brasil viveu uma experiência similar quando a atividade privada atuava na geração, transporte e distribuição de energia elétrica e também no sistema de telefonia. Naquela época, Oswaldo Aranha Bandeira de Melo enfatizava que

“... o serviço exercido por concessão, em regra, tem seu fim deturpado pelo concessionário, o qual procura satisfazer quase que exclusivamente as suas ambições gananciosas, em detrimento do bem-estar coletivo – razão de ser do serviço. Demais, a fiscalização do poder público, contra abusos dos concessionários, é muito difícil e dispendiosa, pois estes procuram estabelecer o máximo de transbordos à ação do poder público, procurando, por todos os meios, fugir à sua interferência controladora”.

Com a volta das concessões, o poder público, antes de abrir algum serviço público à iniciativa privada, deve regulamentá-lo conforme dispõe o artigo 29 da Lei de Concessões. A ulterior normatização do serviço concedido impõe o reajuste da tarifa, para mais ou para menos, quando o poder concedente cria, altera ou extingue qualquer encargo legal, após a apresentação da proposta vencedora, quando comprovado seu impacto, tornando necessário o

restabelecimento do inicial equilíbrio econômico-financeiro, conforme parágrafo 3º do art. 9º da Lei de Concessões. Por isso, qualquer outra obrigação que o poder concedente imponha ao concessionário após a apresentação da proposta ou após a assinatura do contrato de concessão, dará margem ao pedido de atualização da tarifa. Outra questão que surgirá refere-se à atualização tecnológica do serviço e ampliação da rede de atendimento. Não obstante os parágrafos 1º e 2º do artigo 6º da Lei de Concessões expressamente consignarem como obrigação do concessionário a prestação do serviço adequado e a atualidade do serviço, compreendida como “modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”, o concessionário vai pleitear um reajuste das tarifas quando for solicitada a expansão do serviço. Isto não ocorrerá quando expressamente estiver consignado no contrato de concessão, que a tarifa arrecadada será aquela suficiente para o cumprimento de todas as exigências da lei, das normas técnicas, bem como para atualização e expansão dos serviços.

Além da necessária regulamentação que exige a própria Lei de Concessões, o poder concedente implementará a efetiva concorrência entre os concessionários. A concorrência entre os fornecedores de serviços é política das mais salutares para o atendimento efetivo dos fins públicos do serviço concedido. Em todas as áreas existe a possibilidade da concorrência, seja direta, quando dois concessionários atuarem na mesma região, seja indireta, pela comparação de desempenho e eficiência entre dois ou mais concessionários, que embora atuando em áreas distintas, faculte a visualização do atendimento dos objetivos legais, para impor correções e alterações nas tarifas.

A concorrência é possível também no fornecimento de energia elétrica, conforme prevê a Lei nº 9.074/95, no artigo 16:

“É de livre escolha dos novos consumidores, cuja carga seja igual ou maior que 3.000 KW, atendidos em qualquer tensão, o fornecedor com quem contratará sua compra de energia elétrica”.

Sendo que após oito anos da publicação da lei, o poder concedente poderá diminuir estes limites. Bem oportuno lembrar que no Reino Unido este limite está fixado em 1 MW, estando prevista a redução deste limite para beneficiar a livre concorrência no mercado supridor de energia elétrica.

No setor de telefonia a concorrência é medida que se impõe para o alcance dos objetivos do poder público. Em recente seminário sobre concessões e parcerias realizado na cidade de Ribeirão Preto, uma empresa multinacional de telecomunicações apresentou equipamento telefônico celular residencial, próprio para concorrer com a empresa fornecedora destes serviços por linha física. E ainda na área de telefonia celular móvel, a concorrência entre duas concessionárias, na mesma região, tende a diminuir o valor das tarifas para o consumidor e propiciar o aumento da qualidade dos serviços oferecidos.

