

ASPECTOS INSTITUCIONAIS DA REGULAÇÃO

Kleber Quintão de Oliveira, engenheiro eletricitista graduado pela Universidade de Brasília - UnB, com especialização em regulação de telecomunicações pela mesma universidade e pós-graduado em Gestão Pública pela Universidade Cândido Mendes em 2013. O autor também já teve a oportunidade de apresentar trabalhos técnicos de sua autoria em conferências e em outros eventos relacionados a sua área de formação profissional. Atualmente, ocupa o cargo de regulador de serviços públicos na Superintendência de Drenagem Urbana, Gás e Energia da ADASA - DF.

Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento Básico do Distrito Federal – ADASA
Estação Rodoferroviária – Sobreloja - Ala Norte - Setor Ferroviário - CEP: 70631 - 900 – Brasília/DF – Brasil
Tel. +55 (61) 3961.5063 – e-mail: kleber.oliveira@adasa.df.gov.br

Resumo

Este trabalho busca descrever o papel que o Estado Regulador do modelo gerencial de administração pública passou a exercer na regulação dos monopólios naturais, a partir dos programas de privatização das empresas estatais na década de 90 e da aprovação do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado - PDRAE em 1995. Tais eventos ocasionaram sensíveis mudanças no modo de intervenção do Estado nas esferas econômica e social, passando ele a exercer sua missão institucional por meio das novas agências reguladoras setoriais. Elas foram incumbidas de regular os distintos setores da infraestrutura e de promover a universalização do acesso a serviços essenciais de utilidade pública (frequentemente monopólios naturais), mediante o incentivo a investimentos privados, tendo em vista o elevado interesse nacional de que se revestem esses setores estratégicos da infraestrutura. Desde então, muitos esforços têm sido feitos para aprimorar a qualidade do processo regulatório, de seus instrumentos e modelos de governança, a fim de tornar exequível a construção coletiva de políticas públicas eficazes, com a participação ativa e decisiva de todos *stakeholders* (atores públicos e privados, dentre outros) afetados por esse complexo e intrincado processo.

Palavras-Chave: Estado Regulador, modelo gerencial, monopólios naturais e governança regulatória.

1. INTRODUÇÃO

Foi no contexto da crise fiscal dos anos 80 que ocorreu em nosso país a redefinição do papel do Estado, a partir do programa de privatização das empresas estatais nos anos 90 e da adoção do modelo gerencial de administração pública implantado pelo PDRAE em 1995. Tais eventos originaram sensíveis mudanças no modo de intervenção do Estado nas esferas econômica e social, passando ele a realizar sua missão institucional por meio das novas agências reguladoras que se criaram, estruturadas sob a forma de autarquias especiais e, por hipótese, independentes e autônomas.

Tal modelo regulatório, no entanto, insere-se na conjuntura de uma reforma institucional bem mais ampla e complexa, de natureza jurídica e político-institucional, que vem transformando a dinâmica da gestão pública em nossas principais instituições.

Assim sendo, torna-se crucial aperfeiçoar a capacidade de governo do Estado (governança pública) e, portanto, o seu atual modelo de governança regulatória. Isso permitirá não só alcançar um melhor nível de coordenação e integração entre todos os *stakeholders* afetados pelo processo regulatório, como também aprimorar os instrumentos de regulação e o grau de participação social nas diversas fases do ciclo de políticas públicas que regem esse complexo processo multidisciplinar.

2. OBJETIVO

Busca-se caracterizar o Estado Regulador imerso no modelo gerencial de Administração Pública aprovado pelo PDRAE e descrever o papel que as novas agências reguladoras passaram a exercer, bem como os instrumentos e mecanismos de regulação de que elas se valem na regulação dos monopólios naturais. São também apresentados alguns instrumentos de governança que podem ser empregados, visando a aprimorar o atual modelo regulatório, tendo em vista que os setores de infraestrutura frequentemente comportam *falhas de mercado* - situação em que o custo marginal social não é igual ao seu benefício marginal -, as quais frequentemente conduzem à ineficiência econômica e à perda de bem-estar social.

