



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

Verificador independente em contratos de saneamento básico

Independent verifier in basic sanitation contracts

Carlos Roberto de Oliveira

Resumo: O presente artigo aborda características relevantes das contratações de verificador independente para apoio na gestão e fiscalização dos contratos administrativos de concessão. Fundamenta-se, com considerações jurídicas, regulatórias, técnicas e econômicas a incompatibilidade de implantação ou coexistência da verificação independente em contratos de concessão de serviços públicos de saneamento básico, notadamente pela existência de legislação específica que instituiu o modelo de regulação independente para o setor (Lei Federal nº 11.445/2007). Com as ponderações teóricas e práticas de inadequação do modelo de apoio por consultoria, são lançadas observações acerca dos custos incorridos, falta de continuidade da verificação em razão das limitações temporais da contratação mediante licitação e ausência total de normatização legal ou regulamentação da verificação independente.

Palavras-chave: Verificador Independente; Regulação Independente; Concessão; Saneamento Básico; Lei 11.445/2007.

Abstract: This article addresses relevant characteristics of the hiring of an independent verifier to support the management and supervision of administrative concession contracts. It is based, with legal, regulatory, technical and economic considerations, on the incompatibility of the implementation or coexistence of independent verification in concession contracts for public basic sanitation services, notably due to the existence of specific legislation that instituted the independent regulation model for the sector (Federal Law No. 11,445/2007). With the theoretical and practical considerations of the inadequacy of the consulting support model, observations are made about the costs incurred, lack of continuity of the verification due to the temporal limitations of contracting through bidding and total absence of legal standardization or regulation of independent verification.

Keywords: Independent Verifier; Independent Regulation; Concession; Sanitation; Law 11.445/2007.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v11n1p290-306>

VERIFICADOR INDEPENDENTE EM CONTRATOS DE SANEAMENTO BÁSICO

Carlos Roberto de OLIVEIRA*

Sumário: Introdução; 1 A figura jurídica do Verificador ou Certificador Independente; 2 Verificador independente e regulação setorial independente: inviabilidade de coexistência; 3 Incompatibilidade jurídica de previsão de verificador independente nos contratos de saneamento básico; 3.1 Inviabilidade por identidade no objetivo finalístico; 3.2 Dilema do custo regulatório e modicidade das tarifas: estruturar regulador independente ou custear o verificador independente?; 3.3 Como conciliar acompanhamento de contratos de concessão com as limitações da Lei de Licitações para o Verificador Independente: a questão da continuidade das ações; 3.4 Verificador ou certificador independente: necessária regulamentação para garantia de segurança jurídica; Conclusões; Referências.

Introdução

A figura jurídica do verificador ou certificador independente, vem ganhando destaque e merece abordagem jurídica e regulatória diante do cenário e perspectiva atual das contratações públicas. Há forte tendência de contratação de agentes verificadores nas recentes operações de saneamento básico (em especial para os serviços públicos de água e esgotamento sanitário), realizadas por meio de concessão à iniciativa privada, nas modelagens jurídicas de concessões plenas ou administrativas.

As ponderações lançadas decorrem de questionamentos sobre as inviabilidades técnica, jurídica e econômica, diante do comando legal da Lei Federal nº 11.445/2007, que instituiu a regulação independente para os serviços públicos de saneamento básico.

Como se verá adiante, particularidades setoriais do saneamento básico devem ser pautadas quando da opção por tais contratações, e a existência de reais problemas de ordem técnica, jurídica e econômica (em especial identidade de objeto e economicidade por modicidade das tarifas), não podem ser desprezadas quando da tomada de decisão por parte dos gestores públicos responsáveis pela definição das políticas públicas de execução dos serviços por meio de concessão à iniciativa privada.

*Doutor e Mestre pela Faculdade de Direito da USP. Pós-Doutor em Direito Administrativo pela UNESP. Secretário-Executivo da Câmara Técnica de Assuntos Jurídicos da ABAR. Diretor da Agência Reguladora ARES-PCJ.

1. A figura jurídica do Verificador ou Certificador Independente

Verificador independente ou certificador independente, como são conhecidos, são agentes de mercado que passaram a ser previstos em contratos administrativos brasileiros de parcerias público-privadas (PPP) e de concessões plenas, tendo como principal função oferecer apoio à gestão contratual. O propósito de tais consultorias privadas é ofertar apoio técnico especializado e imparcial para a aferição do cumprimento de metas físicas de execução de obras e indicadores de desempenho dos contratos, de acordo com os índices previstos nos marcos e cronogramas de investimentos.

Diante da ausência de expressa previsão legal, a modelagem de atividades de verificação ou auditoria independentes, foi moldada ao longo dos anos pela prática dos agentes públicos responsáveis pela formatação de editais de contratos de concessão, em especial naqueles com execução de obras de infraestrutura, sob a alegação de falta de *expertise* e capacidade técnica do Concedente na aferição das metas e acompanhamento de indicadores previstos no instrumento obrigacional.