A possibilidade ou mesmo a necessidade da livre concorrência no fornecimento de tais serviços não é suficiente para alcançar os fins que se espera das concessões. A norma regulamentadora impossibilitará ou dificultará as fusões e incorporações de empresas que visem dominar o mercado de uma determinada região ou dificultar a comparação dos serviços, com outras concessionárias, em termos de tarifas, eficiência e outros requisitos legais. Na hipótese da existência do monopólio privado no fornecimento de serviços, o poder concedente deverá ter mecanismos legais para desmembrar as atividades da empresa, como ocorreu nos Estados Unidos, com a divisão da AT&T, em 1984.

3. NORMAS REGULAMENTADORAS

As normas regulamentadoras dos serviços públicos abertos à gestão privada e de outros que o poder público possa inserir neste elenco atenderão a certos objetivos, dentre os quais elencamos os seguintes: a) proteger os direitos dos consumidores; b) promover a competitividade entre os concessionários; c) promover o livre acesso do usuário ao serviço com qualidade, continuidade, eficiência, igualdade, confiabilidade, e a não-discriminação entre usuários; d) homologar tarifas justas e razoáveis; e) atualizar constantemente o serviço; f) controlar, fiscalizar sem que haja ingerência política nos órgãos técnicos encarregados de promover a fiscalização; g) manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Cada serviço concedido exige uma norma que regule as relações que envolvem o concedente, o usuário e o concessionário, com objetivo de harmonizar os fins que se espera destas atividades, ou seja, a continuidade dos serviços com tarifas justas e razoáveis, qualidade e eficiência nos serviços.

4. CRIAÇÃO DE UM ENTE TÉCNICO

É necessária a criação de um ente técnico para supervisionar o atendimento dos objetivos elencados nas normas regulamentares e naquelas diretrizes específicas inseridas individualmente em cada contrato de concessão.

O ente técnico a ser criado pelo legislador possuirá competência para atuar de acordo com as normas reguladoras dos serviços. Sua competência vincular-se-á às atividades de controle e fiscalização dos concessionários para o atendimento dos objetivos elencados na lei.

Em razão do preceito constitucional estampado no inciso II do art. 5º, que prescreve: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", está claro que tanto a regulamentação dos serviços como a criação de um órgão técnico para fiscalizar o cumprimento dos objetivos esperados pela concessão de serviços devem ser criadas por lei, que atribuirá a competência, os limites e as responsabilidades.

Dentro dos limites de sua competência, podemos elencar alguns, como: prestação de serviço adequado pelo concessionário; o atendimento aos direitos dos usuários; a política tarifária; a prevenção de condutas anticompetitivas; o respeito e o cumprimento das normas legais, regulamentares e contratuais; a solução das controvérsias; e o poder-dever de intervir na concessão, aplicando as penalidades legais e contratuais.

Apesar de todas estas funções, em rol exemplificativo, o ente regulador não será o exclusivo defensor dos usuários, dos concessionários ou dos interesses do poder concedente. Sua função é mais ampla, ou seja, terá por finalidade o bem-estar da coletividade e o atendimento aos fins propostos pela normatização dos serviços.

A fiscalização dos serviços não é tarefa exclusiva dos entes reguladores. Participam deste poder-dever também os Estados, os Municípios e os usuários, estes, individualmente ou representados por associações ou outras entidades que velem pelos interesses da coletividade, seja quanto aos serviços propriamente ditos ou referente a interesses difusos.

5. CARACTERÍSTICAS DO ENTE REGULADOR

Em vista da necessidade de regulamentação dos serviços públicos e da criação de ór-

gãos técnicos¹ do poder concedente para a fiscalização das concessões, neste capítulo, faremos uma abordagem sintética das principais funções de um órgão regulador e fiscalizador a ser criado pelo Legislativo. Na verdade, a abordagem que segue tem suas raízes na lei de regulamentação e controle da Argentina, cujos antecedentes se remontam ao direito estadunidense, bem como às considerações de alguns doutrinadores que cuidaram do tema, sem deixar em segundo plano a nossa legislação de concessão de serviços públicos.

