

OS CONTRATOS DE GESTÃO E AS AGÊNCIAS REGULADORAS: a possibilidade de captura inserta no Projeto de Lei Federal n. 3.337/2004.

INTRODUÇÃO

A história brasileira é inequívoca no reconhecimento da importância do Estado frente aos desafios da economia; seja através do clientelismo verificado no século XIX, seja através da industrialização no século XX, à intervenção estatal deve-se conceder um papel de destaque na promoção do desenvolvimento nacional.

A consolidação dos Estados nacionais, as políticas nacional-desenvolvimentistas, a I Guerra Mundial, e a Crise da Bolsa de Nova Iorque, entre outros, foram episódios que contribuíram para a expansão do Estado na economia, caracterizando um intervencionismo que se fez acompanhar de uma estrutura hipertrofiada e de tal magnitude que, a partir da década de 80, as sociedades se viram frente a um Estado presente em praticamente todas as atividades e com crescentes dificuldades de gerenciamento e financiamento, o que veio a resultar no que ficou conhecido como a Crise do Estado Moderno, fenômeno mundial e do qual o Brasil não ficou à margem.

Frente à Crise, cada Estado buscou a sua resposta. No Brasil, o ponto de inflexão foi a Constituição Federal de 1988 que, no seu Art. 173 restringiu a exploração direta de atividade econômica pelo Estado a quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou à relevante interesse coletivo (MORAES, 2004). Esta foi a senha para as inúmeras iniciativas que se seguiram, a exemplo do Programa Nacional de Desestatização (PND) e das medidas anunciadas no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (BRASIL, 1995); importa, aqui, destacar o primeiro.

Em ampla perspectiva, o PND (BRASIL, 1990, 1997) tinha por objetivo reduzir a participação do Estado na economia, ainda que no curto prazo também pretendesse aportar recursos adicionais ao Tesouro, bem como reduzir a dívida pública, ambos em resposta à crise fiscal que se instalara. Em sua primeira fase, o PND vendeu ativos que, embora públicos, eram estranhos à atividade estatal, em geral de natureza imobiliária; na segunda, alienou participações acionárias em empresas cuja ocupação também fugiam ao escopo estatal ou, como era o caso dos Bancos, motivos outros recomendavam a transferência para o setor privado. Somente na sua terceira fase, o PND ampliou a sua ação passando a abranger as permissões e concessões de serviços públicos, alguns até então sob monopólio do Estado, para o setor privado.

Contratadas após processos licitatórios competitivos, as novas concessões contribuíram para reduzir os déficits do Tesouro, mas destinavam-se, sobretudo, a atrair novas fontes de recursos, necessários para os investimentos na ampliação e modernização da infra-estrutura estatal, bem como para promover um efetivo choque de gestão na prestação desses serviços. Cabe lembrar que os investimentos em infra-estrutura, por suas características especiais, requerem estruturas de governança também diferenciadas. É nesse contexto que surge uma das mais recentes entidades no aparelho do Estado Brasileiro: as Agências Reguladoras (ARs).

As ARs, no Brasil, a exemplo da experiência verificada em outros países, constituem desenho institucional encontrado para atrair os investidores, sempre avessos às influências e incertezas que rondam o espectro político. Por serem entidades estatais dotadas de razoável independência do poder político, espera-se que assegurem a estabilidade das normas e mantenham-se eqüidistantes dos interesses e conflitos, notadamente os pontuais e de curto prazo, envolvendo o governo (poder concedente), os concessionários e os usuários, pautando as suas decisões tão somente pelo caráter técnico. Sua atuação, todavia, não se verifica livre de questionamentos e divergências, sobretudo frente ao poder político representado pelo Executivo, mormente quando há alternância neste Poder, pois o governante que chega se dá conta que fez promessas ao eleitorado cujo atendimento se encontra no escopo das competências das Agências Reguladoras. É sobre este conflito que trata este artigo.

Superadas as discussões iniciais que argüiam, por exemplo, a extensão das funções normativas (típicas do Poder Legislativo), fiscalizadora (mais próprias do Poder Executivo) e da função judicante (afetas ao Poder Judiciário), todas em algum grau reunidas nas Agências Reguladoras, estas, com a mudança no Poder Político trazida pelas eleições de 2002, voltaram a fazer parte da agenda das discussões político-institucionais.

Embora recentes, tanto o Governo Federal quanto as ARs representadas pela Associação Brasileira de Agências de Regulação (ABAR), entendem ser conveniente (necessária?) uma padronização de regras (uma vez que há significativas diferenças entre os diplomas legais que deram origem às Agências, no caso, as federais), bem como a definição da estrutura fundamental do setor, de modo a garantir que a própria instituição de regulação não seja facilmente alterável pelo poder político. Por uma iniciativa do Poder Executivo, passada a fase de consulta pública ao anteprojeto de lei, encontra-se agora em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 3.337/2004 (BRASIL, 2004), cujos temas centrais - o contrato de gestão e a ouvidoria -, dividem e colocam em pólos opostos os principais interlocutores desse processo.

De pronto, independentemente do mérito que envolve esses temas, pode-se aqui levantar uma crítica em forma de questionamento à, talvez, precipitada iniciativa governamental, pois sendo recentes enquanto instituições, não deveriam, as diferenças, antes de ser suprimidas, ser objeto de acompanhamento, observação e avaliação mais duradouras?

