

O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E A INFRAESTRUTURA

THE ROLE OF REGULATORY AGENCIES AND INFRASTRUCTURE

MESA:

MARIO POVIA

Diretor da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ.
mario.povia@antag.gov.br

JACINTHO ARRUDA CÂMARA

Doutor pela PUC-SP. Professor da PUC-SP.
jacintho@sundfeld.adv.br

MODERADOR:

GUSTAVO MARINHO

Mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP.
Membro do IBEJI. Sócio do Marinho & Valim Advogados.
marinho@marinhoevalim.com.br

Mario Povia (Diretor da ANTAQ)¹

Bom, nós separamos basicamente a apresentação em cinco partes. Falaremos um pouco dos aspectos institucionais das agências em termos de regulação. Nós temos aí basicamente ao centro as agências que tratam, de alguma forma, com interface em infraestrutura, e temos questões que permeiam a regulação, o trato com a instância ministerial, o ministério supervisor, a quem caberão sempre, necessariamente, dentro do modelo brasileiro, as ferramentas de planejamento do setor e de formulação de política pública. É muito claro que a Agência Reguladora não formula política pública, ela é uma implementadora de política pública e, se tiver alguma Agência formulando política pública, é porque há algum desvio no *modus operandi*. Isso deve estar em instância ministerial, é assim que

1. Quinto painel do V Fórum Nacional de Infraestrutura, realizado na manhã de 05.10.2017, no “Plenário do Conselho” da OAB/SP, promovido pelo Instituto Brasileiro de Estudos da Infraestrutura – IBEJI, em parceria com a OAB/SP.

funciona, essa é a lógica do modelo. Em relação a esse balanceamento de interesses entre usuários e operadores, é fundamental que o usuário tenha bons contratos, segurança jurídica, conforme já foi dito aqui no painel anterior, isso é fundamental nessa equação, e também que haja, por parte do usuário, minimamente, uma previsibilidade dos custos incorridos no setor. Se essa equação estiver desbalanceada, e também o modelo regulatório, nós estaríamos, vamos dizer, desbordando das boas práticas regulatórias.

As competências regulatórias, sem dúvida nenhuma, a questão de harmonização, a questão envolvendo conflitos e fiscalização e outorga muda um pouco de como é tratada na questão de poder concedente. Mesmo no caso da Agência em que trabalho, nós somos poder concedente na área de navegação e, no entanto, na área portuária o poder concedente está em âmbito ministerial, muito embora nós tenhamos aí uma interface muito grande nesse procedimento como um todo.

E temos, aqui, abaixo e à direita, a questão do controle externo. Isso é uma grande questão hoje, os limites de ação do Tribunal de Contas da União, do Ministério Público, o nível de judicialização que nós temos em termos de matéria regulatória. Às vezes não conseguimos compreender muito bem se, de um lado, a gente vai em um caminho de fomentar mediação, arbitragem, exatamente para desafogar o Judiciário, que tem dado respostas lentas. Nós vemos um nível de judicialização muito grande e a questão está sendo enfrentada, muitas vezes, de forma inaudita, com liminares satisfativas sem que sequer a Agência Reguladora tenha oportunidade de explicar o modelo. Nós, que atuamos na área Portuária e na área de Navegação, temos uma legislação esparsa bastante específica, acredito que nos concursos de Magistratura essa é uma matéria não contemplada e, no entanto, nós temos na área de afretamento de navegação liminares satisfativas, literalmente, em sede de mandado de segurança, que a Agência sequer é ouvida, o que dá uma distorção muito grande em termos de assimetria regulatória. Mas isso tem ocorrido. A gente tem trabalhado junto com a AGU para tentar sensibilizar o Judiciário nessas questões, mas ainda assim é um trabalho hercúleo, mesmo no Judiciário, principalmente na Justiça Federal, os senhores sabem melhor do que eu como as varas transitam e se alteram os juízes.