Todos os serviços públicos de interesse geral explorados por empresas de capital privado, mediante concessão ou permissão, serão objeto de regulamentação² pelo Legislativo e controle pelo poder concedente conforme dispõe o inciso I do artigo 29 da Lei de Concessões de serviços públicos. Depois de regulamentado, o controle e a fiscalização dos serviços serão exercidos pelos entes reguladores,

¹ No delineamento básico das idéias elencadas neste capítulo, foram consultados os seguintes documentos: *Ley de Regulación y control de los servicios públicos*; Cassagne, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994. Zarate, Enrique Carlos. *El Control de las concesiones de servicios públicos*. Buenos Aires: 1937. ENRE – *Ente Nacional Regulador de la Eletricidad*, informe anual 1993/1994, v. I e II. Cincunegui, Juan Bautista. *La regulación pública*. Buenos Aires: R.A.P. (193) p. 25-57. Adaglio, Alejandro. *El rol del Estado en la prestación de servicios públicos*. Buenos Aires: R.A.P. (153) p. 9-31. Collazo, Oscar Juan. *De la delegación en la prestación de servicios o en la ejecución de obras públicas a empresas privadas o mixtas mediante contratos de concesión. Su necesario control. Proposición de medidas a adoptar*. Buenos Aires: R.A.P. (149) p.7-27. Gordillo, Agustín. *Organismos de control*. Buenos Aires: R.A.P. (194) p.107-111. Lei nº 8.987, de 14 de fevereiro de 1995. Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

² Compete ao poder concedente editar a lei regulamentar de suas concessões. A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, traça os princípios básicos a serem atendidos nas concessões de serviços, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 1º desta lei: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.” A Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos no âmbito federal. No Estado de São Paulo, a Lei nº 7.835, de 8 de maio de 1992, dispõe sobre o regime de concessão de obras públicas, de concessão e permissão de serviços públicos.

ou órgãos técnicos do poder concedente, como prefere a Lei de Concessões, no parágrafo único do artigo 30. O controle será exercido conforme o regime de cada serviço público concedido e de acordo com as competências que as respectivas leis de criação lhes outorgue.

O ente regulador, como pessoa jurídica de direito público, tem capacidade e independência para atuar e gozar de autonomia financeira para exercer adequadamente suas funções. A sua autonomia financeira provirá de taxa de fiscalização, a cargo dos concessionários, suficiente para a manutenção do ente fiscalizador. Este encargo estará previsto no edital de licitação e nas normas regulamentares, salvo se o valor não representar impacto que afete o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 9º, parágrafo 3º da Lei de Concessões).

O órgão técnico do poder concedente, no exercício da polícia administrativa, levaria a cabo todo ato que fosse necessário ou conveniente para conhecer a situação do concessionário e o cumprimento das normas regulamentares e leis aplicáveis à concessão, contratada com o concessionário.

No caso de descumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes aos serviços, os usuários estão obrigados a levar ao conhecimento do ente regulador as irregularidades conhecidas, relativas ao serviço, para que o órgão técnico, tomando ciência dessa circunstância, aplique as medidas concernentes para obter o cumprimento da lei e dos regulamentos, conforme incisos do artigo 7º da Lei de Concessões.

As controvérsias ou questões suscitadas entre os usuários individuais ou associações de usuários (art. 29, inciso XII, da Lei de Concessões), e entre os concessionários, estariam submetidas ao julgamento administrativo, (art.23, inciso XV, da Lei de Concessões) pelos órgãos técnicos, sem prejuízo do direito de recorrer ao Judiciário. Este somente poderia revisar o ato impugnado por motivo de legitimidade, não por razões de mérito, conveniência ou oportunidade, ou em decorrência do interesse público.

6. Órgãos de condução e fiscalização

Os entes reguladores, ou órgãos técnicos como prefere a lei, conduzidos por um colegiado com estabilidade funcional, designados pelo Poder Executivo, com prévio acordo do Legislativo

(nada impede, e seria bem melhor que os membros deste órgão fiscalizador fossem escolhidos mediante concurso público de provas e títulos), sujeitando-se às seguintes prescrições: ser brasileiro, idôneo e possuir capacidade técnica e jurídica, sobre a atividade que o ente pretende regular; e ter antecedentes de trabalhos ou pesquisas sobre o controle de serviços públicos.