Para cumprir o seu intento, qual seja, o de analisar a possibilidade de captura inserta no Projeto de Lei Federal nº 3.337/2004, os autores, na seqüência, destacam algumas dentre as principais características das ARs para, na seção 2, de forma sucinta, dirigir o foco sobre os tópicos que estavam (na fase do anteprojeto e ainda hoje) no centro das polêmicas: os Contratos de Gestão e a Ouvidoria. Tendo incorporado algumas das sugestões colhidas durante o tempo em que ficou aberto à consulta popular, o anteprojeto foi, então, agora na forma de Projeto de Lei, submetido ao Congresso Nacional – cujo texto, no que tange aos temas já apontados, é o objeto da análise da seção 3. Da análise segmentada, passa-se, então, à análise consolidada e final apresentada na seção 4.

1 AS AGÊNCIAS REGULADORAS – breves tópicos

Em que pese o surgimento das ARs, em grande parte da literatura vir associado à privatização ocorrida no país, eis que esta é uma das formas mais imediatas de desestatização, trata-se este de um caso particular. No Brasil, a Agência Nacional de Saúde Suplementar e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, são exemplos, entre outros, de que o surgimento das ARs não foi (e continua não sendo, uma vez que se discute a criação de novas ARs) uma decorrência tão somente da opção pela privatização. Portanto, as razões para o surgimento das ARs devem ser buscadas em outras fontes.

Este esclarecimento introdutório se faz necessário na medida em que grande parte das críticas dirigidas ao Projeto de Lei, implícita ou explicitamente têm em conta outras características de um ambiente regulatório singular, o que circunscreve a prestação dos serviços de infraestrutura do país – as telecomunicações, os transportes (em seus diversos modais), a energia (a partir das suas diversas fontes) e, sem esgotar o tema, o saneamento. O que há em comum entre esses setores, freqüentemente referidos como monopólios naturais? O volume de investimentos que requerem (elevado), o prazo de retorno (longo), a especificidade dos ativos (o que faz com que sejam referidos como “custos afundados”, isto é, sem outra utilização), a inelasticidade de consumo, e por conseguinte, a capacidade de deflagrar um “efeito dominó” a partir de fatos relevantes que neles se verifiquem (aumento de preços, crises de abastecimento, atraso tecnológico, etc.), repercutindo, rapidamente, sobre os demais setores da economia.

Em razão das especificidades das áreas de infra-estrutura, a completa não-intervenção estatal nestas atividades, inevitavelmente, provocaria prejuízos à sociedade. Todavia, esta intervenção deve ser equilibrada, pois, se ao risco econômico e financeiro inerente a esses empreendimentos, os agentes privados se mantiverem em permanente expectativa, e no limite da incerteza (configurando o risco político) quanto às mudanças nas “regras do jogo”, poderá haver um estancamento no fluxo de investimentos, com sérias repercussões na oferta dos serviços e, por conseguinte, nas possibilidades de desenvolvimento do país. Por outro lado, se a iniciativa privada, em setores reconhecidamente essenciais, se organiza na forma de mono ou de oligopólios, há o risco de ser comprometida a eficiência das cadeias e das unidades econômicas, uma vez que estas ficariam à mercê de lucros excessivos. Portanto, para conciliar os interesses do empresário (lucro máximo?) e os da sociedade que deseja receber serviços de boa qualidade e por um preço razoável (modicidade tarifária), deve haver, e há praticamente um consenso entre os estudiosos, algum grau de intervenção, na forma de regulação, por parte do Estado. Ademais, esta intervenção deve ser orientada no sentido da conciliação neutra, equilibrada, e não em favor dos interesses exclusivos de uma das partes – evitando-se o que se denomina de captura, isto é, a atividade regulatória consistentemente a favor de uma das partes: do poder concedente, do concessionário, do usuário e até mesmo dos interesses localizados e de natureza corporativa internos à própria Agência (MARTIN, 1999).

Assim, esses, entre outros, são fatores que exigem redobrados cuidados na definição da estrutura e dos mecanismos de funcionamento das entidades reguladoras; nestes casos, a estabilidade das regras e a continuidade das políticas públicas, ou pelo menos das suas principais diretrizes (por isso denominadas de estruturantes) avultam em importância enquanto elementos constituintes do marco regulatório, convertendo-se em efetivas instituições (no sentido mais amplo da expressão) e, por isso, necessariamente mais perenes. Não bastassem esses motivos, circunstancialmente, tais aspectos têm a sua relevância ainda ampliada quando se atenta para uma realidade do poder público brasileiro: a sua insuficiência de recursos para investimento, condição, aliás, que se estende para toda a economia nacional em razão do baixo nível de poupança interna, daí a necessidade de atrair os investidores externos.

É, pois, neste contexto e com essas motivações, que o ente regulador (as ARs) assume, no Brasil, uma nova arquitetura institucional: a de autarquias especiais, portanto pessoas jurídicas de direito público, dotadas de autonomia administrativa e financeira, isto é, de meios (a cobrança de taxas) para o exercício do seu poder de polícia (regulamentar, fiscalizar e intervir) no setor da sua competência, buscando preservar a rentabilidade do investidor, a qualidade do serviço prestado, a modicidade tarifária, e o alinhamento com as políticas setoriais definidas pelo governo, bem como se manter equidistante dos pólos de interesses e dos conflitos.

