

Desafios da regulação no Brasil

*Organizadores:
Jadir Dias Proença,
Patrícia Vieira da Costa e
Paula Montagner*

ENAP

PRO-REG

Desafios da Regulação no Brasil

ENAP Escola Nacional de Administração Pública

Presidente

Helena Kerr do Amaral

Diretor de Formação Profissional

Paulo Carvalho

Diretora de Desenvolvimento Gerencial

Margaret Baroni

Diretora de Comunicação e Pesquisa

Paula Montagner

Diretora de Gestão Interna

Mary Cheng

Comissão Editorial da ENAP

Helena Kerr do Amaral, Paula Montagner, Paulo Sergio de Carvalho, Elisabete Ferrarezi, Elizabeth Nardelli, Livino Silva Neto.

Coordenação do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para
Gestão em Regulação (PRO-REG)

Coordenador Titular do Comitê Gestor

Luiz Alberto dos Santos

Coordenador Suplente do Comitê Gestor

Rodrigo Augusto Rodrigues

Coordenador Técnico

Jadir Dias Proença

Assessoria Técnica e Administrativa

Carlos Eduardo Resende Prado, Giselle Santa Cruz, Priscilla Barreto da Costa
Araújo, Ana Paula Fernandes Jubran

Desafios da Regulação no Brasil

Organizadores:

Jadir Dias Proença
Patrícia Vieira da Costa e
Paula Montagner

Desafios da regulação no Brasil / Organizadores: Jadir Dias Proença,
Patrícia Vieira da Costa e Paula Montagner. – Brasília: ENAP, 2006.

342 p.

ISBN 978-85-256-0062-2

I. Proença, Jadir Dias. II. Costa, Patrícia Vieira da. III. Montagner,
Paula. IV. Escola Nacional de Administração Pública.
V. Regulação – Brasil. VI. Agência Reguladora – Brasil. VII. Serviço Público.

CDU 35.078.1(81)

Edição: Beth Nardelli – *Revisão de Texto:* Nita Queiroz e Roberto Carlos Araújo –
Projeto gráfico: Maria Marta da R. Vasconcelos e Livino Silva Neto – *Capa:* Livino Silva
Neto e Vinicius Loureiro – *Revisão gráfica:* Livino Silva Neto – *Editoração Eletrônica:* Maria
Marta da R. Vasconcelos – *Catálogo na fonte:* Biblioteca Graciliano Ramos/ENAP

É vedada a reprodução total ou parcial da obra sem prévia autorização (Lei nº. 9.610/1998).

Tiragem: 1.000 exemplares

SUMÁRIO

Apresentação	7
Introdução	9
Primeira Parte	
O enraizamento da Regulação de Qualidade: fazer as perguntas difíceis é a resposta <i>Martin Lodge e Kai Wegrich</i>	17
A visão da Abar <i>Ricardo Pinto Pinheiro</i>	39
A voz dos consumidores nas agências reguladoras <i>Marilena Lazzarini</i>	59
Anexo	73
Segunda Parte	
A visão da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão <i>Kélvia Albuquerque</i>	83
Desafios da governança regulatória no Brasil <i>Luiz Alberto dos Santos</i>	105
A visão dos órgãos centrais <i>Marcelo Ramos</i>	131
Terceira Parte	
A regulação das Telecomunicações no Brasil: passado, presente e desafios futuros <i>Simone Henriqueta Cossetin Scholze e Miriam Wimmer</i>	155

Sobre petróleo, bancos, crise e regulação	183
<i>Luís Eduardo Duque Dutra</i>	
Regulação sanitária no Brasil: singularidades, avanços e desafios	215
<i>Gustavo Henrique Trindade da Silva</i>	
Anexo	262

Quarta Parte

Dez anos de Regulação	265
<i>Jorge S. Accurso</i>	
Desafios para a regulação subnacional do saneamento básico no Brasil	275
<i>Alceu de Castro Galvão Junior</i>	
A visão da Arsban	309
<i>Urbano Medeiros Lima</i>	

APRESENTAÇÃO

Os sistemas regulatórios vêm apresentando expressiva expansão nos últimos anos, em diferentes áreas de atuação estatal de diversos países que buscam crescimento econômico sustentável. A relevância de um bom modelo institucional de gestão da regulação estatal tem sido destacada diante da crescente necessidade de aperfeiçoamento dos mecanismos de gestão pública, de fortalecimento institucional e de capacidade de resposta às novas demandas surgidas na sociedade.