A base utilizada para dar lastro a esse modelo de consultoria de apoio sempre foi o art. 6º, §1º, da Lei federal nº 11.079/2004, que prevê que a remuneração do parceiro privado poderá ser variável e vinculada ao seu desempenho, conforme padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

Com o passar do tempo, alterações pontuais nesse modelo foram propostas e adotadas por diferentes entes públicos. A título de exemplo, houve em alguns casos a transferência do ônus da contratação do verificador independente para as concessionárias, desde que observados determinados parâmetros técnicos, mantendo o Concedente com poder de veto sobre a escolha do verificador, ou permitindo a sua contratação somente entre os que figurassem em *short lists* previamente homologadas. Em outros casos também, o papel do verificador independente foi alargado, notadamente para incorporar a prerrogativa ou obrigação de manifestação sobre pleitos de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro (ESPÍRITO SANTO; *et al.*, 2022).

Destaca Junqueira (2022) que essa prática de atribuir a contratação de tais profissionais ao Concessionário foi recentemente compreendida pelo Tribunal de Contas da União como elemento apto a macular sua independência, o que ensejou a proposta de determinação ao ente público contratante (no caso, a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT) de supressão de tal figura contratual na minuta de contrato. De acordo com o entendimento apresentado pela Corte de Contas em dois precedentes, a atribuição do dever de contratação ao concessionário cria um conflito de interesses, pois o verificador independente tenderia a emitir posicionamentos favoráveis para quem for responsável por sua remuneração. Tal linha de raciocínio foi expressamente consignada no acórdão nº 4036/2020, Plenário (processo nº 016.936/2020-5, rel. Min. Vital do Rêgo, para concessão dos

trechos das rodovias federais BR-153/TO/GO e BR-080/414/GO) e no acórdão nº 4037/2020-TCU, Plenário (processo nº 018.901/2020-4, Rel. Min. Benjamin Zymler, para concessão de trechos das rodovias BR-163/MT/PA e BR-230/PA).

Espírito Santo; *et al.* (2022), interpretando as citadas discussões do TCU, anotam especial destaque para os seguintes problemas jurídicos: (i) A fiscalização do cumprimento das condições da concessão e das cláusulas contratuais pelas empresas concessionárias cabe ao Concedente, devendo ser desempenhada diretamente por ele ou por entidades conveniadas (ANTT e ICMBio, respectivamente, nos casos analisados); (ii) Dificuldade de se estabelecer a independência e isenção do avaliador, quando contratado e remunerado diretamente pela concessionária, em relação jurídica regida pelo direito privado, que escapa da jurisdição do Concedente e do TCU, nos termos do §2º, do art. 25, da Lei federal nº 8.987/1995; e (iii) Contradição intrínseca à atuação do verificador independente que, embora tenha sido concebido para ser isento, é dependente economicamente do parceiro privado (quando por ele contratado) a quem deve fiscalizar, o que tende a impedir uma atuação efetiva e independente.

Afora os pontos destacados pelos citados julgados do TCU e divergências de entendimento no próprio Tribunal para as obras de interesse federal, pontos relevantes devem ser agregados à discussão no tocante à figura do verificador independente para contratos de saneamento básico, notadamente pelas particularidades do setor.

2. Verificador independente e regulação setorial independente: inviabilidade de coexistência

Ponto central para enfrentamento do tema proposto é compreender que há clara incompatibilidade de coexistência entre as figuras do verificador independente e agências reguladoras setoriais independentes, notadamente por conta do escopo de atuação – definida por lei ou por cláusulas contratuais –, aos citados institutos.

A figura do verificador independente, desde as primeiras modelagens de atuação no âmbito dos contratos administrativos de infraestrutura e de prestação de serviços públicos, assumiu função de grande valia e relevância para garantir segurança jurídica à fiel execução das avenças contratadas entre o poder público e a iniciativa privada, especialmente diante da ausência de agência reguladora setorial que pudesse intermediar controvérsias contratuais, avaliar desequilíbrios contratuais ocasionados por fatos imprevisíveis (revisões) e outras demandas que solicitassem posicionamento técnico qualificado frente às alterações contratuais.

Nesse cenário específico de relação contratual entre público e privado, não existindo ente regulador criado por lei para afiançar a correta interpretação de pleitos e fiscalização dos contratos, em suas metas, indicadores e marcos de investimentos, abriu-se interessante janela de oportunidades para o mercado de verificação

independente. Áreas como iluminação pública, parcerias público-privadas em áreas de saúde, segurança pública, transportes públicos municipais, são, dentre muitas outras, áreas promissoras para o trabalho de verificadores independentes e especializados.