Para atingir os fins que dele se espera, faz-se necessário que o ente regulador receba o que se denomina de “blindagem política”, isto é, que os humores e arroubos políticos, tão freqüentes e oscilantes nas democracias, não contaminem as suas decisões, a exemplo do zelo pelo cumprimento dos contratos. No caso brasileiro, não há um “modelo” único de Agência Reguladora (PINHEIRO e MOTTA, 2002), e diversos têm sido os mecanismos utilizados para reforçar a blindagem contra o poder político, notadamente dispor de recursos próprios, de ouvidoria independente, e, ter um quadro de dirigentes com mandatos.

No que tange à autonomia financeira, a sua principal fonte de recursos tem sido as taxas instituídas e cobradas pelo exercício do poder de polícia. A essas somam-se ainda as parcelas oriundas do Tesouro Nacional, circunstância que, por si (em razão das notórias carências de recursos *vis-à-vis* as sempre crescentes necessidades), já aventa a possibilidade de haver (e há) alguma forma de ingerência (captura?) do Poder Executivo, via Ministério da Fazenda, seja pelo controle do fluxo financeiro, liberando ou não os recursos, seja pelos contingenciamentos sempre editados em nome de força maior, como o cumprimento de metas fiscais, manutenção dos fundamentos econômicos, etc.

Outro mecanismo que também contribui para assegurar a blindagem política é a instituição da Ouvidoria, parte já integrante da estrutura de diversas ARs (ANEEL, ANS, ANVISA, ANATEL e ANCINE), cabendo-lhe, em todas elas, intermediar as demandas e os conflitos entre os pólos de interesse da arena regulada – sendo mais freqüente, em uma das pontas da discussão, a representação dos usuários. Para assegurar a sua independência, recomenda-se que o cargo seja ocupado por especialista e integrante do quadro permanente de servidores do ente regulador, bem como seja dotado de estabilidade.

À fonte própria de recursos e à Ouvidoria, some-se uma terceira característica que, juntas, intentam conferir a autonomia necessária às ARs: a Direção colegiada, sendo os dirigentes, após a escolha pelo Poder Executivo, avaliados e, se aprovados pelo Senado, nomeados com mandatos fixos (portanto dotados de estabilidade) e não coincidentes com o do chefe do Poder Executivo. Pelo fato de os dirigentes não serem substituídos ao mesmo tempo, de regra havendo um interstício de um ano entre eles, há uma tendência à continuidade administrativa, bem como se torna dificultada a sua captura pelo Poder Executivo, uma vez que apenas no final do mandato presidencial poderá ocorrer a situação de todos os dirigentes da AR terem sido nomeados pelo mesmo governante, o que realça o aspecto de independência em relação ao poder político das ARs.

Além do fato de ser uma entidade de direito público, o caráter estatal das ARs se expressa através da vinculação ao ministério setorial da sua área de competência. Ser vinculada, ao invés de subordinada em linha hierárquica, implica que não cabe, ao Ministro, recurso contra os atos administrativos da Agência. O Contrato de Gestão (CG) entre o ministério e o ente regulador é o mecanismo que materializa a vinculação; todavia, se não forem observados determinados cuidados na redação do CG (na definição dos objetivos, deveres, direitos, das fontes e usos de recursos, bem como das penalidades), este pode vir a ser um instrumento estranho e invasivo, agredindo a natureza e a finalidade das ARs, isto é, ao seu caráter autônomo e equidistante dos pólos de interesse. Tanto é assim, que as ARs que firmam CG são denominadas, na vigência do contrato, de Agências Executivas. Previstos nos diplomas legais que criaram a ANA, a ANEEL, a ANS e a ANVISA, além de instrumentos indutores, os CGs são efetivos mecanismos de controle sobre o desempenho das ARs pois, se, por exemplo, não forem cumpridas as metas acordadas e não ficar caracterizada motivação superveniente, pode até mesmo dar causa à exoneração do dirigente da Agência, a exemplo do que prevê a legislação da ANS e ANVISA. Por fim, os CGs podem ser obrigatórios ou facultativos.

A análise dos mecanismos regulatórios foge ao foco deste trabalho; todavia, uma breve ilustração, considerando apenas dois, é suficiente para se ter uma dimensão da extensão e da relevância da ação regulatória: 1) o controle à entrada e à saída de empresas no setor; e, 2) a definição tarifária. Dado o caráter de monopólio natural de alguns setores (cabe observar que a condição de monopólio natural não é estática, sobretudo devido às possibilidades criadas pelo progresso técnico) e a necessidade da preservação da lucratividade do investimento, algum controle à entrada de novas empresas deve ser realizado. Caso contrário, por exemplo, as empresas que na etapa do processo licitatório calculam, ofertam e posteriormente contratam as tarifas a partir de um montante de investimento e expectativa de retorno de longo prazo, estariam sujeitas a, em curto prazo, em decorrência de uma mudança institucional (por vezes de motivação política) ou de natureza técnica, ver outras empresas fornecendo senão os mesmos, serviços similares, estabelecendo, assim, uma concorrência desigual. Da mesma forma, nenhuma empresa pode ter o poder discricionário de sair do mercado, pois os prejuízos à população seriam muito elevados. A definição tarifária é também uma das principais decisões do ente regulador e o que mais controvérsias têm causado entre os três pólos

de interesse. Apesar dos diversos modelos de definição tarifária, a exemplo da taxa de retorno, do preço-teto e do desdobramento tarifário, a assimetria de informações existente entre os agentes, aí incluso o ente regulador, dá margem a comportamentos oportunistas e à permanente desconfiança, daí surgindo os conflitos. Por último, uma outra, mas não menos relevante competência das ARs: sempre que possível, estimular ou emular a competição no setor.