3. O ESTADO REGULADOR DO MODELO GERENCIAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A reforma do Aparelho do Estado aprovada pelo PDRAE em 1995 criou, segundo Lúcia Helena Salgado (2003), dois tipos distintos de agências reguladoras: “de Estado” e “de governo”. Numa primeira etapa foram criadas as agências voltadas para a regulação econômica do setor da infraestrutura (“agências de Estado”) e, posteriormente, foram criadas as agências que executam as diretrizes de governo, responsáveis pela regulação social (“agências de Governo”), como a ANS, a ANVISA e a ANA.

Ressalta-se que a regulação tem sido estudada sob as óticas complementares da economia, do direito e da ciência política. Os economistas analisam a forma como ela influencia o comportamento dos agentes econômicos e como isso impacta o bem-estar social, ou seja, se ela é eficiente, ou não. Por sua vez, para o direito, a regulação é o resultado da imposição de restrições legais ao comportamento dos agentes, cuja origem, hierarquia e consistência interna são o resultado de processos, algumas vezes totalmente dissociados da lógica econômica. Já para o cientista político, a regulação tem sido, sobretudo, o resultado de um jogo político entre grupos de interesses, que buscam moldar a intervenção estatal quase sempre em seu próprio benefício (PINHEIRO, 2006, p. 255).

Esse trabalho realça os aspectos institucionais relacionados à vertente econômica da regulação, que analisa os distintos tipos de estruturas de mercado sob o prisma de sua eficiência econômica, ou seja, da prestação do serviço ao menor custo para seus usuários/consumidores, objetivando evitar o abuso do poder do monopólio e assegurar a menor diferença entre preços e custos.

De acordo com Di Pietro (2003, p. 31), para uma melhor compreensão da distinção entre o Estado Regulador e o Estado Empresário (produtor de bens e serviços) deve-se distinguir entre os dois tipos de intervenção que ocorrem

no domínio econômico: a intervenção direta e a indireta. Na primeira, o próprio Estado, por meio de suas empresas, exerce a atividade econômica, seja em competição com a iniciativa privada, seja em regime de monopólio, conforme dispõem os artigos 173 e 177 da Constituição Federal. Já na intervenção indireta, o Estado limita-se a exercer o poder de polícia sobre a atividade econômica desempenhada pelo particular, estabelecendo regras, fiscalizando, reprimindo, em suma, *regulando*, atuando assim como um agente normativo e regulador da atividade econômica, com fulcro no Art. 174 da Carta Magna, que lhe atribui as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Assim, falar hoje em Estado Regulador significa referir-se também ao aspecto da *ordem social*, incorporada à dimensão da regulação social, resguardando-se desse modo o princípio da legalidade no exercício da função reguladora, que passa a incorporar as vertentes econômica e social.

4. MODELOS E INSTRUMENTOS DE GOVERNANÇA REGULATÓRIA

Os setores de infraestrutura requerem investimentos intensivos em capital e a execução de projetos com longo prazo de maturação, apresentando significativos custos irrecuperáveis (*sunk costs*), devido à especificidade de seus ativos imobilizados. Os monopólios naturais, que frequentemente operam nesses setores da infraestrutura, também apresentam significativas economias de escala, de escopo, técnicas e gerenciais, o que impõe a necessidade de um regime de regulação eficiente, que seja capaz de fixar normas de operação e tarifação, bem como critérios de aferição de desempenho para as atividades sujeitas à concessão pública.

A teoria pura da regulação demonstra que um produtor monopolista pode obter lucro máximo se vender quantidades menores a preços maiores do que aqueles produtores que operam em regime de concorrência. Portanto, as Agências devem editar regras (de direito) explícitas, principalmente quanto às tarifas, ao suprimento e à qualidade dos serviços prestados, ou pela instituição de autoridades de fiscalização, o que justifica por si só a intervenção estatal nos setores de infraestrutura, objetivando corrigir as *falhas de mercado* e incrementar a eficiência econômica dos serviços neles executados (GIAMBIAGI, 2001, p. 21,100, 402 e 417).