A figura do verificador independente, para as citadas áreas, é desejável e salutar, notadamente para trazer avaliação e validação técnica qualificada em áreas que demandam apoios especializados nas áreas: jurídica (distribuição de riscos contratuais por eventos adversos e imprevistos), técnica (controvérsias de soluções de engenharia, métodos construtivos e inovações tecnológicas) e econômica (avaliação e mensuração de efeitos econômicos decorrentes de eventos que justifiquem revisões).

Observam Viana e Prado (2019) que, o cumprimento de indicadores, na maior parte dos ajustes, impacta diretamente o sistema de remuneração contratual, uma vez que o não atingimento poderá levar a descontos na contraprestação a ser paga à concessionária. Nesse contexto, a previsão dessa figura no contrato, bem como da sua forma de escolha, é questão sensível que impacta diretamente na percepção de risco do setor privado em relação à garantia na remuneração adequada pelos investimentos e prestação dos serviços públicos contratados.

Ademais, a opinião especializada do verificador exercida por consultoria privada e dotada de equipe qualificada, pode, de fato, agregar valor aos projetos, por ser vista pelos investidores como uma garantia de recebimento da remuneração justa ao longo da vigência contratual, mitigando os receios da automática aplicação dos clássicos conceitos de poder de império e supremacia do interesse público em favor da Administração Pública. Como observa Marrara (2023), a preferência pelas figuras contratuais se justifica pelo ganho de democratização, de legitimidade, de segurança jurídica e de eficiência que elas ocasionam quando comparadas à ação administrativa tradicional, marcada pelo caráter impositivo, unilateral e monológica. Na medida em que o Estado negocia, sua ação se torna mais permeável aos interesses da população, dos agentes econômicos e dos agentes sociais.

Para Ragazzo (2018), em um momento cada vez mais voltado para debates acerca dos custos e benefícios da regulação, torna-se fundamental impulsionar o fenômeno do incremento da qualidade regulatória, de modo a fazer frente à cíclica demanda por investimentos e às demandas sociais.

Em resumo: a figura do verificador independente é compatível e salutar para apoio técnico e econômico no acompanhamento e aferição de metas físicas, validação de investimentos, indicadores de qualidade dos serviços e avaliação e validação de equilíbrio econômico-financeiro (reajustes e revisões) de contratações públicas que não dispõem de expressa regulação setorial específica. Já para setores com destinação legal de regulação setorial – como o saneamento básico –, há incompatibilidade absoluta, pois, o ente regulador infranacional e o verificador

independente atuam, basicamente, com o mesmo escopo técnico e econômico de trabalho.

3. Incompatibilidade jurídica de previsão de verificador independente nos contratos de saneamento básico

Conforme destacado, tanto pela construção teórica apresentada, quanto pelos precedentes de julgamentos do TCU, a viabilidade de contratação de apoio por meio de verificador independente em contratos públicos somente é compatível com atividades que não possuam regulação independente previstas em lei.

O conceito de regulação independente, previsto nas Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico (Lei nº 11.445/2007), em seu art. 21, está pautado na independência decisória e autonomias administrativa e financeira. Sua consolidação e efetividade são fundadas na tecnicidade e especialidade do quadro de servidores, que deve ser permanente e estável, com vistas a garantir a perenidade do planejamento e execução das ações regulatórias, a retenção de conhecimento e a redução da assimetria de informações em relação ao prestador. Somente com quadro próprio e estável de servidores há instrumentos eficientes para mitigar a captura técnica e informacional.

Nessa linha de entendimento são emitidas diretrizes pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, segundo a qual a adequada política de gestão e governança pressupõe elaborar uma política consistente que contemple o papel e as funções das agências reguladoras, a fim de aumentar a confiança de que as decisões regulatórias são tomadas de forma objetiva, imparcial e consistente, sem conflito de interesses, parcialidade ou influência indevida (OCDE, 2022, p. 101).

A ideia de governança transparente, para a OCDE, pressupõe estrutura de políticas de recursos humanos para o controle da regulação apoiadas em transparência, profissionalismo e gestão oriunda de resultados. A execução do controle da regulação deve ser independente da influência política e os esforços de promoção da conformidade devem ser recompensados (OCDE, 2018, p. 110).

Na mesma linha de entendimento, por força do art. 4º-A, §1º, inc. VIII, da Lei federal nº 9.984/2000, seguem as perspectivas para edição de norma de referência da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA, para estabelecer práticas de governança a serem observadas pelas entidades reguladoras infranacionais que atuam no setor de saneamento básico, com proposta de orientação para quadro próprio e qualificado de pessoal.