Por fim, por tudo o que foi visto, o funcionamento e o cumprimento da missão institucional das ARs requer não só a sua “blindagem política”, mas também a sua impermeabilidade frente às tentativas de captura pelos demais pólos de interesse. Uma debilidade na “blindagem política” oportuniza a sua captura pelo poder político, seja o Legislativo ou o Executivo; todavia, uma blindagem robusta não impede que a captura se verifique por iniciativa dos outros pólos. Se, por um lado, alguns dos mecanismos de blindagem política são, também, mecanismos que dificultam a captura por outros interesses; por outro, há iniciativas, a exemplo da qualificação e da especialização do funcional, que têm efeito protetor contra as ações provenientes de quaisquer fontes. O risco à captura será maior se houver convergência de fragilidades.

2 DO ANTEPROJETO AO PROJETO 3.337/2004

O posicionamento da ABAR frente ao texto do anteprojeto se encontra no documento *A Organização e o Controle Social das Agências Reguladoras* – críticas aos anteprojetos de lei (ABAR, 2004) e, tem assinatura do parecerista prof. Alexandre Santos de Aragão. Amparado em farta referência jurídica, o professor não só levanta questionamentos de ordem formal, como argüi a constitucionalidade de alguns artigos, a exemplo dos que tratam dos Contratos de Gestão, uma vez que entende que contrariam o Art. 37 da Constituição Federal, em particular no seu § 8º, cuja redação, dada pela Emenda Constitucional nº 19 /98 (MORAES, 2004) dispõe que:

A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade [...] II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes.

Por oportuno, ressalte-se o aspecto de voluntariedade dos entes em firmar o contrato e a natureza do mesmo, isto é, o propósito de ampliar a autonomia do órgão ou da entidade. Ambos os aspectos estão prejudicados na concepção tanto do anteprojeto (submetido à consulta pública), quanto do Projeto de Lei (submetido ao Congresso Federal) pois: 1) é afirmada a obrigatoriedade da existência do contrato entre a agência e o Ministério; 2) há riscos de o contrato, ao invés de vir a ampliar, reduzir a autonomia do ente contratado.

Um segundo questionamento quanto à constitucionalidade dizia respeito à Ouvidoria, uma vez que na proposta original constava:

Art. 14. Haverá, em todas as Agências Reguladoras, um Ouvidor, [...]
§ 1º São atribuições do Ouvidor zelar pela qualidade, receber, apurar e solucionar as reclamações dos usuários, seja contra a atuação da Agência Reguladora, seja contra a atuação dos entes regulados (ABAR, 2004).

O cerne da polêmica era a expressão “solucionar” pois, no entender do parecerista, entre outras considerações que levanta, “fica clara e substancialmente configurado o “ouvidor” como a última instância decisória no interior da agência [...] no fundo, substituiria o colegiado diretor como órgão decisório máximo da Agência”. Finalmente, suprimida a expressão no texto encaminhado, as arestas foram, a juízo destes autores, em parte, aparadas.

Se no que tange à Ouvidoria a polêmica parece ter sido solucionada, o mesmo não se pode dizer com relação aos Contratos de Gestão. Na sequência será apresentada uma análise complementar à do prof. Aragão, demonstrando que, ao contrário do que sugere o Governo, os riscos de captura não foram eliminados do texto do Projeto de Lei.

3 O PROJETO DE LEI Nº 3.337/2004

Na Exposição de Motivos que faz ao sr. Presidente da República, o Ministro Chefe da Casa Civil justifica, bem como afirma ser necessário, para dar curso às melhorias sugeridas pelo Grupo de Trabalho Interministerial – GTI (BRASIL, 2003a), o Projeto de Lei nº 3.337/04 que encaminha ao Congresso. O referido GTI teve por objetivos: “(i) analisar o arranjo institucional regulatório no âmbito federal; (ii) avaliar o papel das Agências Reguladoras; e (iii) propor medidas corretivas do modelo adotado” (BRASIL, 2004). Ainda no mesmo documento, resumidamente, podem ser percebidas as questões que orientam o Projeto de Lei: a) adequação do grau de autonomia ou independência das Agências em relação aos Ministérios; b) a esfera de ação das Agências Reguladoras, tanto no planejamento quanto na outorga de concessões e permissões; c) a necessidade de fortalecimento dos Ministérios com respeito a atribuições básicas de planejamento e formulação de políticas públicas na esteira da reorientação do papel do Estado nos últimos dez anos [...]; d) eficácia das Agências na defesa dos interesses dos consumidores e no cumprimento de suas competências legais; e) adequação dos meios para que as Agências possam cumprir seu papel, inclusive no que tange à formação de um quadro de pessoal qualificado, com prerrogativas compatíveis ao exercício de seu papel de fiscalização e regulação [...] e, f) a insuficiência de mecanismo de prestação de contas por parte das Agências ao Congresso Nacional, inclusive no que tange ao poder do Congresso para convocar presidentes e diretores dessas entidades para prestar esclarecimentos.