Toda vez que um dos membros do ente regulador for submetido a um processo ou questionamento administrativo sobre desvio de poder ou má condução de suas funções, automaticamente seria suspenso do cargo até decisão final, e a renúncia do investigado não seria motivo para a suspensão das investigações e aplicação das penalidades que se encontrar sujeito, bem como a devida indenização pelos prejuízos que com a sua ação ou omissão tenha causado aos usuários ou ao próprio serviço concedido.

7. ASSOCIAÇÃO DOS USUÁRIOS

Em cada ente regulador (que poderá atuar somente em nível federal ou também em nível estadual, conforme dispuser a lei) haverá uma comissão assessora, composta pelos representantes dos usuários ou associações de usuários, que em seu objeto social faculte a representação de seus associados ou usuários de um determinado município onde se prestem os serviços. A comissão assessora teria a função de intervir obrigatoriamente perante os organismos de controle, sempre que direta ou indiretamente estiver em pauta alguma questão referente aos serviços ou aos direitos dos usuários, bem como, nos assuntos referentes à política tarifária, qualidade do serviço, procedimento de apuração de infração cometida por membro dos entes reguladores e principalmente nos procedimentos administrativos tendentes à aplicação de sanções aos concessionários pelo descumprimento de normas regulamentares ou oferta irregular de serviços.

8. REPRESENTAÇÃO DOS USUÁRIOS

A intervenção dos usuários ou de associação representativa de seus interesses seria obrigatória nos seguintes casos: a) quando afetar direta ou indiretamente uma pluralidade de usuários, por questões comuns de uma região, de um lugar ou qualquer outra distinção que os agrupe; b) por modificações tarifárias, ou do

regime tarifário; c) em decorrência de alterações de planos, programas, obras ou metas estabelecidas pela concessão; d) quando for o caso de outorga de novas permissões, concessões ou modificações na concessão; e) nos casos de aplicação de uma sanção ao concessionário, ou quando se formular acusação a um membro de um ente regulador. Este rol, meramente exemplificativo é ampliado de acordo com os direitos e obrigações elencados individualmente, em cada uma das normas regulamentadoras dos serviços.

Torna-se inviável cada um dos usuários ingressar com pedido para o reconhecimento de seus direitos. Por esta razão, é necessária a instituição de um defensor dos usuários, que no exercício da representação, objetivando a proteção e defesa dos direitos dos representados, atue de ofício, exercendo a tutela dos interesses homogêneos, toda vez que chegue a seu conhecimento uma circunstância que lesione, restrinja ou vulnere, de forma atual ou potencial, os direitos e interesses dos usuários. Esta prerrogativa não exclui as demais pessoas jurídicas públicas, privadas ou instituições que tenham interesse legítimo ou simplesmente legitimação ativa para atuarem na defesa destes direitos.

9. DEFESA DOS DIREITOS DOS USUÁRIOS

Nas concessões, os direitos dos usuários são os reconhecidos na lei regulamentadora do serviço, na lei de defesa dos direitos dos consumidores, bem como nas normas contratuais e regulamentos de cada serviço público.

Os entes reguladores não se constituem unicamente como organismos de defesa dos direitos dos usuários. Eles representam o interesse público, e o êxito destes fins é alcançado mediante a aplicação objetiva das normas que regulam individualmente cada serviço concedido. Os entes reguladores, na busca do fim público, promoverão, indistintamente, a defesa dos direitos dos concessionários, dos usuários, bem como a representação e a defesa do poder concedente, dentro das faculdades que lhes sejam atribuídas pelos estatutos legais. No exercício de seu mister os entes intervirão em toda questão que se lhes seja reclamada pelas partes, atendendo às reclamações que lhes formulem os concessionários, decidindo conforme o regime legal de cada serviço, bem como a solução das questões que afetarem de forma individual ou coletiva os direitos dos usuários.