Nesse sentido, clara e alinhada está a relação entre regulação independente disposta na Lei Federal nº 11.445/2007 e as recomendações emanadas pela OCDE, em especial na adequada e transparente governança regulatória para manutenção de

quadro técnico, efetivo, equidistante das partes e comprometido com a gestão de resultados em ambiente estatal e perene.

3.1. Inviabilidade por identidade no objetivo finalístico

Analisando as premissas técnicas adotadas para as contratações de verificação independente e o detalhamento do objeto dos contratos licitados para tais entes privados, nos recentes contratos de saneamento básico, deparamo-nos com a identidade de objetivo finalístico entre o verificador e o regulador setorial.

Basicamente confere-se ao verificador a tarefa inerente ao regulador em sua função de fiscalização da qualidade dos serviços (fiscalização direta – realizada em campo e fiscalização indireta – por meio de indicadores), além de coleta, sistematização e validação de dados e informações contábeis e econômicas. Inegavelmente os contratos colocam em colisão as atividades do ente regulador e do verificador, atuando com mesmo escopo de atividade-fim.

Em que pese o objeto delineado em contratos estabelecer elaborados critérios para aferição da qualidade dos serviços, acompanhamento de indicadores por meio de *softwares* de gerenciamento e desenvolvimento de banco de dados para aferição dos resultados, todas essas atividades já são delegadas e podem ser realizadas pelo regulador frente a autorização de sua lei de criação, nos estritos limites dos arts. 22 e 23 da Lei nº 11.445/2007; logo, a incompatibilidade de contratação do verificador independente diante da existência de regulador setorial no saneamento, ganha fundamento.

A partir da visão regulatória sistêmica estabelecida na Lei nº 11.445/2007, com recorte para as particularidades do exercício da função reguladora estatal, é dever do ente regulador setorial estruturar padrões e indicadores da política pública de saneamento definida (art. 22, I), normatizar o setor regulado (art. 23, II a XI), definir critérios e rito de acompanhamento dos serviços públicos prestados (art. 25, §2º), conduzir o processo sancionatório em caso de descumprimento (art. 23, XIII) e atender às demandas dos usuário por serviço adequado (art. 23, §2º).

Como se vê, a função regulatória do saneamento básico dispõe de sistemática com sequência lógica de fases e a fragmentação do processo, com inserção de novo ator proveniente de consultoria privada, por quaisquer que sejam os motivos apontados, de ordem técnica ou orçamentária, mostra-se contraproducente e pode impor limitações à padronização de procedimentos e eficácia da política pública regulatória.

Os principais argumentos para inserção da verificação independente na modelagem dos contratos, são: inexistência de agência reguladora setorial de saneamento, falta de estrutura do ente regulador existente, carência de pessoal ou ausência de equipe

e reduzida capacidade técnica consolidada para a gestão das questões complexas de água e esgoto, o que demandaria apoio especializado.

Em que pese a veracidade da afirmação em muitos dos casos, e os desafios para aprimoramentos regulatórios estarem presentes no nosso cotidiano, a formação de quadro próprio e estável é condição para a perpetuação da boa governança regulatória, não só pelas demandas legais dos citados arts. 22 e 23 da Lei 11.445/2007, mas para fazer frente aos necessários papéis institucionais atribuídos ao regulador. Delegar, por meio de licitação pública, ao ente privado, não foi a opção preferencial direcionada pela lei setorial e pode desencadear problemas de ordem técnica e jurídica.

Merece destaque a ressalva que a contratação da verificação independente não suprime a necessidade de quadro de pessoal efetivo para o exercício do poder de polícia administrativo nas fiscalizações e aplicação de eventuais sanções. Como sabemos, a ação de imputar sanção depende da fé-pública decorrente do liame de vínculo efetivo de servidor, não sendo exercível ou delegável ao privado. Aliás, muito tem-se dito acerca da opção por contratação de verificação apenas para “apoio à gestão contratual”, o que parece ser um ineficiente modelo que demanda retrabalho, pois pressupõe deslocar empregado do verificador para aferir não-conformidades e, posteriormente, servidor público para a constatação do problema de ordem técnica ou operacional e aplicação de sancionamento. Ainda que não se opte pela visita de aferição, criamos a figura do fiscal de gabinete, que atua somente com base em relatórios enviados, distanciando-se da realidade dos serviços prestados e da sua necessária interação com a atividade regulada.

Diante dessa lógica, justifica-se a opção adotada de regulação setorial para o saneamento pela integralidade das ações, fundada no modelo de agências reguladoras independentes e com quadro de pessoal próprio, sendo a figura do verificador um modelo incompatível, já que todas as ações usualmente atribuídas ao verificador são endereçadas ao ente regulador na Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico.