Porque amplo o Projeto, e em razão do foco deste trabalho, apenas alguns aspectos serão aqui apreciados, em especial os referentes ao Contrato de Gestão e à Ouvidoria.

3.1 O CONTRATO DE GESTÃO NO PROJETO 3.337/2004 E AS POSSIBILIDADES DE CAPTURA

Conforme visto, a figura do Contrato de Gestão não é uma inovação, já estando prevista em outros diplomas legais das ARs. Contudo, além de ampliá-lo de forma obrigatória para todas as ARs, o Projeto acrescenta dimensões que podem vir a se constituir em um efetivo Cavalinho de Tróia contra a autonomia e a independência das ARs. Considere-se o que diz o Art. 9º:

- no caput estabelece que será “[...] negociado e celebrado entre a Diretoria Colegiada ou Conselho Diretor e o titular do respectivo Ministério” e, no § 1º afirma que “[...] ouvidos previamente os Ministros de Estado da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão”. Sem dúvida que não há de se cogitar um CG, sobretudo em área regulada, sem matéria de natureza econômica e financeira; todavia, ao introduzir o Ministério da Fazenda no texto da lei, o redator sugere que as políticas setoriais de longo prazo serão, de algum modo, senão subordinadas, condicionadas às matérias e interesses de curto prazo, maiormente as referentes ao atingimento das metas fiscais. Apesar de não se poder dizer que este condicionamento hoje não exista no país, dispô-lo e generalizá-lo a partir de Lei é a novidade, pois se este trânsito já está previsto no caso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (BRASIL, 1999), o mesmo não se verifica no caso da Agência Nacional de Saúde Suplementar (BRASIL, 2000a);
- no § 2º afirma que o CG “deverá ser submetido à apreciação, para fins de aprovação, do conselho de política setorial da respectiva área de atuação da AR ou a uma das Câmaras do Conselho de Governo”. Mas quem integra, por exemplo, o Conselho Nacional de Política Energética? Sete, dentre os seus dez integrantes, são Ministros de Estado (BRASIL, 2000) e, dos doze integrantes da Câmara de Políticas de Infra-Estrutura, do Conselho de Governo, todos tem *status* de Ministros do Poder Executivo (BRASIL, 2003b). Por outro lado, escapa ao propósito gerencial de um CG, submetê-lo à apreciação de um Conselho, como o Nacional da Saúde, onde o Governo não é maioria, mas que conta com mais de trinta membros, a exemplo da Representação das Organizações Indígenas, da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) e da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), entre outros;

Atente-se agora para o Art 10º. Combinando-se o *caput* com alguns incisos tem-se que: “O CG e de desempenho deve especificar: as metas de desempenho administrativo e de fiscalização [...] obrigações e responsabilidades das partes em relação às metas definidas [...] as medidas a serem adotadas em caso de descumprimento injustificado das metas e obrigações pactuadas”. Neste caso, o risco é de, entre as medidas em caso de descumprimento, haver a demissão do Dirigente ou até mesmo de todo o quadro superior. Em que pese a clareza da expressão “descumprimento injustificado”, o que ora se verifica no trâmite das Medidas Provisórias é ilustrativo e exemplar no que tange à relativização de conceitos até então tidos como inequívocos, a exemplo de urgência e relevância.

O Art. 11, ao afirmar que o CG “[...] se necessário, [será] revisado por ocasião da renovação parcial da diretoria da Agência, sem prejuízo da solidariedade entre seus membros” também abre uma brecha à captura das ARs pelo governo. Em primeiro há uma indefinição: o que deve ser entendido por renovação parcial? Um, dois ou três dirigentes? Conforme visto, o legislador, ao intercalar o mandato dos dirigentes e determinando

que não fossem coincidentes com o mandato do chefe do Executivo, pretendeu conferir continuidade à gestão das ARs, distanciando-as das flutuações políticas e eleitorais, ainda que elas estivessem, voluntariamente, vinculadas por um Contrato de Gestão. Assim, em tese, neste caso, a captura seria dificultada, só podendo vir a ocorrer quando o chefe do Executivo tivesse renovado todo o quadro diretivo da AR; mas isto, conforme visto, só ocorreria ao final do seu mandato. E agora? Agora fica aberta a possibilidade de, com a troca de apenas um dirigente, de pronto serem revisados os programas e planos, ajustando-os às prioridades do poder político ascendente.