10. AUDIÊNCIA PÚBLICA

O ente regulador convocará audiência pública ou utilizará outros sistemas de consulta para conhecer a opinião dos interessados sobre projetos, regulamentos ou resoluções de caráter geral ou de uma determinada região ou cidade.

Na audiência pública será parte toda pessoa física ou jurídica privada ou pública que invoque um interesse legítimo relacionado com a prestação dos serviços públicos envolvidos.

O procedimento administrativo de audiência sujeitar-se-á aos princípios da publicidade e acesso irrestrito dos interessados e do público em geral a todo o procedimento. Poderá o órgão dar assistência técnica e jurídica aos usuários, às associações e às entidades não-governamentais que representem interesses de usuários, facultando a mais ampla participação de todos os membros da coletividade no processo de controle e na obtenção de informações fidedignas e comprovadas, sobre os serviços prestados pelo concessionário sob a responsabilidade de quem tenha a obrigação de efetuar-las.

Na audiência onde se debatesses questões de interesse coletivo, atuaria o defensor do usuário ou associação, que fizesse esse papel, competindo-lhe a defesa de seus direitos frente ao ente regulador. No exercício de sua representação o defensor do usuário terá a faculdade de: requerer todo tipo de informação necessária para o bom exercício da representação, podendo, no caso de demora, reticência, falha na informação, ou mesmo erro, dar a conhecer ao ente regulador estas circunstâncias, para que o mesmo intime o concessionário a dar cumprimento satisfatório ao requerimento.

11. PARTICIPAÇÃO DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS

Os Estados, mediante convênio de cooperação com o poder concedente, participarão de forma complementar no sistema de controle e fiscalização dos concessionários que prestarem serviços em seus respectivos territórios, conforme preceitua o artigo 36 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

Os municípios, apesar da omissão da lei supra-referida, poderiam, através de alguma entidade, firmar convênio de cooperação com o poder concedente. Esta possibilidade pode ser inferida da interpretação do parágrafo único do artigo 30, que não veda a participação de organismo municipal em funções tão importantes como a fiscalização dos serviços no município

onde a concessionária atua.

A participação dos Estados e dos municípios no sistema de fiscalização seria realizada pela atuação de um funcionário para os municípios ou de uma comissão para os Estados, que representariam os interesses deles, dos municípios e também a defesa dos direitos e dos interesses dos usuários do respectivo território. Referidas pessoas atuariam como membros integrantes das comissões assessoras e funcionariam em cada ente regulador, de forma obrigatória, toda vez que um tema se referir especificamente a qualquer aspecto relacionado com os usuários de uma determinada região ou cidade.

Os Estados ou municípios solicitariam aos entes reguladores a formação de convênios e assistência por meio dos quais se exerceria o controle na prestação do serviço público referente aos serviços prestados pelos concessionários, no que afetem aos usuários e digam respeito aos respectivos territórios. Nestes casos atuariam como organismos delegados dos entes reguladores, ajustando as suas funções e atividades de fiscalização aos regulamentos gerais e demais condições estabelecidas pelos organismos de controle.

No exercício da função de cooperação fiscalizatória, os representantes do Estado ou do município somente poderão agir para constatar o cumprimento ou descumprimento das obrigações dos concessionários, informando eventuais irregularidades, não podendo tomar medidas ou emitir resoluções, pois estas competem aos entes reguladores.

Os Estados ou municípios estabeleceriam centros de atendimento aos usuários, a nível municipal ou regional e teriam como função assessorar, informar, divulgar e receber as reclamações e denúncias dos usuários, as quais seriam remetidas imediatamente aos entes reguladores para conhecimento e providências.

12. SISTEMAS DE CONTROLE

O sistema de controle das obrigações decorrentes das normas regulamentadoras e dos contratos de concessões seria realizado pelo processamento por parte dos entes reguladores das informações obtidas dos usuários e das associações de defesa de seus direitos. Respeitando as leis dos regimes dos serviços, efetuariam controles permanentemente, periódicos ou esporádicos, com pessoal e meios técnicos próprios ou mediante contratação de auditoria especializada, para averiguar e comprovar o

efetivo cumprimento das obrigações por parte dos concessionários (art. 31, inciso V, da Lei de Concessões).