A opção por regulação setorial se reforça, ainda, diante dos instrumentos de efetividade e dinamismo próprios da regulação independente, que pode atuar diante das incompletudes dos contratos (Hart, 1988), normatizando aspectos técnicos das lacunas contratuais ou complementando e dando atualidade para as novas dinâmicas do setor (legislativas e de atualidade do mercado), bem como aprimorando contratos por meio de instrumentos de regulação responsiva (Ayres; Braithwaite, 1992), propondo alternativas ao serviço adequado e induzindo a métodos de consensualismo e práticas colaborativas na revisão constante das políticas regulatórias. Tais ações não podem ser manejadas por meio da verificação independente, que atua nos limites estritos das obrigações firmadas na licitação,

estando atrelado a mecanismos clássicos de comando e controle, decorrentes da validação de metas e indicadores, restando vedada a inovação contratual.

Como se vê, a opção pela regulação setorial é clara e exclui a concomitância da verificação independente, sendo o papel usualmente formatado para tais consultorias idênticos aos deveres institucionais da regulação infranacional independente.

Resta, então, reconhecermos que a regulação setorial do saneamento ainda tem fragilidades e corrigi-las, sendo o caminho adequado a aderência às normas de referência emitidas pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA (art. 4º-A, da Lei Federal nº 9.984/2000), ações de fortalecimento institucional por parte dos titulares e prestadores e cobrança por parte da sociedade usuária.

Não nos parece a melhor opção técnica subutilizarmos o modelo de regulação independente para simplesmente vê-lo substituído por consultorias privadas que podem desencadear problemas estruturantes da consolidação da regulação setorial.

Como ponderam Brochi e Oliveira (2023), o que se espera é uma maior tecnicidade das agências setoriais, que incorporarão uma série de obrigações impostas e que implicam em mudanças na forma de atuação, sendo que muitas agências precisarão adequar sua organização administrativa e suas estruturas técnicas de pessoal, promovendo melhorias no aspecto da governança regulatória e na forma de fiscalizar a prestação dos serviços públicos de saneamento.

3.2. Dilema do custo regulatório e modicidade das tarifas: estruturar regulador independente ou custear o verificador independente?

Afora a fundamentação jurídica que expõe a incompatibilidade de contratação de verificador independente por sua identidade no objetivo finalístico com o regulador setorial de saneamento básico, vários contratos de concessão recentes têm desconsiderado a importância da consolidação e fortalecimento da regulação independente e firmado, nos editais de licitação e respectivos contratos administrativos, a obrigatoriedade de seleção de consultoria privada para verificação independente dos contratos.

As escolhas administrativas tomadas nesse sentido são preocupantes, pois agregam aos contratos um novo custo financeiro a ser suportado pelo usuário, por meio das tarifas. Otimizar ou agregar eficiência aos componentes de custos são pontos centrais para os pilares que compõem a base da sustentabilidade da prestação dos serviços públicos: a tarifa adequada e a modicidade.

Na medida em que o contrato de concessão segue carregado de diversificadas obrigações financeiras (outorga inicial paga para acesso ao contrato, investimentos em obras e ações de universalização dos serviços, taxa de regulação ao ente

regulador e contratação de verificador independente), temos uma difícil equação financeira a ser composta, a adequada tarifa para remunerar o concessionário e a tarifa módica compatível com a capacidade de pagamento dos usuários.

Nessa perspectiva, com olhar para os reflexos financeiros, é importante frisar que os valores aferidos nas atuais contratações de verificação independente são bastante expressivos, com contratos na casa dos milhões de reais anuais, o que desafia sobremaneira a citada modicidade.

Para os casos de serviços sem regulação estruturada diz-se que a função do verificador é temporária, condicionada à organização e estruturação do ente regulador independente. Ocorre que, com os altos valores pagos nessas contratações terceirizadas, há reais dificuldades financeiras para alocação de recursos para estruturação do regulador, criando um ciclo de dependência e permanência nas atividades contratadas, integrando as despesas como permanentes por toda a vigência da concessão, e com custos suportados pela tarifa.

Outro ponto relevante é a fonte de remuneração de atividades do verificador. Como não existem normas legais ou regulamentação para a estruturação de modelagem da verificação independente, cabe ao gestor público, no exercício do seu poder discricionário, definir regras para a remuneração das consultorias privadas, sendo comum a imposição de obrigação de remuneração ao concessionário (diluída no fluxo de caixa que fundamenta a tarifa), ao poder concedente (titular dos serviços) e, até mesmo, à agência reguladora setorial dos serviços de saneamento.

Diante de tal quadro fático, percebe-se falta de padronização pela ausência de regras regulamentares do setor, levando a modelos ineficazes de alocação de recursos públicos. Muitos contratos de concessão remetem a obrigação de custeio do verificador ao concessionário, com recursos provenientes das tarifas, porém temos casos de encargos ao poder concedente e regulador, que são modelos frágeis e inadequados de alocação, já que o concedente precisa deslocar recursos públicos de outras áreas prioritárias para cobrir essas obrigações e, o regulador, compromete sua capacidade de custeio administrativo e investimento em ações de fiscalização e regulação econômica.