Conforme visto, a possibilidade de captura se insinua a partir de alguns dispositivos no texto do Projeto; contudo, se admitida uma gradação no processo de captura, há uma hipótese: a da conjunção de fatores, que pode representar um grau mais elevado de captura por parte do Poder Executivo. Efetivamente, a união da obrigatoriedade do contrato (Art. 9º), a sua aprovação pelos Conselhos Setoriais (idem, § 2º) e a vaga definição de que as medidas em caso de descumprimento serão definidas no próprio contrato (inciso V, Art. 10º), acarreta um sério risco de que o ministério possa, por possuir maior influência sobre os Conselhos Setoriais, que na prática pode significar a completa definição do contrato de gestão, impor um contrato de gestão com sanções próprias (que podem ir até mesmo à exoneração dos dirigentes) com a impossibilidade de rejeição por parte da AR. No caso da inexistência de um desses fatores, a captura seria mitigada. Por fim, não se confunda a hipótese demissão hoje já prevista, por exemplo, no Art. 15 da Lei nº. 9.961/00 (BRASIL, 2000a) com aquela prevista no Projeto, pois, no Art. 14 dessa Lei, é dito que “A administração da ANS será regida por um contrato de gestão [...]”, não havendo o caráter de obrigatoriedade expresso no Art 9º. do Projeto: “A Agência Reguladora deverá firmar contrato de gestão...”.

Devido à natureza de autarquia sob regime especial que constitui o próprio instituto das agências reguladoras, elas gozam, indiscutivelmente, de autonomia gerencial, orçamentária, e financeira, sem menção quantitativa desta autonomia. Assim, e como a própria concepção delas conduz, já gozam plenamente de tais prerrogativas, o que por si sugere ser desnecessário o desejo por parte das ARs de firmar Contratos de Gestão. A concessão de maior flexibilidade no regime licitatório ou na possibilidade de contrair dívidas para a realização de investimentos podem ser apontados como contrapartida para as ARs; todavia, estes aspectos dificilmente compensariam os riscos da firmação de um contrato, a menos que as metas fossem pouco ambiciosas. Só assim pode ser entendido o caráter obrigatório à assinatura do contrato, de modo a suprimir o direito constitucional discricionário de firmação, ou não, do contrato pelas ARs.

Frente a essas considerações, o Contrato de Gestão para as ARs só pode ser compreendido como uma imposição de controle por parte da administração direta no sentido de reduzir a sua autonomia, inclusive com a imposição de sanções; de outra parte, lhes são conferidas prerrogativas que elas já possuem por natureza e de direito. A propósito, se as autarquias perderam as suas prerrogativas ao longo da história da administração pública brasileira, isso foi por vício de gestão; não por outro motivo, hoje se faz necessário que à denominação de autarquia seja acrescido o qualificativo de

“especial”. E no futuro, quando as autarquias “especiais” forem novamente convertidas em meras operadoras das políticas públicas do Poder Executivo, serão então criadas as autarquias “super-especiais”? Desta forma, sob um ponto de vista estritamente jurídico, são bastante questionáveis os artigos referentes ao Contrato de Gestão no Projeto de Lei e em qualquer outra Lei que obrigue a efetivação do contrato por parte das ARs.

Por outro lado, sob um ponto de vista estritamente administrativo, o Contrato de Gestão configura, e isto está na sua própria essência, um controle, no caso do Ministério sobre a Agência, no sentido de assegurar que a segunda irá praticar atos consoantes com as diretrizes do primeiro. Considerado sob este aspecto, é salutar a existência de um mecanismo, que também é coordenação, como é o caso do contrato, que articule, traga a sintonia, a sinergia e complementaridade, enfim, um caráter orgânico às mais diversas iniciativas de políticas públicas, hoje mais identificadas com a dispersão, quando não rivalizadas, do que pela coesão entre as unidades administrativas responsáveis.

A ênfase na função gerencial do Contrato de Gestão, bem como o fato de ser um instrumento de controle social ao invés de político, é o ponto de vista defendido por Luis Alberto dos Santos (Subchefe de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil da Presidência da República), em entrevista à Folha de São Paulo em 05.12.2003. O articulista assim conclui:

O contrato de gestão somente se tornará uma alternativa concreta para o aperfeiçoamento da gestão pública se conseguir superar a tendência ao formalismo reinante na administração pública brasileira. Da mesma maneira, a avaliação de desempenho e o aperfeiçoamento da *accountability* das instituições públicas requer mais do que instrumentos normativos e técnicas, mas também exige o desenvolvimento de novos padrões de comportamento e uma capacidade gerencial ainda insuficiente, tanto nos próprios ministérios quanto nas agências reguladoras. A proposta do governo é superar esse estágio, por meio de várias iniciativas que pretende adotar, e dar à sociedade melhores instrumentos para que seus interesses sejam de fato atendidos.

Não obstante, o processo regulatório não é uma simples delegação de atribuições para uma entidade da administração descentralizada, como é o caso das autarquias convencionais. Por ser a própria administração direta um dos três interessados na regulação, e ser necessário o tratamento equânime dos interesses, faz-se necessário um certo distanciamento entre a AR e o Ministério. O contrato não pode, pois, constituir uma forma de pressão por parte do poder político no sentido de assegurar que as decisões da AR sejam consoantes com os seus interesses sob pena de desvirtuar todo o fundamento da sua existência. A dificuldade parece residir no encontro do ponto indispensável de equilíbrio, bem como na superação de desconfianças já atávicas contra tudo e qualquer iniciativa governamental.