No intuito de contribuir para o aprimoramento do sistema regulatório brasileiro e para a melhoria da qualidade da regulação, são necessárias intervenções estratégicas de transformação da gestão pública voltadas ao alcance da eficiência, eficácia e efetividade da ação governamental.

A ENAP Escola Nacional de Administração Pública, cuja missão é desenvolver competências de servidores públicos para aumentar a capacidade de governo na gestão das políticas públicas, vem desenvolvendo ações de capacitação destinadas a servidores das agências reguladoras, além de servidores da administração direta, na tentativa de aproximar os atores envolvidos no processo regulatório. Nesse sentido, merece destaque o sucesso do curso “Regulação: Teoria e Prática”, realizado em julho de 2008, em Brasília. Tal iniciativa, cofinanciada pela União Europeia, estava inserida no “Projeto EuroBrasil 2000: Apoio à Modernização do Aparelho do Estado”, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

A fim de disseminar os conhecimentos e as diversas perspectivas sobre a temática, o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG) e a ENAP reúnem no livro “Desafios da Regulação no Brasil” artigos dos palestrantes do curso, que ressaltam a

importância do modelo institucional da gestão da regulação, não apenas para funcionamento do sistema regulatório em si, mas também para o crescimento econômico sustentável do país.

Boa leitura.

Brasília, julho de 2009.

Helena Kerr do Amaral
Presidente da ENAP

INTRODUÇÃO

Este livro nasceu de uma inquietação da Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil da Presidência da República e da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (Seges), articuladas no âmbito do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação, o PRO-REG. Durante uma reunião do Comitê Gestor do programa, do qual ambos os órgãos participam, comentou-se o sucesso do curso “Regulação: Teoria e Prática”, realizado em julho de 2008 em Brasília.

A resposta dos participantes ao curso foi tão positiva que o comitê passou a imaginar meios de registrar e compartilhar com a maior quantidade possível de pessoas as apresentações e debates feitos no evento. Daí a decisão de o PRO-REG investir neste livro.

O curso que deu origem à obra foi organizado pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão com recursos do Projeto EuroBrasil 2000, em parceria com a Embaixada Britânica em Brasília, a ENAP Escola Nacional de Administração Pública e a Associação Brasileira das Agências de Regulação (Abar). Contou com aulas teóricas de especialistas internacionais e apresentações institucionais de autoridades brasileiras em regulação. Constituiu um momento de reflexão, diálogo e troca de experiências entre profissionais de agências reguladoras, ministérios centrais e setoriais e organizações de defesa do consumidor, proporcionando sua capacitação e estimulando a formação de uma rede que facilita a coordenação entre eles.

Tanto os professores quanto as autoridades que durante o curso discorreram sobre os desafios da regulação no Brasil foram convidados a escrever artigos para este livro. E aceitaram em peso engajar-se neste projeto. O resultado é de uma qualidade que, a despeito da reconhecida excelência profissional dos autores, superou expectativas.

Os autores são unânimes ao ressaltar a importância do modelo institucional da gestão da regulação não apenas para funcionamento do sistema regulatório em si, mas também para o crescimento econômico sustentável do país. A Seges atua nesse sentido apoiando o fortalecimento institucional do sistema regulatório brasileiro por meio do aprimoramento das estruturas e da autorização de concursos públicos para prover de profissionais qualificados as agências reguladoras, com os resultantes ganhos de eficiência. Além disso, a Seges participa do Comitê Gestor do PRO-REG, do qual também faz parte a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda.

Tendo em vista as recomendações da revisão interpares do sistema regulatório brasileiro feita pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a Seges trabalha reconhecendo que a coordenação é vital para o funcionamento orquestrado dos órgãos que compõem o sistema regulatório nacional. Por isso, apoia a discussão sobre a criação de uma unidade de coordenação regulatória nos moldes discutidos pela OCDE e aplicados em países como os Estados Unidos. Estimula também o uso da Análise de Impacto Regulatório como parte do processo de tomada de decisão para elaboração ou revisão de atos normativos.