Assim, deve-se agora buscar o aperfeiçoamento do modelo de governança regulatória - conjunto de regras e normas que regem o processo regulatório, a sistemática de interação entre os *stakeholders* e o desenho institucional das Agências, em benefício de uma regulação eficiente, transparente e legítima -, a fim de que se possa avaliar com clareza a eficácia e o alcance social de seus mecanismos de controle, competências regulatórias, autonomia, gestão de riscos, bem como seu real impacto regulatório perante a sociedade. Isso deve ser feito com o intuito de se evitar lacunas ou sobreposições relevantes de competência entre os órgãos setoriais e agências reguladoras, e de se prevenir falhas estruturais e eventuais riscos regulatórios que possam comprometer a regulação estatal, oportunizando soluções de natureza estratégica, gerencial e operacional, por meio da criação de requisitos mínimos imprescindíveis a uma boa governança e à consolidação do atual modelo de agências reguladoras já implantado no Brasil.

Nesse cenário, alguns aspectos institucionais são relevantes para a construção de uma estrutura de governança regulatória no país, que viabilize uma boa atuação dos órgãos reguladores. Assim, tais agências devem ser, *por princípio*, especializadas, visando a minimizar a assimetria informacional, bem como preservá-las de interferências indesejáveis, seja por parte do governo, ou das firmas reguladas. Também, dever haver um estrito acompanhamento do Plano de Trabalho anual e do Plano de Gestão e Desempenho das Agências, compatíveis com

o PPA e a LOA, a fim de que os parâmetros de avaliação de sua gestão, incluindo as metas de desempenho, permitam aferir a eficiência de sua gestão e o impacto de suas ações, bem como sua divulgação perante a sociedade. Além disso, a autonomia das agências é essencial para os investidores. Entretanto, tal autonomia é relativa. De acordo com BRESSER-PEREIRA (2009, p. 306) há três formas de autonomia: administrativa, legal e política, mas as Agências não gozam de autonomia *política*, uma vez que somente os políticos eleitos estariam legitimados para a formulação das políticas públicas. Por exemplo, no que concerne à permissão e concessão para a exploração de serviços públicos, por meio de outorgas, tal titularidade é estatal, embora possa ser delegada à agência reguladora setorial, em face de sua maior especialização técnica na sua área de atuação.

Quanto ao judiciário, o controle continua a ser realizado por meio da verificação da adequação das regulamentações e decisões dos reguladores com a legislação vigente, sendo sempre possível a revisão judicial de qualquer ato de regulação. Isso tem ocasionado uma morosa judicialização dos conflitos administrativos, em virtude do modelo constitucional adotado no Brasil.

No que tange aos contratos de concessão, estes devem ser o instrumento central da relação tripartite entre regulador, firma regulada e consumidores, dispondo, com clareza, os direitos e obrigações de cada uma das partes envolvidas. Tais contratos devem definir metas de desempenho, multas e penalidades para possíveis falhas na prestação dos serviços e o não-cumprimento das metas pactuadas, bem como estabelecer critérios objetivos de reajuste e revisão periódica das tarifas. Nesse sentido, foram desenvolvidos distintos modelos tarifários, como a regulação pela Taxa Interna de Retorno, a regulação pelo *price cap*, sendo digno de nota o modelo que introduz incentivos às firmas monopolistas, denominado *yardstick competition*, forma de regulação de desempenho eficaz adotada no caso dos monopólios naturais. Por esse método, o regulador define padrões de avaliação do desempenho/eficiência das empresas, que podem ser utilizados na avaliação de custos e preços, permitindo assim a comparação entre as firmas que operam monopólios semelhantes em seu setor, incentivando a redução de custos entre empresas, de acordo com Jean Tirole e Laffont (1993).

