Como desestruturar uma agência reguladora em 3 passos

A contribuição das próprias agências

Mauricio Portugal Ribeiro **Eduardo Jordão**

06 de Abril de 2017 - 15h03

Pixabay

AGÊNCIA REGULADORA | ANAC | ANATEL | DESTAQUES | INFRAESTRUTURA | ÓRGÃOS DE CONTROLI

103 43 Aa

Uma série com dicas para desestruturar as agências reguladoras não poderia deixar de trazer estratégias de autoflagelo. Vistas, em textos anteriores, as estratégias que podem ser promovidas pelo poder executivo e pelos órgãos de

controle, como podem *as próprias agências* contribuir para a sua derrocada?

Normalmente, os integrantes destas entidades supõem que o seu ocaso é culpa de terceiros, políticos e/ou controladores néscios ou sedentos de poder. Nunca admitem que também prestam contribuição relevante para esta situação.

As agências reguladoras foram criadas para garantir atuação estatal imparcial e técnica no acompanhamento, fiscalização e regulação de contratos de longo prazo nos setores de infraestrutura, que envolvem investimentos relevantes do setor privado a serem amortizados em prazos longos, como 20 ou 30 anos.

Assim, a estabilidade da regulação, a imparcialidade das decisões, a sua rapidez, solidez técnica e conformidade com as regras e com a lógica jurídica, econômica e financeira são essenciais para manter a credibilidade do sistema regulatório.

No entanto, é frequente que as agências reguladoras (i) atuem de forma errática, com comprometimento da segurança jurídica; (ii) negligenciem importantes regras procedimentais; ou (iii) divulguem inapropriadamente as informações relevantes sobre o setor regulado e sobre as suas próprias decisões.

Descumpram contratos e frustrem a segurança jurídica

Uma das razões para a criação das agências reguladoras consistia em dar mais estabilidade aos setores regulados. A ideia era a de que a concessão de poderes regulatórios a entidades técnicas, isoladas de influências políticas, favoreceria a previsibilidade, criando ambiente propício para o aporte de investimentos.

Como desbaratar este projeto? Assegurando que a estabilidade e a segurança jurídica sejam comprometidas nos setores regulados pela atuação da própria agência.

A forma mais óbvia para fazê-lo é frustrar o cumprimento dos contratos, em especial em relação à garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e realização dos reajustes tarifários. Há aí o cenário propício para ações populistas e para violar os direitos e a expectativa dos concessionários.

No caso de disposições relativas ao reequilíbrio econômico-financeiro, uma estratégia particularmente efetiva consiste na

anulação de disposições contratuais firmadas anos antes, sob o argumento de mudança de orientação quanto à metodologia aplicável para o seu cálculo. Tome-se o caso emblemático da ação judicial intentada pela Artesp e pelo Governo do Estado de São Paulo para anular aditivos celebrados em dezembro de 2006. A este respeito, argumente que é natural que práticas regulatórias evoluam e que novas formas de cálculo de reequilíbrio sejam desenvolvidas. E ignore que é exatamente por isso que se crê indispensável blindar o passado, preservando a validade e eficácia dos acordos assinados com base nas práticas vigentes à época da sua realização.

Já no caso do reajuste tarifário, é cada vez mais raro o exemplo de Luiz Guilherme Schymura, então presidente do Conselho da Anatel que, em 2003, lutou para impedir que o Governo ignorasse as regras de reajuste de tarifa dos contratos de concessão dos serviços de telefonia. Ao invés disso, tem sido frequente que os diretores de agências reguladoras convalidem reduções de tarifa ou ignorem o direito de reajustá-las quando o Chefe do Poder Executivo assim entender devido, ignorando que a manutenção do valor da tarifa e direito ao seu reajuste só podem ser alterados por acordo entre as partes. Diversas agências reguladoras, particularmente as estaduais, o fizeram após as manifestações sociais de 2013.

O grande mérito da estratégia de descumprimento contratos está em que os seus efeitos vão além do caso concreto. Cria-se a percepção geral de que quaisquer alterações nas condições políticas ou nas orientações das agências sobre questões regulatórias serão suficientes para fazê-las rever decisões passadas e reabrir os processos nos quais elas foram tomadas. Ou seja: consagra-se exatamente o cenário de insegurança que se quis evitar com a criação das agências reguladoras.

Não liguem muito para procedimentos

Uma segunda estratégia efetiva para minar a credibilidade das agências reguladoras consiste em negligenciar as regras procedimentais que regem (ou deveriam reger) a sua atuação.

Ora, o procedimento é um mecanismo jurídico para garantir que as decisões de uma entidade pública sejam tomadas de forma legítima – e não de forma arbitrária. Afinal, decidir seguindo um procedimento é o inverso de decidir livremente.

Justamente por isso, desconsiderar as regras procedimentais é forma eficaz de comprometer esta arquitetura institucional e pôr em cheque a sua própria legitimidade. A estratégia pode ser utilizada tanto na produção normativa como nas chamadas "decisões individuais" (solução de uma controvérsia, imposição de uma sanção etc.).

Tome-se a primeira hipótese, de produção normativa. Aqui, a forma mais recorrente de procedimentalização em todo o mundo é o uso da chamada Análise de Impacto Regulatório (AIR). Bem utilizada, a AIR tende a gerar uma regulação de maior qualidade (porque serve a levantar dados relevantes) e mais democrática (porque permite o debate de diferentes opções).

Receba as melhores notícias do JOTA no seu email!