Por fim, aí abaixo nós temos a questão desejável, prevista em lei, da independência e da autonomia das Agências Reguladoras. Infelizmente, a realidade não é bem assim, nós temos uma dependência orçamentária, nós temos uma vinculação ministerial que é perfeita, está dentro de um modelo, enquanto matéria de mérito, enquanto política pública, e é bom que seja assim. Mas quando entra em questões orçamentárias, em questões de mandato, ainda temos muito o que evoluir, muito embora, repito, haja uma disciplina legal nesse sentido. Temos um projeto de lei que tenta melhorar essa questão e já passou no Senado, está na

vez de ser protagonista, a ser um mero espectador. Nós temos a felicidade quando da discussão do Marco Regulatório do Setor Portuário, nós fomos chamados, eu cansei de sair depois das dez da noite na Casa Civil para falar: “Olha, não faz sentido fixar preço para, por exemplo, Box Rate ou THC dentro do terminal portuário, aí nós vamos estar tutelando o interesse de um armador, ou seja, vamos estar tutelando o interesse de alguém que é mais forte e não do usuário”. O usuário não contrata com a operação portuária, o usuário contrata com o cliente dele, não raro, que está na Europa, que está no Oriente Médio ou na Ásia. Então, isso está dentro de uma rubrica frete, em que nós mantemos absoluta ingerência sobre isso, então não faz sentido controlar preço, teria um custo regulatório altíssimo. E nós fomos ouvidos, mas você só é ouvido se você leva argumentos, se você conhece o setor e se você tem desenvoltura para atender, porque senão você, volto a dizer, passa a ser mero espectador e recebe um prêmio, uma lei, que tem uma regulação inexecutável ou ineficaz, com custo regulatório enorme e que te tira totalmente de um eixo de racionalidade da regulação. Lembrando sempre que, como órgão público, nós ainda temos recursos humanos limitados, recursos financeiros mais limitados ainda, então nós temos que fazer e fazer bem feito e focar naquilo que realmente interessa. Então, às vezes não regular é uma opção regulatória. E isso tem que ficar muito claro porque nós temos também uma autorregulação do mercado em determinadas situações. Eu acho que é dentro desse conhecer, e não basta só conhecer, você tem que passar isso para governo, para políticas públicas, como está o setor, sinalizar como está o setor, e dentro disso você ganha credibilidade, você ganha protagonismo e pode falar com autoridade sobre essas questões. Se a Agência Reguladora não captar isso, ela estará fadada a ser um mero espectador do processo, e não é o que se deseja, em nenhuma instância, seja na ótica do usuário, seja na ótica do empreendedor e até mesmo do Governo. O Governo quer alguém que lhe traga informações importantes, e a Agência Reguladora tem esse perfil, volto a dizer, de órgão de Estado, ela não é órgão de Governo, pelo menos em tese.

Isso era só para se desse tempo, mas eu já vi que não vai dar tempo. Eu queria depois passar talvez algumas coisas de como está a situação no Setor de Transportes, como está a questão dos Portos, os nossos próximos passos em termos de licitação, de investimentos e também um perfil de como Agência Reguladora e como está o Setor Portuário. Não vai dar tempo, eu já estou, acho, com o meu tempo esgotado, mas eu queria, então, só para concluir, falar um pouquinho do Setor Portuário brasileiro. O setor vai bem, vamos dizer, dos portões para dentro os terminais estão bem produtivos, estão bem equipados, nós estamos com *performance* em níveis europeus, não estamos devendo nada para os principais terminais do mundo. Temos problemas, sim, nas ligações, a questão de acessos,

ver o resultado proposto. Então: “A Agência Reguladora fiscaliza, autua, multa”. Sim, mas ninguém paga. Porque entra no Judiciário e não se paga. Vai fazer uma licitação, a licitação que ela planejou não é aquela que sai porque há interferência da Casa Civil, há interferência do Tribunal de Contas, há interferência do Ministério Público, enfim. Existem esses canais de influência.