Sob a ótica da eficiência econômica, parecem-nos equivocadas as escolhas administrativas que desprezam a regulação independente estabelecida em lei (arts. 21 e 22 da Lei Federal nº 11.445/2007), optando por modelos de verificação independente que padecem de previsão ou regulamentação legal e são sustentadas sob os meros argumentos de inércia ou ineficiência do poder público. Não há lógica jurídica ou econômica na fragmentação de atividades estatal sob justificativa de ineficiência, em especial quando há previsão legal e a delegação mediante contrato para o privado causará impacto direto nas tarifas pagas pelos usuários ou no orçamento público.

Sob tal perspectiva, e com olhar para a eficiência da aplicação dos recursos públicos provenientes das tarifas, Aragão (2012) destaca que, uma interpretação ou aplicação da lei que não esteja sendo capaz de atingir concreta e materialmente os seus objetivos não pode ser considerada como a interpretação correta. Por essa lógica, fica evidente que mesmo diante de frágeis justificativas jurídicas adentra-se em tentativa de legitimar com argumentos econômicos a conveniência de contratação do verificador como solução paliativa e momentânea ou até mesmo permanente, deixando de apontar os custos regulatórios que estão embutidos em tal escolha.

A regulação independente gestada no modelo de política pública setorial, com quadro de pessoal próprio e permanente foi a solução encontrada como mais coerente ao modelo de regulação adotado no Brasil, em consonância com outros países desenvolvidos e com orientação da OCDE.

A coexistência dos modelos de agência setorial e verificador independente é inviável e extremamente desaconselhado pelo viés econômico, já que incrementa custos regulatórios, tira clareza do sistema de regulação setorial, induz ineficiências e deixa de prestigiar a regulação técnica exercida por quadro de pessoal estável com poderes de aprimoramento e gestão de políticas públicas setoriais.

Por outro lado, a opção pela verificação em detrimento da regulação setorial independente advoga contra um dos principais objetivos na busca por qualidade da regulação, que é a estabilidade regulatória. Nos dizeres de Lodge *et al.*, (2017), somente com a segurança da estabilidade regulatória teremos instrumentos que assegurem o ambiente institucional mais propício à atração de investimentos privados.

O caminho trilhado por vários contratos de concessão, dando ênfase à verificação independente e relegando ao segundo plano a regulação setorial é preocupante e impõe impactos financeiros relevantes na estruturação das tarifas módicas.

Pede atenção o necessário fortalecimento das agências reguladoras. Em artigo carregado de ironia e intitulado “Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples”, Jordão e Ribeiro (2022), dão dicas preciosas para alcançar a derrocada da regulação setorial, com especial destaque para restrições orçamentárias e limitações à capacidade de contratação de quadros.

3.3. Como conciliar acompanhamento de contratos de concessão com as limitações da Lei de Licitações para o Verificador Independente: a questão da continuidade das ações

Outro ponto de reflexão para justificar a prevalência da regulação técnica em detrimento da verificação por meio de consultoria privada, é a natureza de perenidade da função regulatória desenvolvida por meio de ente regulador independente.

No exercício da função regulatória a agência exerce seu poder normativo e regulamenta o setor, desenvolve ações de fiscalização da qualidade dos serviços com poder de polícia administrativo, atua na interface de defesa dos usuários promovendo ações de conciliação e mediação por meio da ouvidoria e, quando necessário, exerce seu poder sancionatório por meio de advertências e multas. Pode, ainda, propor acordos administrativos por meio de Ajustamentos de Condutas, caso haja justificado motivo para substituição da ação sancionatória por medida administrativa conciliadora do interesse público.

As políticas públicas regulatórias são perenes e contínuas, com reavaliações periódicas em ciclos regulatórios pré-definidos. Dentro das metas trilhadas na Agenda Regulatória da entidade há aplicação, avaliação e redefinição de metas e indicadores, agindo em sintonia e compasso com as premissas de continuidade dos serviços públicos de saneamento regulados.

A preocupação com a perenidade das ações regulatória sempre foi alvo da matriz normativa para o saneamento, definindo o ente regulador como autarquia em regime especial, dotado de independência decisória e autonomia administrativa, orçamentária e financeira. Houve reforço de preocupação da continuidade das ações com a alteração promovida na Lei Federal nº 11.445/2007, pela Lei Federal nº 14.026/2020, acrescentando-se o §1º-B ao art. 23, segundo o qual “Selecionada a agência reguladora mediante contrato de prestação de serviços, ela não poderá ser alterada até o encerramento contratual”, salvo fundamentadas razões de descumprimento de adoção das normas de referência emitidas pela ANA ou se estabelecido de comum acordo com o prestador de serviços.