Nor

Ema

Enviar

Na prática, no entanto, ela ainda está muito longe de ser a regra no Brasil. Na ausência de uma obrigação legislativa genérica, tem cabido às próprias agências reguladoras decidir *quando* e *como* valer-se deste mecanismo. Neste cenário, não é surpresa que, salvo poucas exceções no nível federal (como é o caso da Anvisa), o uso da AIR ainda seja raro.

Também no caso das chamadas decisões individuais, é comum a reclamação dos regulados sobre desrespeito de regras procedimentais e dos seus direitos de serem ouvidos, sendo esta a maior causa de contestações judiciais de decisões das agências.

Mas as agências podem ser ainda mais eficientes nesta estratégia de negligência a ritos procedimentais. Elas podem valer-se de disposições contratuais para ampliar os seus

próprios poderes e as suas próprias margens de discricionariedade. Ao invés de procedimento, ampla liberdade.

Num primeiro exemplo já testado, basta incluir em minutas de contrato fatores indeterminados que lhes dão amplos poderes de mudar a qualquer tempo os seus aspectos econômico-financeiros. Valham-se indiscriminadamente do famoso Fator X. Ignorem a lição de que, tecnicamente, a utilização deste mecanismo só faz sentido para contratos em setores cujos avanços tecnológicos criem periodicamente ganhos operacionais inesperados, como o setor de telecomunicações ou de distribuição de energia elétrica. Usem-no, portanto, mesmo em setores de infraestrutura pesada.

Num segundo exemplo também não inédito, subordinem o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato a fatores que as próprias agências estabelecerão a *posteriori*. Assim se cria incerteza sobre a indenização integral dos concessionários pela ocorrência de eventos cujo risco foi atribuído pelo contrato ou pela lei ao Poder Concedente. É o caso da utilização da metodologia do fluxo de caixa marginal para qualquer evento de desequilíbrio (e não apenas para a inclusão de novos investimentos no contrato), com taxa de desconto estipulada posteriormente pela agência reguladora, como tem acontecido nos contratos da ANTT e da ANAC.

Negligenciem a importância da difusão informacional

Uma última estratégia para comprometer a imagem e a reputação das agências consiste em negligenciar a importância da propagação de informações para a regulação. Há pelo menos duas formas distintas em que ela pode ser relevante.

Numa primeira forma, a difusão informacional é relevante como técnica ou estratégia regulatória. Neste sentido, a agência atua como um centro propagador das informações pertinentes ao setor regulado, tornando-as facilmente acessíveis a todos. Isto tende a ampliar a competitividade entre os *players* do mercado, além de possibilitar escolhas e comportamentos mais conscientes dos consumidores.

A despeito disso, medidas tão básicas como a divulgação comparativa de diferentes planos de serviço oferecidos por diferentes operadoras de telefonia seguem ser sem implementadas pela ANATEL, para citar apenas um exemplo. A

desculpa para esta inação tem sido a da constante mudança dos planos das operadoras – circunstância que não impediu o Banco Central, por exemplo, de disponibilizar comparativo semelhante relativo às tarifas bancárias.

Numa segunda forma, a divulgação de informações é instrumento de legitimação das escolhas da própria agência. A importância desta específica forma de comunicação resulta particularmente evidente porque o trabalho de uma agência reguladora consiste em arbitrar interesses conflitantes (de diferentes tipos de usuários do serviço, da indústria regulada, do Poder Público etc.). No contexto de tomada de decisões tão complexas e tão propensas a gerar controvérsias, a boa comunicação é a chave para que uma medida seja compreendida e bem avaliada. Comunicar mal neste contexto é o caminho óbvio para que suas ações ou não possam ser avaliadas pela população, ou sejam necessariamente compreendidas como resultado de captura.

Isso talvez explique porque inúmeras decisões racionais do ponto de vista econômico venham a ser largamente percebidas pela população como voltadas a favorecer a indústria regulada. Assim, por exemplo, a recente decisão da ANAC de liberar a cobrança de bagagens despachadas. Teria sido possível investir mais na divulgação de estudos e na explicação da regra tanto sob um ponto de vista da sua eficiência (no sistema anterior, passageiros que não despacham bagagens subsidiam aqueles que as levam), como do ponto de vista de sua naturalidade (trata-se de regra que vale em quase todo o mundo, com exceção apenas de México, Venezuela, China e Rússia), como, finalmente, do ponto de vista de suas prováveis consequências (redução de preços por maior amplitude concorrencial, a exemplo do que já vem acontecendo desde que se começou a adotar a liberdade tarifária). Ao invés disso, ela foi objeto de tímidas manifestações oficiais atropeladas por indignações do senso comum.

Conclusão

A série "Como desestruturar as agências reguladoras em poucos passos simples" chega assim ao seu final com a mensagem de que este objetivo só pode ser atingido por várias mãos. Membros dos poderes executivos, dos órgãos de controle e das

próprias agências. Um projeto de reestruturação das agências reguladoras deveria levar isso em conta. Só assim será possível recompor a estrutura institucional necessária a gerar os investimentos em infraestrutura tão necessários para o desenvolvimento do país.

Mauricio Portugal Ribeiro - Sócio do Portugal Ribeiro Advogados

Eduardo Jordão - Professor da FGV Direito Rio

Os artigos publicados pelo JOTA não refletem necessariamente a opinião do site. Os textos buscam estimular o debate sobre temas importantes para o País, sempre prestigiando a pluralidade de ideias.

Aa

Livia Scocuglia

Trabalhar duas vezes na semana configura vínculo, diz TST

Redação JOTA

TJ-SP divulga edital de concurso juiz com 276 vagas

COMENTÁRIOS

Assine
Quem Somos
Fale Conosco