5. METODOLOGIA

A metodologia central consiste de uma revisão bibliográfica, seguida de uma análise qualitativa dos pressupostos que se fundamentam na descrição do conteúdo apresentado, de acordo com a hipótese e o objetivo estabelecido preliminarmente, à luz do eixo temático delimitado, que nos remetem aos fundamentos do Estado e da Economia da Regulação, em busca de uma melhor compreensão sobre o novo papel que o Estado Regulador passou a exercer na regulação dos monopólios naturais. Os dados da pesquisa foram extraídos de fontes secundárias, por intermédio de pesquisa bibliográfica, considerando o objeto do trabalho, tendo sido adotada a abordagem qualitativa. Nesse sentido, o tópico final “Conclusões e Recomendações” deste trabalho resultou do raciocínio e discernimento proporcionados pelo desenvolvimento dos itens analisados no decorrer dessa pesquisa exploratória.

6. RESULTADOS OBTIDOS OU ESPERADOS

O aperfeiçoamento dos mecanismos de coordenação executiva/legislativa deve envolver e comprometer decisivamente os stakeholders afetados, direta ou indiretamente, pelo processo decisório, e se configura como um instrumento vital para a consolidação do modelo de agências reguladoras implantado em nosso país. Nesse sentido, a fim de que bons resultados possam ser de fato alcançados nesse processo, em benefício da sociedade, torna-se

imprescindível o devido aprimoramento dos instrumentos de governança regulatória, o que já vem sendo realizado com certo êxito em outros países.

7. CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

De acordo com a hipótese inicial, o Estado Regulador deve interferir, por meio da regulação continuada de suas agências, nos setores estratégicos da infraestrutura, além das razões expostas, também porque os serviços essenciais de utilidade pública estão sujeitos à obrigação jurídica de seu fornecimento por parte do Estado, que é o detentor de sua titularidade.

No entanto, decorridos quase vinte anos do advento da primeira agência reguladora, a ANEEL, observa-se que o modelo de governança regulatória precisa ainda ser aperfeiçoado, a fim de poder corporificar em nossa sociedade, bem como no planejamento e nas ações dos gestores governamentais, uma cultura regulatória, essencial ao êxito e à consolidação desse processo. É preciso ainda construir, concomitantemente a esse processo, o “capital social”, imprescindível à efetividade das políticas públicas destinadas aos municípios, inclusive fornecendo “insumos” e recursos financeiros que propiciem a efetiva mobilização e participação da comunidade local em temas cruciais de seu próprio interesse, como ocorre no caso dos serviços de saneamento básico. Tal setor apresenta, historicamente, em suas quatro áreas temáticas, um profundo déficit institucional e democrático, desde a elaboração até a efetiva implementação de políticas públicas a ele dirigidas, quase sempre realizadas via modelos *top-down*, sem a efetiva participação da comunidade. Enfim, deve-se buscar um novo modelo, que de fato permita a construção coletiva dessas políticas públicas, a partir de seu público-alvo, fortalecendo os laços e a cooperação entre os cidadãos, organizações sociais, associações, ONG’s, consórcios e convênios na elaboração, execução, avaliação e monitoramento dos Planos Municipais de Saneamento Básico.

Sob o prisma dos gestores públicos, as agências devem velar pelo fiel cumprimento dos contratos de concessão, com ênfase na responsividade (*responsiveness*) contínua do governo e na responsabilização (*accountability*) daqueles que formulam e implementam as políticas públicas setoriais, bem como no estrito cumprimento das metas regulatórias previamente acordadas, criando assim instrumentos que permitam de fato mensurar o real impacto de suas ações e seu custo regulatório, a fim de se poder prevenir o risco regulatório inerente a esse complexo processo multidisciplinar, em benefício maior da sociedade como um todo.