No exercício das funções de controle, os entes reguladores ou entidade com eles conveniada, conforme parágrafo único do artigo 30, teriam, dentre outras, as seguintes faculdades: a) instituir métodos de contabilidade e regras técnicas uniformes para os concessionários; b) propor formas, métodos e sistemas de informações para o devido exercício do controle; c) proceder às inspeções e auditorias contábeis, econômica, financeira e técnica; d) ter acesso à documentação contábil, econômica e financeira das concessionárias, de seus registros e dos próprios controles referentes aos serviços; e) propiciar a maior concorrência de ofertas, sempre debaixo de condições de qualidade, seriedade, eficiência; f) inspecionar as instalações das concessionárias, no intuito de assegurar a qualidade e a segurança dos bens e dos usuários; g) requerer análises e pareceres de auditoria técnica e consultoria especializada para medir a qualidade e a atuação das concessionárias com respeito à duração e à vida útil das instalações e o estado de manutenção a que são submetidas, conforme o prazo de concessão; h) requerer todo tipo de informação que seja considerada necessária ou conveniente para o exercício das funções de controle.

13. DEVER DE INFORMAÇÃO DAS CONCESSIONÁRIAS

As concessionárias estão sujeitas, conforme prescreve o artigo 31 da Lei de Concessões, a diversos encargos e dentre estes a obrigação de fornecer informações sobre os serviços prestados, sujeitando-se às seguintes prescrições: a) seriam apresentadas no prazo estipulado, sujeitando-se às conseqüências da sanção pelo descumprimento injustificado; b) a informação do concessionário seria produzida de forma que possa existir compreensão e processamento técnico perante o ente regulador e dos usuários.

Toda vez que o concessionário fizer um pedido de atualização de tarifas em razão de investimentos, ou qualquer outra causa necessária, firmará declaração, com base em documentação e informações que se coloquem à disposição do ente regulador.

Toda informação emanada do concessionário será submetida à comprovação mediante registro, pesquisas e informações supletivas por parte do ente regulador, auxiliado nesta tarefa

por peritos ou técnicos, que prestarão informações sobre o assunto, para todos aqueles que demonstrem interesse legítimo, ou mesmo aqueles que tenham legitimação ativa para a defesa dos interesses dos usuários.

14. RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS

O modo amigável de solução das divergências contratuais, conforme previsto no inciso XV do artigo 23 da Lei de Concessões, obriga o atendimento aos requisitos da ampla defesa e obediência aos princípios norteadores da Lei de Concessões. O poder concedente instituirá procedimentos eficazes para prevenir e solucionar eventuais conflitos, de forma a proteger os direitos e garantias dos usuários, do próprio concedente e também do concessionário.

No procedimento administrativo de solução de conflitos entre o concessionário, os usuários e o órgão regulador, levar-se-á em conta a solução dos seguintes problemas, exemplificativamente: a) erros de fatura; variação de tensão (caso de energia elétrica); poder calorífico (no caso de fornecimento de gás canalizado); salubridade (no caso de fornecimento de água); rapidez, segurança e eficiência (no caso de telefonia); b) o ressarcimento pelos danos ocasionados aos usuários; o não-atendimento dos objetivos enumerados nas leis e regulamentos; c) a reclamação dos serviços do concessionário poderá ser efetuada por qualquer meio de comunicação; d) o concessionário facilitará a consulta ao usuário e ao ente regulador nos registros das reclamações, os quais serão dotados de confiabilidade, certeza e veracidade; e) o ente regulador deverá ter conhecimento de toda reclamação dos usuários, diariamente, inclusive das reclamações respondidas e solucionadas; vencido o prazo, se a concessionária não atender ao usuário, ele pode recorrer ao ente regulador; f) quando os concessionários incorrerem, injustificadamente, em permanente descumprimento das normas de atendimento aos usuários, os entes reguladores aplicarão as sanções que correspondam segundo ao regime do serviço e à regulamentação.