A sistemática de acompanhamento por parte do verificador independente tem lógica temporal totalmente diversa, com contratação por prazo determinado, nos estritos limites da legislação de licitações públicas. O verificador, contratado mediante licitação pública, com regras subordinadas à Lei Federal nº 14.133/2021 (Lei de Licitações) e prazo de vigência do contrato não ultrapassando 5 anos (art. 106), inevitavelmente terá ruptura danosa da continuidade das ações de aferição, com provável troca do agente por diversas vezes ao longo do contrato, mudanças de metodologia de trabalho e inevitável assimetria de informações entre as trocas decorrentes de término dos contratos administrativos das consultorias.

Não se pode desprezar o impacto do grande risco regulatório e de assimetria de informações ocasionado diante da incompatibilidade de contratos de concessão de saneamento básico, com duração média de 30 a 35 anos, e contratações de verificação a cada 5 anos por força da legislação de licitações públicas. Temos, ao cabo, possibilidade eventual de coexistirem, ao longo do acompanhamento do contrato de concessão, 6 ou mais empresas verificadoras, com risco de captura informacional por assimetria de conhecimentos. O cenário é absolutamente preocupante.

Por conta da necessidade de perenizar metodologias de trabalho, rotinas de aferição de metas e indicadores e procedimentos fiscalizatórios, foi criada a regra legal do citado §1º-B ao art. 23, da Lei Federal nº 11.445/2007, para que a regulação seja perene e não haja descontinuidade por troca de contratados e alterações de metodologia, o que compromete e interrompe ciclos da qualidade das atividades. Nesse sentido, a figura do verificador tende a acrescentar insegurança jurídica e potencializar imprevisibilidades técnicas, sendo incompatível com a continuidade de ações preconizadas na Lei Federal nº 11.445/2007.

3.4. Verificador ou certificador independente: necessária regulamentação para garantia de segurança jurídica

Por fim e não menos relevante, há de se destacar que as figuras do verificador ou certificador independente são criações desenvolvidas nos limites da modelagem das contratações de infraestrutura, sem que haja qualquer regramento legal ou normatização técnica da atividade.

Aos que apresentam críticas ao modelo de regulação setorial do saneamento, devem se atentar que a contratação de verificação não agrega qualquer segurança legal extra ao modelo atual, muito pelo contrário, cria nicho de mercado sem qualquer tipo de regra ou regulamentação para o acesso.

Quem pode exercer a função de verificador? Qual a capacitação técnica dessa empresa de consultoria? Qual a experiência técnica e quais atestados de capacidade técnica devem ser apresentados pelas concorrentes nos processos licitatórios? Qual o parâmetro de preço e como se escolhe o verificador, mediante menor preço ou na modalidade técnica e preço? Quais as regras de restrição à participação por eventual conflito de interesses entre o contratado e a empresa concessionária?

Todas essas perguntas não têm resposta e os critérios para dirimir tais pontos estão exclusivamente nas mãos dos contratantes públicos (Poderes Concedentes), que desenvolvem os editais com as regras licitatórias baseadas em evidências e experiências de outros municípios ou estados da federação, sem que haja a mínima padronização ou homogeneidade de procedimentos, já que não há regra legal ou normatização para o tema. O campo para empresas aventureiras ou consultorias oportunistas e sem qualificação é vasto.

Acrescente-se, a tais preocupações, diversas modelagens que entregam ao concessionário a responsabilidade de contratação e remuneração do verificador, criando cenário indesejado de relação de escolha e remuneração daquele que está incumbido de aferir e fiscalizar metas da empresa prestadora de serviços públicos.

Dessa forma, uma regulamentação da atividade de verificação – ainda que não se aplique para os casos de serviços públicos essenciais de saneamento básico –, serve como norte de previsibilidade e de baliza de legalidade para os contratos que

comportam e recebem tais contratações. Ganha o poder público ao conhecer e dispor de regras básicas sobre tais contratações, ganha o mercado, na medida em que encontra amparo de legalidade nas contratações que faz com o poder público e saem vencedores a sociedade e os órgãos de controle, que dispõem de bases objetivas para fiscalizar e validar os atos e os procedimentos praticados.

Conclusões

O verificador independente ou auditor independente, são agentes privados de mercado que atuam no apoio à gestão de contratos administrativos de concessões plenas ou parcerias público-privadas, com o intuito de verificar metas de execução de obras e indicadores de desempenho pactuados nos cronogramas contratuais.

A figura da consultoria de verificação independente vem sendo cada vez mais utilizada em contratações públicas, notadamente para atividades em que a Administração Pública não dispõe de corpo técnico qualificado para acompanhamento e gestão das ações públicas delegadas a terceiros, como é o exemplo da iluminação pública. A experiência é positiva e serve como eficaz instrumento de apoio à validação de obrigações contratuais em obras e serviços.