O livro consiste de quatro partes. A primeira contém três textos que dão as bases e o pano de fundo para prosseguir com a leitura. O artigo dos professores Martin Lodge, da *London School of Economics and Political Science*, e Kai Wegrich, da *Hertie School of Governance*, abre o volume do mesmo modo como suas aulas preparavam o caminho, durante o curso, para as palestras que as seguiam. Lodge e Wegrich frisam que o que importa não é meramente ter regulação, mas encontrar o regime regulatório apropriado à luz das características do país: receitas de *smart e better regulation*, dizem eles, não dispensam o desenho de sistemas apropriados ao contexto político, institucional e cultural.

O texto elaborado pelo diretor da Associação Brasileira de Agências de Regulação (Abar), Ricardo Pinto Pinheiro, apresenta um panorama sobre os desafios enfrentados pelas agências reguladoras e sobre os princípios orientadores da discussão sobre as condutas das agências. Já o artigo de Marilena Lazzarini do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec)

comenta temas como fragmentação da proteção ao consumidor, fragilidade da coordenação entre os órgãos do sistema regulatório, captura e ênfase excessiva aos aspectos econômicos ou técnicos. Lazzarini, assessora de Relações Institucionais do Idec, também mostra iniciativas inovadoras do instituto para aproveitar ao máximo os recursos de que dispõe, incluindo parcerias com agências e com o PRO-REG.

Na segunda parte do livro, temos a visão dos órgãos centrais sobre os desafios do sistema regulatório. Kélvia Albuquerque, atualmente gerente regional da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) em São Paulo, escreveu seu artigo ainda do ponto de vista de seu cargo anterior, na Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Ela alerta para os riscos de exigências regulatórias onerosas e desnecessárias, configurando obstáculos ao crescimento econômico. Daí a importância de programas amplos para melhorar a qualidade e a eficiência da regulação, que abordem o assunto de modo sistemático, coerente e contínuo.

Luiz Alberto dos Santos, subchefe de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil da Presidência da República, elabora ainda mais esse ponto em sua leitura dos desafios da governança regulatória no Brasil, que atenta, por um lado, para suas fragilidades, e por outro, para suas possibilidades de aprimoramento, incluindo a discussão e votação do Substitutivo ao Projeto de Lei nº 3.337/2004 e a instituição do PRO-REG.

A partir de uma análise das transformações da relação do Estado com os agentes econômicos, Marcelo Ramos, coordenador-geral de Comunicação e Mídia da Secretaria de Acompanhamento Econômico, discorre sobre o Estado Regulador – que não se confunde com o conceito de Estado mínimo –, a questão metarregulatória e a atuação do Ministério da Fazenda em prol do fortalecimento do ambiente regulatório nacional, buscando colaborar com a competitividade econômica do país por meio de uma série de ações e instrumentos, como o Roteiro de Análise Concorrencial de Normas Regulatórias, ou Guia de Avaliação da Concorrência.

A visão das agências federais compõe a terceira parte do livro. Simone Scholze e Miriam Wimmer, da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), fazem um mergulho no setor de telecomunicações e uma

interessante discussão sobre a articulação entre regulação geral e a regulação setorial e sobre a necessidade de coordenação para compatibilizar as diferenças de racionalidade que orientam os vários órgãos. Elas também falam de uma iniciativa que tem tudo para tornar-se referência entre as agências reguladoras: a criação do Centro de Estudos e Desenvolvimento de Regulação em Telecomunicações (Cedra).

Em uma verdadeira aula de história econômica, macro e microeconomia, Luiz Eduardo Duque Dutra, da Agência Nacional do Petróleo (ANP), fala da relação entre as altas dos preços do petróleo e as crises financeiras. Explica por que esse padrão mudou recentemente e onde a regulação entra nessa história, com a segurança do abastecimento e os danos ambientais predominando sobre a defesa da concorrência na pauta do regulador, contrariamente ao que pregaria a regulação de inspiração liberal.