Os entes reguladores instrumentarão um sistema de processamento de informações e solução de casos, de interesse geral ou particular, com o objetivo de fixar um só entendimento, uniforme, para a solução dos casos que lhe são confiados para preservar a igualdade da proteção dos direitos dos usuários.

Toda pessoa física ou jurídica que tenha legítimo interesse, terá acesso à informação de caráter geral ou de interesse geral dos usuários, e em caso de negativa por parte da concessionária, o interessado poderá interpor mandado de segurança, com o objetivo de facultar o acesso às referidas informações.

15. ÉTICA DOS ENTES REGULADORES

No exercício do poder controlador e fiscalizador, pela própria essencialidade destas atividades e seu profundo impacto social, a confiança pública depende, em grande parte, da observância de algumas regras por parte daqueles funcionários que devem interpretar, administrar e executar os regimes legais de cada serviço de interesse coletivo.

A reputação e o prestígio dos entes reguladores dependem não só da aplicação objetiva da legislação, mas também da conduta de seus funcionários, agentes e empregados.

Nenhum de seus membros atuará deliberadamente de forma a originar suspeita na comunidade dos usuários, que seus atos reflitam violação de suas obrigações.

Os entes reguladores exigirão dos concessionários o cumprimento de todas as obrigações legais, regulamentares e contratuais a que estão sujeitos. Não existirá modalidade de controle que possa ser discutida ou não acatada pelos concessionários, salvo se constituir um abuso de direito.

As funções do ente regulador se constituirão em atividades de interesse público. Seu objetivo é o perfeito ajuste entre os serviços concedidos, a atuação do concessionário e as prerrogativas do poder concedente. Seus membros não atuarão quando demonstrarem interesse econômico, ou financeiro ou de qualquer outro tipo, direto ou indireto, em algum negócio, ou transação ou atividade profissional que esteja em conflito com o cumprimento de suas obrigações.

Constituirá também ofensa às normas éticas, quando os membros dos entes reguladores tiverem algum emprego ou realizarem algum serviço, qualquer que seja a modalidade de vinculação, o qual possa sufocar seu objetivo e independência de juízo. Também participar, assessorar, ou de alguma forma influir em algum assunto onde tenha interesse financeiro ou econômico direto ou indireto; ou estar comprometido em algum negócio, exercício profissional,

comercial, industrial, ou de serviços, com a empresa concessionária ou permissionária, submetida à fiscalização pelo ente regulador onde preste serviço ou trabalho.

Nenhum empregado ou funcionário que tivesse sido parte de um processo de privatização ou tenha representado ou assessorado o Estado no processo de seleção ou no estudo dos pedidos de esclarecimentos dos interessados na concessão, ou na preparação dos leilões, ou na informação da empresa sujeita à privatização, poderá aceitar um cargo, ou função, ou emprego, em uma empresa concessionária. Nenhum funcionário ou empregado em um ente regulador poderá aceitar um cargo, ou função ou emprego em uma empresa que esteja controlada por um ente regulador onde este funcionário tenha trabalhado.

Depois de ter cessado a relação profissional com uma concessionária, constituirá também falta ética ingressar em um ente regulador como funcionário ou empregado, antes de ter transcorrido prazo suficiente. Também, de qualquer forma, ingressar ou prestar serviços a uma concessionária que esteja sujeita à fiscalização ou controle de um ente regulador, antes que tenha transcorrido tempo suficiente após cessar a relação do funcionário com o organismo controlador.

Sem prejuízo da sanção pecuniária punitória, o concessionário que infringir a norma ética será responsabilizado pelos danos que sua conduta tenha produzido aos usuários e ao concedente, sem prejuízo de sua obrigação em devolver o que tenha injustamente recebido. Da mesma forma, responsabilizar-se-ão, pecuniariamente, os membros dos entes reguladores envolvidos em circunstâncias danosas, derivadas de transgressão cometida, sem prejuízo da ação penal, se for o caso.

