

Como desestruturar uma agência reguladora em 3 passos

A contribuição dos controladores

Mauricio Portugal Ribeiro Eduardo Jordão

11 de Janeiro de 2017 - 14h13



Pixabay

AGÊNCIA REGULADORA

ANATEL

EBP

LEI DE CONCESSÕES

PPP

TCU



87



2



Aa

Depois que publicamos o texto que explicava a Chefes do Poder Executivo “como desestruturar uma agência reguladora em três passos simples”, recebemos alguns e-mails, cartas e notificações furiosos de alguns órgãos de controle.

Eles reivindicavam também os seus méritos no desmantelamento das agências reguladoras.

Por que supor o protagonismo do Chefe do Poder Executivo, se outros atores também deram contribuições fundamentais para a sua derrocada?

As reclamações são procedentes e nos penitenciamos pelo enfoque incompleto.

Este texto expande as lições anteriores. Destina-se aos mais diversos órgãos de controle e apresenta as estratégias que podem ser (e já vêm sendo) implementadas por eles para produzir o enfraquecimento das agências.

Aqui também são três as estratégias principais: (i) limitar o leque de ações ou instrumentos à disposição das agências; (ii) amedrontar os seus funcionários; e (iii) interferir nas suas escolhas e decisões concretas. As duas primeiras servem para atrapalhar o funcionamento e a eficiência das agências reguladoras. A terceira, para minar a sua legitimidade.

Limite o leque de ações ou instrumentos à disposição das agências

Comece por adotar interpretações restritivas do direito, que limitem o leque de ações ou instrumentos à disposição das agências. Assim você prejudica o seu funcionamento e o cumprimento de suas missões institucionais.

Siga o exemplo de vários de seus colegas controladores que resistem ao recurso à arbitragem para solucionar controvérsias entre a administração pública e particulares. Valha-se do argumento de que os interesses públicos são indisponíveis – e ignore que o interesse público nos setores de infraestrutura pode consistir precisamente na solução mais rápida, técnica e imparcial dos conflitos, garantida pela arbitragem, cujo uso já foi autorizado pela Lei de Concessões e pela Lei de PPP.

Note, afinal, que a disseminação do uso da arbitragem implicaria a redução do seu próprio poder como controlador. Ao viabilizar o acesso a instância alternativa ao Poder Judiciário, apta a dar soluções rápidas e técnicas aos conflitos, abrir-se-ia para os concessionários via para questionar decisões das agências que seguem determinações emitidas pelos controladores. Na prática, portanto, a arbitragem teria o efeito

indireto de dar limites ao poder dos controladores da Administração Pública, que tinham suas decisões protegidas pelo temor de submeter as questões ao Poder Judiciário, em vista da demora para obtenção de decisões definitivas, e das dificuldades de um juiz não especialista em infraestrutura entender as questões técnicas e econômico-financeiras relativas a contratos de concessão ou PPP.

Em seguida, dificulte o recurso das agências à expertise de terceiros. Uma vez que diversas de suas atividades são altamente técnicas e especializadas, faria sentido que as agências tivessem maior flexibilidade que outras entidades na contratação de consultores externos. Ao invés disso, a CGU e o TCU consideraram ilícitos os procedimentos expeditos criados, entre outros fins, para a contratação de consultores pela ANATEL, por meio do procedimento chamado de “Consulta”, que tinha previsão específica na Lei Geral de Telecomunicações.

Além disso, tem sido comum que as Leis de Diretrizes Orçamentárias federais e de alguns estados nos últimos anos prevejam que atividades teoricamente realizáveis por agentes públicos não podem ser objeto de contrato de consultoria. Considere essa regra aplicável às agências e puna os funcionários de agência que tentarem contratar consultorias para assessorá-las.

Outro exemplo: o TCU considerou ilícito o convênio de cooperação entre a EBP – Estruturadora Brasileira de Projetos e o BNDES. Esse convênio, entre outros efeitos, dava à EBP um tratamento diferenciado nos processos de PMI perante órgãos do Governo Federal. A decisão é uma lição em si: analisa o convênio com base em parâmetros tradicionais do Direito Administrativo, ignorando o funcionamento paraestatal da EBP e o papel único que teve nos últimos anos na viabilização de concessões e PPPs nos mais diversos setores de infraestrutura, inclusive na realização das principais concessões federais de aeroportos e de rodovias.

Use os poderes de punição para amedrontar os funcionários das agências

A segunda estratégia que os controladores podem utilizar para atrapalhar o funcionamento das agências é manejar extravagantemente o seu poder de sanção. Há casos exemplares

de punição pessoal do TCU a técnicos e diretores das agências reguladoras em que não há sequer suspeita de obtenção de quaisquer benefícios pessoais – apenas decisões contrárias às que os controladores consideraram correta.

Esta forma de agir gera três circunstâncias relevantes para o enfraquecimento das agências reguladoras.

Em primeiro lugar, dificulta o recrutamento de bons quadros para compor o seu pessoal. Afinal, estes profissionais se sentirão desestimulados a ingressar neste cenário e arriscar a sua reputação, a sua liberdade, ou o seu bolso.