Inobstante a perspectiva positiva das ações de apoio em muitos serviços públicos delegados, o modelo tem sido replicado e proposto na modelagem de contratos de concessão de serviços públicos de água e esgotamento sanitário, o que causa grande preocupação, já que a verificação independente é incompatível com serviços públicos que dispõem de regulação específica, como é o caso do saneamento básico.

A função regulatória para o saneamento básico, representada na Lei Federal nº 11.445/2007 por meio da regulação independente e exercida por agências reguladoras, apresenta incompatibilidade absoluta com a verificação independente, pois o regulador infranacional e o verificador independente atuam, basicamente, com o mesmo escopo de atividades técnicas e econômicas de trabalho.

Várias são as razões jurídicas e econômicas de inadequação da substituição da regulação pelo verificador ou até mesmo de coexistência dos dois modelos de acompanhamento dos contratos. O problema da inviabilidade encontra óbice jurídico por identidade no objetivo finalístico, ou seja, pela atuação com mesmo escopo de objeto; inadequação do modelo pelos custos incorridos, já que os valores praticados oneram em demais o custo das tarifas, impactando na modicidade das tarifas aos usuários.

A falta de continuidade da verificação em razão das limitações temporais dos contratos públicos firmados mediante licitação (limitados a 5 anos), ao passo em que os contratos pedem acompanhamento de toda a sua vigência, variando de 30 a 35 anos; e a ausência total de regulamentação ou normatização da prática comercial de verificação independente, o que traz insegurança jurídica e ausência de

previsibilidade ao setor regulado, criando um modelo de negócio regulamentado única e exclusivamente por cada edital de licitação de concessão.

Por essa ótica de inviabilidade de verificação independente para os setores que contam com regulação setorial, espera-se concentração de esforços para que haja o fortalecimento da regulação setorial, nos moldes preconizados pela OCDE e normatizado pela Lei Federal nº 11.445/2007, e não a substituição da regulação setorial perene pela fragilidade de contratos privados de consultoria técnica.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. In: Thiago Marrara (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: Legalidade, Segurança Jurídica, Impessoalidade, Publicidade, Motivação, Eficiência, Moralidade, Razoabilidade, Interesse Público*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 376.
- AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John *Responsive Regulation: Transcending the deregulation debate*. New York: Oxford University Press, 1992.
- ESPÍRITO SANTO, Bruno Vianna; BARBOSA, Bianca Rocha; IZAR, João Filipi. O futuro do verificador independente: as recentes decisões do TCU. *Revista Consultor Jurídico*, 25 de junho de 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-25/opiniao-futuro-verificador-independente/>> Acesso em 13 nov 2023.
- HART, Oliver D. Incomplete contracts and the theory of the firm. *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 4, n. 1 (Spring, 1988), pp. 119-139. URL: <http://www.jstor.org/stable/765017>
- JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. In: JORDÃO, Eduardo. *Estudos antirromânticos sobre controle na administração pública*. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 109.
- JUNQUEIRA, André Rodrigues. As manifestações não-jurispcionais sobre a execução de contratos celebrados pela Administração Pública: conteúdo, cumprimento e vinculação. In *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 96: 12-39, jul./dez. 2022.
- LODGE, Martin; VAN STOLK, Christian; BATISTELLA-MACHADO, Julia; HAFNER, Marco; SCHWEPPENSTEDDE, Daniel; STEPANEK, Martin. *Regulação da infraestrutura logística no Brasil*. Centre for Analysis of Risk and Regulation, London School of Economics and Political Science, 2017.
- MARRARA, Thiago. *Manual de direito administrativo: atos, processo, licitações e contratos*. v. 3, Indaiatuba: Editora Foco, 2023, p. 279.

OCDE (2018), Conjunto de Ferramentas de Controle e Fiscalização Regulatória da OCDE, *OECD Publishing*, Paris. DOI: <http://doi.org/10.1787/9789264303959-pt>

OCDE (2022), Reforma Regulatória no Brasil, *OECD Publishing*, Paris. DOI: <http://doi.org/10.1787/f7455d72-pt>

OLIVEIRA, Carlos Roberto de; BROCHI, Dalto Favero. Desafios da Lei Federal nº 14.026/2020: a universalização da regulação. *RACEF – Revista de Administração, Contabilidade e Economia da FUNDACE*. v. 14, n. 4, p. 111-122, 2023. DOI: <http://dx.doi.org/10.13059/racef.v14i4.1136>

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Coordenação efetiva e sistematização: novas tendências da melhora da qualidade regulatória no Brasil. *REI-Revista Estudos Institucionais*, v, 4, n. 2, 2018.