16. CONCLUSÕES

A finalidade almejada pelo governo na abertura dos serviços públicos à livre concorrência não pode ser unicamente diminuir o tamanho da máquina estatal ou o pagamento da dívida pública. O poder público, atendendo à política dominante, deve fazer a opção por um modelo que entenda ser o mais justo, aquele que propicia de uma forma clara, de mais valia à coletividade.

O concessionário exerce a atividade concedida, por sua conta e risco, na medida em que

lhe foi delegada pelo poder concedente, observando as normas regulamentares, as cláusulas contratuais e sujeitando-se ao poder regulamentador e fiscalizador da administração.

1. Um dos motivos que pesou no fracasso das concessões de serviços públicos no Brasil foi a ineficiência dos órgãos fiscalizadores. Nesta volta da gestão privada de serviços públicos, o poder de intervir deve ser exercido de forma rígida, para afastar a possibilidade do desprezo pelo fim público, que caracteriza quase sempre a atuação do concessionário privado.

O poder público, como órgão concedente, deve cumprir sua função, na íntegra, de forma que o contrato de concessão seja, efetivamente, respeitado sob todos os seus aspectos, possibilitando sempre a adequação do serviço às realidades da época.

2. O controle popular deve atuar de forma que os serviços concedidos sejam aquilo que os usuários esperam, ou seja, tarifas módicas, qualidade, igualdade entre os usuários da mesma classe, eficiência dos serviços, regularidade e investimentos em tecnologias para que o serviço não se torne obsoleto com o passar dos anos. E perante o monopólio de fato, o poder concedente deve atuar de modo a impedir a ação abusiva da concessionária que se torne ofensiva à livre iniciativa.

A sociedade requer do Estado mecanismos de fiscalização para a proteção dos direitos, de forma a proporcionar uma adequação justa e de equilíbrio entre as liberdades. O Estado deve fiscalizar sem constranger, alterar ou extinguir os direitos, pois este poder do Estado encontra limitações, informadas pelo princípio da legalidade, normas constitucionais, leis regulamentares, princípio da razoabilidade, conveniência e oportunidade.

A fiscalização dos serviços públicos, prestados pela iniciativa privada, não é tarefa exclusiva dos órgãos técnicos do poder concedente. Participam deste poder-dever também os Estados, os municípios e os usuários, individualmente ou representados por associações ou

outras entidades que velem pelos interesses da coletividade. Os Estados ou os municípios poderão estabelecer centros de atendimento aos usuários, a nível municipal ou regional e terão como função assessorar, informar, divulgar e receber as reclamações e denúncias dos usuários.

3. Além da necessária regulamentação que exige a própria Lei de Concessões, o poder concedente deve implementar a efetiva concorrência entre os concessionários. A concorrência entre os fornecedores de serviços é política das mais salutares para o atendimento efetivo dos fins públicos do serviço concedido. Em todas as áreas existe a possibilidade da concorrência, seja direta, quando dois concessionários atuarem na mesma região, seja indireta, pela comparação de desempenho e eficiência entre dois ou mais concessionários, que embora atuando em áreas distintas, faculte a visualização do atendimento dos objetivos legais, para impor correções e alterações nas tarifas.

4. É necessária a criação de um ente técnico para supervisionar o atendimento aos objetivos elencados nas normas regulamentares e naquelas diretrizes específicas inseridas, individualmente, em cada contrato de concessão.

O ente técnico a ser criado pelo legislador deve possuir competência para atuar de acordo com as normas reguladoras dos serviços. Sua competência deve estar vinculada às atividades de controle e fiscalização dos concessionários para o atendimento aos objetivos elencados na lei.

5. O Estado deve reordenar sua posição estratégica mediante a transferência, à iniciativa privada, de atividades indevidamente exploradas pelo setor público, permitindo assim que a administração concentre seus esforços e recursos em atividades essenciais e prioritárias.

O Estado administrador deve se estruturar a partir do princípio da subsidiariedade, que orienta sua ação política para suprir o indivíduo ou as organizações sociais naqueles casos em que eles não possam realizar seus próprios fins.