Em segundo lugar, os funcionários que ultrapassem este desestímulo e venham a compor os quadros das agências estarão apavorados e desconfortáveis para tomar qualquer solução mais criativa ou audaciosa. O relevante passa a ser salvar a própria pele, não pensar em soluções que possam conduzir à realização do interesse público. Nem é preciso dizer da ineficiência a se esperar de uma entidade dirigida e tocada por funcionários intimidados.

Finalmente, este uso desmedido do poder de sanção termina funcionando como gatilho para que o controlador possa impor as suas próprias escolhas sobre as do regulador. A ameaça de aplicar sanções, mesmo quando feita de forma sutil, pode fazer o controlador participar ativamente das decisões regulatórias. Assim, o Ministério Público têm “deixado saber” aos vários reguladores, como uma espécie de “sugestão”, as suas escolhas e preferências regulatórias antes mesmo de que decisões específicas tenham sido tomadas. Outras vezes, é o próprio regulador quem, amedrontado, “consulta” o controlador sobre decisão que pretende tomar.

No caso do edital de concessão do Aeroporto do Galeão, o TCU sugeriu alterações nas minutas de editais não publicadas. O TCU justificou esta atuação, que não possui base normativa específica, com o argumento de que seria melhor para a própria administração pública que atuasse previamente, já que tinha poderes de sanção e de sustação posteriores à publicação. Em bom português, “é melhor seguir o nosso conselho logo agora”. Isso, aliás, não é novidade. Em vários casos, o TCU tem se manifestado sobre minutas de editais e contratos de concessão previamente à sua publicação. Isso porque os reguladores,

temerosos das decisões do TCU, enviam-lhe esses documentos previamente à sua publicação.

Interfira nas escolhas e decisões regulatórias

Uma das técnicas que você, controlador, pode utilizar para interferir nas escolhas das agências reguladoras já foi adiantada acima: usar o poder de sanção em uma mão e as suas “meras sugestões” na outra.

Mas há pelo menos duas outras que são bastante bem sucedidas.

A primeira consiste em ignorar a complexidade do direito e a absoluta ausência de “respostas corretas” (ou “únicas respostas lícitas”) para várias das questões que devem ser resolvidas pelas agências reguladoras – e impor a sua solução de preferência, sob o argumento de que ela é exigida pelo direito.

Em vários países, o reconhecimento da realidade complexa levou tribunais a criarem doutrinas de deferência às soluções escolhidas pelas entidades reguladoras: na ausência de uma resposta pré-concebida pelo direito a problemas específicos, caberia a elas optar por uma dentre as várias decisões abstratamente lícitas.

Entre nós, juízes e tribunais têm resistido a dar este voto de confiança ao regulador. Ao invés disso, costumam impor as suas próprias soluções, muitas vezes a partir do que supõem que um princípio abstrato necessariamente exigiria diante de um caso concreto qualquer. Eis um caminho a se seguir. O princípio da dignidade humana sozinho, por exemplo, lhe abrirá um mundo de possibilidades.

A segunda técnica para interferir nas decisões das agências reguladoras consiste em realizar um esgarçamento (ou uma “interpretação criativa”) de suas próprias competências de controle.

Tome-se o caso do Congresso. A Constituição lhe permite sustar atos normativos do Poder Executivo “que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa”. Mas o dispositivo tem sido usado para afastar regras técnicas impopulares ou regras com as quais o Congresso simplesmente não concorda.

Assim se deu em 2014, quando o Congresso editou Decreto Legislativo para sustar a eficácia de resolução da Anvisa que vedava a comercialização de medicamentos inibidores de apetite usados contra a obesidade. Mais recentemente, o Senado já aprovou o Decreto Legislativo que afastará a resolução da Anac que liberava a cobrança, pelas companhias aéreas, de bagagens despachadas em voos domésticos.

Há exemplos também do TCU, que costuma se valer dos processos de tomada de contas especial para alterar aspectos regulatórios de contratos de concessão em curso. Em relação aos contratos da 1ª Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais – PROCOFE, a Corte de Contas exigiu da ANTT a adoção da metodologia do reequilíbrio econômico financeiro por fluxo de caixa marginal para a inclusão de novos investimentos nesses contratos.

Este exemplo, aliás, é ótimo para mostrar a eficácia das intervenções do controlador. É que aqui se trata de uma medida que não poderia ter sido tomada nem mesmo pela agência isoladamente – a Lei de Licitações exige o assentimento dos concessionários para alteração de regras econômico-financeiras de contratos em curso.

Mas você, controlador, não precisa se preocupar com estes detalhes. No direito brasileiro, os controladores são muito pouco controlados – e todas as estratégias acima deverão ser (e já vêm sendo) muito eficazes.

Maurício Portugal Ribeiro - Sócio do Portugal Ribeiro Advogados

Eduardo Jordão - Professor da FGV Direito Rio



Felipe Recondo e Luiz Orlando Carneiro
Atuação com MPF na Lei Anticorrupção é “desafio”, diz CGU



Mariana Muniz
Compliance de estatal poderá negociar acordo de leniência



COMENTÁRIOS

Assine |
Quem Somos |
Fale Conosco |