Também, naquilo que concerne ao efetivo controle externo a que todas as agências reguladoras estão sujeitas, o Tribunal de Contas da União tem tido importantes iniciativas, visando aprimorar o modelo de governança das agências federais do setor de infraestrutura. Por exemplo, em 2010, realizou auditoria operacional e constatou que apesar da utilização de indicadores para o acompanhamento do Plano Plurianual (PPA) e do desenvolvimento de indicadores de desempenho específicos por alguns reguladores, por via de regra, as agências e os respectivos ministérios a que se vinculam ainda não dispõem de metodologias sistematizadas e instituídas formalmente para avaliar o desempenho dos entes reguladores federais, tendo sido identificadas oportunidades de aperfeiçoamento dos instrumentos que buscam assegurar a autonomia decisória dos entes reguladores. Nesse sentido, por meio do Acórdão TCU nº 2261/2011, recomendou-se a adoção de providências para operacionalizar os Conselhos Setoriais de Infraestrutura, de modo que eles sejam capazes de, efetivamente, fornecer as diretrizes estratégicas essenciais que subsidiem e orientem as ações das Agências federais, bem assim os objetivos e metas a serem alcançados. Também, foi observado que em alguns órgãos o nível de transparência ainda é insuficiente, dentre outras razões,

em face da ausência de instrumentos eficazes das Tecnologias da Informação e Comunicação - TIC's, indispensáveis ao ajuste do modelo de governança regulatória no Brasil.

Por outro lado, deve-se ressaltar a importante iniciativa do governo federal, que instituiu um programa específico dirigido à melhoria da qualidade da regulação, o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG), aprovado pelo Decreto n.º 6.062/2007, financiado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID. Tal programa tem buscado, dentre outros objetivos, a melhoria da coordenação e do alinhamento estratégico entre as políticas setoriais e o processo regulatório, bem como o aperfeiçoamento dos mecanismos para o exercício do controle social e da transparência (PRO-REG, p. 117), ferramenta esta que vem sendo largamente empregada, com relativo sucesso, por diversos países integrantes da OCDE.

Enfim, um grande desafio que ainda se coloca é o próprio desenho das instituições regulatórias, pois este remete ao redesenho do próprio Estado brasileiro, uma vez que tais agências apresentam certo grau de disparidade institucional, em virtude de seu “isomorfismo institucional imperfeito”, o que acarretou, dentre outros diversos problemas, uma qualidade insatisfatória da regulação, com um baixo grau de responsabilização (*accountability*) frente aos *stakeholders* e à sociedade e elevado risco de captura, de acordo com os indicadores anuais de governança e parâmetros internacionais utilizados pelo Banco Mundial (PRO-REG, p. 125 e 126). Portanto, deve-se envidar todos os esforços, a fim de que as *falhas de governo* - situação em que um governo intervém motivado, a princípio, pelo objetivo de corrigir uma *falha de mercado*, mas que depois acaba levando as coisas a uma situação ainda pior, seja por inércia, seja pela interveniência de outros objetivos, quase sempre políticos - não acabem suplantando as *falhas de mercado*.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**;
2. BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado** - Câmara da Reforma do Estado, MARE, 1995;
3. BRASIL. **Desafios da Regulação no Brasil**, ENAP/PRO-REG. Brasília - DF, 2009;
4. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Regulatório: Temas Polêmicos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003;
5. GIAMBIAGI, Fábio. **Finanças Públicas: Teoria e Prática no Brasil**. Rio de Janeiro, Editora Campos Ltda, 2001;
6. PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro, RJ: Elsevier Editora, 2006;
7. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Construindo o Estado Republicano**. Rio de Janeiro, RJ: FGV, 2009;
8. PRO-REG. **Programa de Fortalecimento da capacidade institucional para a gestão em regulação**. DF: ENAP, 2011;
9. SALGADO, Lucia Helena. **Agências Regulatórias na Experiência Brasileira; Um Panorama do Desenho Institucional**. Texto n° 941 - IPEA apud SANTOS, Luiz Alberto. **Regulando a Regulação**;
10. SANTOS, Luiz Alberto. **Regulando a Regulação: a nova legislação das agências reguladoras federais no Brasil**. Agosto de 2004. IX Congresso Internacional Del CLAD. Madri, España, 2004.