3.2 A OUVIDORIA NO PROJETO 3.337/2004

Não fossem determinadas particularidades do Projeto, a extensão da Ouvidoria (a exemplo dos Contratos de Gestão) para todas as Agências, na medida em que facilita o trânsito e o trâmite dos interesses da parte hipossuficiente (os usuários), deveria ser entusiasticamente saudada.

Considere-se, por exemplo, o que diz o Art. 13: “Haverá em cada AR um Ouvidor que atuará junto à Diretoria Colegiada ou Conselho Diretor sem subordinação hierárquica e exercerá as suas atribuições sem acumulação com outras funções”, e o que prevê o Art. 14: “o Ouvidor será nomeado pelo Presidente da República para mandato de dois anos, admitida uma recondução”. Neste caso, o Ouvidor, de livre escolha do Presidente, será, literalmente, os “olhos e os ouvidos do Rei” (o chefe do Executivo), nada impedindo que atue sob motivação política. Cabe lembrar que até então, por arranjo institucional, a estrutura de poder das ARs vinha sendo compartilhada entre o Executivo e o Legislativo; todavia, desde agora, haverá uma nova figura que, embora destituída de funções executivas, não há como não lhe reconhecer o poder que encerra e a condição de preposto do Executivo no seio da AR.

Não deveria o Ouvidor ser egresso de um quadro de carreira, a exemplo de uma Ouvidoria Regulatória, um especialista e com estabilidade independentemente do mandato? Ou ainda, um servidor representante do Ministério Público? E por quê não uma especialização junto ao Tribunal de Contas? Riscos de comportamentos voltados para os interesses corporativos? Sim! mas há também como evitá-los!

A inserção da figura do Ouvidor sem subordinação à estrutura da AR como instrumento de controle social das suas atividades, apesar de legítima e desejável, pode, combinada ao Contrato de Gestão (nas hipóteses previstas acima), facilitar ainda mais a influência ministerial na sua gestão. Em razão do acesso às informações que, por ofício dispõe, o Ouvidor conhece os pontos fortes, assim como os pontos fracos da organização, podendo a sua atuação junto à Presidência (leia-se Ministério) ser decisiva na configuração de um Contrato de Gestão sob medida para os fins desejados.

Por fim, uma questão não de todo fantasiosa: entre o monitoramento dos processos internos na sua esfera de competência e o acompanhamento do Contrato de Gestão (na condição de comissário presidencial), sobre qual dos dois o Ouvidor dedicará maior atenção?

4 CONSIDERAÇÕES COMPLEMENTARES E FINAIS

Tal como está no Projeto, a configuração do contrato de gestão constitui a principal divergência entre o Governo, ora identificado como o Poder Executivo, e as entidades reguladoras; chegando a surpreender o silêncio dos demais atores; é como se o tema lhes fosse de menor interesse.

As próprias agências reguladoras reconhecem a necessidade da ampliação do controle social de si mesmas. O próprio Contrato de Gestão, apesar de ser juridicamente inviável às ARs na forma como está proposto, pode ser, sim, uma ferramenta para assegurar que a política pública, formulada pelo poder eleito, seja efetivamente implementada pelo ente regulador. Ele, o CG, se torna um problema apenas no caso de configurar a possibilidade de efetiva subordinação das ARs à vontade do Executivo.

Para que a subordinação das ARs à vontade governamental, mediante contrato de gestão, não seja possível, são necessárias alterações no Projeto de Lei, retirando-se alguns dos elementos que deixam em aberto, enquanto condição, a possibilidade da sua captura. Assim, ou (1) o contrato não pode ser de caráter obrigatório, ou (2) a Agência precisa possuir efetivamente participação na sua elaboração, e isto inclui, necessariamente, alguma forma de poder de veto, ou (3) a punição a ser efetivada no caso do descumprimento das metas possuir menor discricionariedade.

Analisando-se essas três possibilidades, destaca-se que a não obrigatoriedade do CG provavelmente implicaria a sua inexistência, uma vez que as agências teriam mais a perder do que a ganhar com a sua afirmação; e mesmo que ele fosse firmado, seria por demais genérico, portanto de baixa efetividade, uma vez que jamais alguém assinaria espontaneamente algo que pudesse vir a prejudicá-lo, no caso, na forma de exoneração, pelo não atingimento das metas acordadas. Por outro lado, o direito a veto parcial ou total dos termos do CG, poderia implicar no reduzido comprometimento, e até mesmo a fuga da AR frente às metas mais ambiciosas, de maior radicalidade. Assim, o resultado esperado seria o mesmo da não-obrigatoriedade, de baixo comprometimento com os resultados por parte das agências. A terceira hipótese, de delimitação clara das penalidades do não-cumprimento do contrato, parece ser a mais adequada para regulamentar corretamente o contrato de gestão.