Há o problema da influência política, aquela influência indevida, que parece que foi diagnosticada por alguns, e foi falada aqui muito rapidamente. Tem estudos técnicos, eu vou só fazer essa referência aqui, um dos estudos que foi feito pela Fundação Getúlio Vargas, coordenado pelo Professor Bruno Salama e a Juliana Palma, eu anotei o nome: “Nomeação de Dirigentes de Agências Reguladoras: Um Estudo Descritivo”. Esse grupo de pesquisadores identificou como o Governo Federal nos últimos anos procedia quando ocorria uma vacância na direção das agências. Aparentemente, eles identificaram aí um possível sintoma de mecanismo de influência. Ele simplesmente não nomeava o novo dirigente para substituir, e aí ficava alguém substituindo transitóriamente, alguém muito mais, ou que não estava blindado com essas garantias institucionais. É um indício. Outro indício que se fala muito: mitigação de verba orçamentária. Chega na lei orçamentária, tira recurso da agência, o governo central. Enfim, são possíveis razões desse tipo de influência. Eu não tenho aqui elementos concretos para dizer qual motivo que tenha gerado este ou aquele resultado, são apenas hipóteses que eu estou lançando. Nem imagino que uma mudança legislativa no modelo institucional seja uma solução mágica que resolva esse problema, até porque é possível identificar setores ou segmentos da economia em que entes reguladores passam a ter grande autonomia sem que ocorra mudança normativa alguma. Basta olharmos aqui, vamos dizer assim, ultimamente mudanças de perfil de atuação do Banco Central. Durante um período teve grande autonomia, depois parece que perdeu um pouco a autonomia em relação à Administração Central, parece que voltou a ter grande autonomia agora nos últimos tempos. Enfim, isso se deve a quê? Mudança de perfil de governante, mudança de perfil econômico. E aí, para fechar mesmo, já sei que começaram aqui os sinaizinhos que eu extrapolei o tempo. Quer dizer, nos últimos anos chegou-se à constatação no Brasil, e é incrível isso, eu cheguei a trabalhar em alguns projetos no fim da década dos anos 2000 a 2010, que o grande problema institucional do Brasil era o que fazer com recursos, porque tinha muito. Eu não estou fazendo piada, basta ver as normas jurídicas que foram produzidas entre 2006, 2007 e 2008. Criação de Fundo Soberano para botar dinheiro do pré-sal. Mas era tanto dinheiro, emenda constitucional para mudar a questão da distribuição de *royalties*, era sempre dinheiro demais. O problema do Brasil era excesso de dinheiro, que teve muito. Com muito dinheiro, racionalidade econômica, a exigência de racionalidade econômica, inclusive

em projeto, cai muito. Como é que funcionavam esses projetos em vários setores de Infraestrutura, não vou nomear porque é um assunto sensível, né? O cara não sabe fazer conta, o investidor? Talvez o investidor estrangeiro chegasse e dissesse: “Olha, isso aqui não para em pé, eu não vou investir tanto nessa infraestrutura, naquela infraestrutura”. E o cara: “Não, para em pé sim porque a gente vai lá no Banco de Desenvolvimento e vai conseguir uma taxa de juros assim e aí fecha com isso”. Uma decisão, quer dizer, não tem nada de regulação aí, é um fomento econômico que o país estava dando. Nesse ambiente, o clima também para interferência e para uma regulação, um enfraquecimento da regulação é muito favorável, é quase que um retorno ao *status quo* anterior ao modelo de privatização, só que o Estado, em vez de criar uma estrutura própria estatal, terceirizou isso para alguns agentes privados. Como acabou recurso, estamos de novo aqui falando em regulação. Por quê? É para beneficiar mercado? Não, para beneficiar interesse público, o interesse público precisa do mercado nesse momento porque não tem mais recurso fácil do Governo Federal, né? Então, basicamente por isso que estamos a rediscutir a regulação, na minha opinião, e o papel fundamental que as agências reguladoras têm a desempenhar nesse novo cenário, no cenário de crise. Muito obrigado pela atenção.

[Palmas]