A simples possibilidade de exoneração de dirigentes ou restrições orçamentárias e administrativas não são admissíveis, uma vez que acabam com a autonomia da AR. Diante da impossibilidade da sanção mais radical, outras sanções poderiam ser aventadas: o banimento político, isto é, a impossibilidade de concorrer em processos eleitorais; o banimento administrativo - a impossibilidade de exercer cargos de assessoria e direção em quaisquer dos Poderes e esferas de Governo; ambos, de certo, após o devido processo administrativo com ampla defesa. Todavia, o banimento administrativo incentiva que o dirigente busque ocupação em empresas do setor privado da área regulada pela AR. Para evitar a utilização de informações privilegiadas de quando era dirigente da Agência existe a quarentena, que o impossibilita de trabalhar em qualquer empresa regulada por um prazo determinado, recebendo a remuneração do cargo durante esse período. Como, em caso de banimento, ele não poderá retornar ao serviço público, buscará, invariavelmente, alguma empresa privada, o que reforça o caráter fundamental da quarentena. No entanto, caso o prazo seja demasiado elevado, isto poderá significar, na prática, por obsolescência técnica, a sua aposentadoria no setor regulado. Assim, o distanciamento prolongado da prática setorial seria um incentivo para que buscasse ocupação em alguma área diversa da regulada. Isso pode ser, conforme o ponto de vista, até mesmo desejável, pois o levaria a perder a vantagem do amplo conhecimento, bem como da rede de relacionamentos que detém, efetivos ativos intangíveis sempre buscados pela iniciativa privada quando contrata ex-dirigentes do setor público. A ampla divulgação e cobertura sempre conferidas pela mídia, também seriam vistas como uma punição perante a sociedade.

É fundamental que o Projeto seja percebido por todos, antes como um avanço efetivo em termos de controle social, do que como um

instrumento de intrusão ministerial. Caso contrário, corre-se o risco, por falta de blindagem política, de serem levantados obstáculos à atração dos investimentos necessários. Tal solução pode ser vista como frustrante pelo governo central, seja por não permitir uma atuação mais direta no processo de controle social das agências, seja por inviabilizar a imposição da sua vontade sobre as mesmas. Entretanto, é exatamente isto o que se busca, uma vez que isto acarretaria a completa perda de independência, e até mesmo a razão de ser das agências. Em última análise, o que deve ser pensado e refletido em perspectiva de futuro, não é a autonomia administrativa (para definir e organizar quadros) ou financeira (como, onde e quando aplicar os recursos) da Agência, mas antes, a sua autonomia na ação regulatória.

Por fim, a defesa do Projeto, realizada por Luis Alberto dos Santos (vide seção 3.1), vai ao encontro do que já assinalaram, entre outros, Pinheiro, Aguzzoli e Monteggia (2000); todavia, em que pese as boas intenções, sempre declaradas pelas partes, conforme assinalou o prof. Alexandre Santos de Aragão, “a lei, depois de editada, se desprende da vontade daqueles que a conceberam” (ABAR, 2004, p. 33). Ademais, não faltam exemplos deste, bem como de outros governos, de que o que se diz não se faz, e as reais intenções nem sempre são alardeadas, daí a desconfiança quase paranóica, seguida de reações igualmente exacerbadas frente à muitas das iniciativas governamentais.

BIBLIOGRAFIA

- ABAR. **A Organização e o Controle Social das Agências Reguladoras** – críticas aos anteprojetos de lei. Porto Alegre: ABAR, 2004.
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.337**, de 13 de abril de 2004. Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, acresce e altera dispositivos das Leis nº 9.472, de 16 de julho de 1997, nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, nº 9.984, de 17 de julho de 2000, nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e nº 10.233, de 5 de junho de 2001, da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências. Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=248978. Acesso em: 09.03.2005.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no Atual Arranjo Institucional Brasileiro**: relatório do Grupo de Trabalho Interministerial. Brasília, 2003a.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Câmara de Políticas de Infra-Estrutura, do Conselho de Governo. **Relatório de Atividades**. Brasília, 2003b.
- BRASIL. **Lei Federal nº 9.961**, de 28 de janeiro de 2000 (a). Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/sf/legislacao/legisla/>. Acesso em: 09.03.2005.
- BRASIL. **Decreto nº 3.520**, de 21.06.2000 (b). Dispõe sobre a estrutura e o funcionamento do Conselho Nacional de Política Energética - CNPE e dá outras providências. Disponível em:

<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=217157>.
Acesso em 09.03.2005.

BRASIL. **Lei Federal nº 9.782**, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em:
<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=129668>.
Acesso em: 09.03.2005.

BRASIL. **Lei nº 9.491**, de 09 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei no. 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em:
<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=125049>.
Acesso em: 09.03.2005.

BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, 1995.

BRASIL. **Lei nº 8.031**, de 12 de abril de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Disponível em:
<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=211953>.
Acesso em: 09.03.2005.

MARTIN, Nilton Cano. O Controle do Incontrolável. **Anais**. XII Congresso Latinoamericano de Estrategia, São Paulo, Brasil, 1999.

MORAES, A. de (Org.). **Constituição da República Federativa e Emendas (1 a 42)**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PINHEIRO, Ivan A., MOTTA, Paulo C. D. A Condição de autarquia especial das agências reguladoras e das agências executivas e as expectativas sobre a qualidade da sua gestão. **Revista de Administração Pública**, v. 36, n. 3, p. 459-83, maio-junho, 2002.

PINHEIRO, I. A., AGUZZOLI, R. L., MONTEGGIA, E. G. Agências Autônomas de Regulação: mudanças à vista no relacionamento Estado X Setor Privado X Sociedade. In: XXIV ENANPAD, **Anais**, Florianópolis - SC, 2000.