Gustavo Henrique Trindade da Silva, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), além de dar uma aula sobre regulação econômica e traçar interessante histórico da Vigilância Sanitária no Brasil, fala do pioneirismo da Anvisa em iniciativas como o “Programa de Boas Práticas Regulatórias”, alinhado com os esforços do PRO-REG, a contribuição no uso da Análise de Impacto Regulatório como parte do processo de tomada de decisão para elaboração ou revisão de atos normativos e a parceria com Idec para apoiar o projeto de fortalecimento da capacidade técnica de participação social dos consumidores na regulação.

Na quarta parte, agências estaduais e municipal mostram que, se por um lado enfrentam vários desafios semelhantes aos das agências federais, por outro lidam com situações que lhes são muito próprias. Jorge Accurso atenta para os constrangimentos gerados pelo fato de a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (Agergs) não ser o poder concedente das atividades a ela delegadas e de o poder de sanção ainda não haver sido regulamentado. Diante das adversidades, contudo, a agência não recuou. Pelo contrário, seguiu aprimorando ainda mais seu trabalho, com o geo-referenciamento de todas as rotas do transporte rodoviário de passageiros e a elaboração de indicadores de qualidade para concessões.

Em seu excelente artigo, Alceu de Castro Galvão Junior, da Agência Reguladora do Ceará (Arce), fala-nos das especificidades da regulação no

setor de saneamento básico, incluindo a desagregação dos serviços entre estados e municípios e outras indefinições institucionais que vêm retardando por décadas o estabelecimento de uma política nacional de saneamento básico.

Também vale a pena debruçar-se sobre o relato de Urbano Medeiros Lima, presidente da Agência Reguladora de Serviços Básicos do Município do Natal (Arsban), sobre o processo histórico da regulação na capital potiguar, que permitiu compatibilizar a visão técnico-econômica à vertente social para uma regulação sustentável. O resultado são mecanismos de participação social que servem de exemplo a qualquer agência.

As diferenças significativas que existem entre as agências reguladoras abrem espaço para aprendizado com as experiências de sucesso apresentadas neste livro. Como disseram os professores Lodge e Wegrich, encorajar o debate sobre o sistema regulatório, com tolerância e transparência, sem medo quanto à sobrevivência das organizações, é essencial. Esse é um dos objetivos do PRO-REG com a publicação desta obra.

Brasília, julho de 2009.

Marcelo Viana Estevão de Moraes,
Secretário de Gestão
Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

PRIMEIRA PARTE
DESAFIOS DA REGULAÇÃO NO BRASIL

O ENRAIZAMENTO DA REGULAÇÃO DE QUALIDADE: FAZER AS PERGUNTAS DIFÍCEIS É A RESPOSTA

*Martin Lodge e
Kai Wegrich*

A regulação está no cerne de muitas das discussões atuais sobre políticas públicas. Depois do colapso dos mercados financeiros, iniciado em 2007, quase ninguém argumentaria que a regulação não é importante para o funcionamento continuado das economias de mercado modernas. Mas por que a regulação é importante? O que exatamente é regulação? É possível definir a essência platônica da regulação, ou ela é um conceito questionável com contornos um tanto embaçados? Os principais temas nas agendas contemporâneas da reforma regulatória estão baseados em uma receita coerente?

Este capítulo argumenta que o sucesso de qualquer conjunto de sistemas regulatórios exige o enraizamento de um debate contínuo no âmbito da comunidade mais ampla de formulação de políticas. Tal entendimento é essencial para o desenvolvimento de capacidades ao longo do tempo e, até certo ponto, para reduzir efeitos colaterais e perversos. É por meio da facilitação do debate e da consideração de diferentes opções de forma crítica e aberta – e não com endosso ou rejeição superficial de modelos de ‘boas práticas’ de fora – que a governança regulatória no Brasil tomará um rumo autossustentável de melhoria.

Por que a regulação é importante?

Na década de 1980, quando surgiu a última onda de reforma regulatória, uma das imagens preferidas de regulação era a de um substituto para o mercado. Depois de cumprir a tarefa de transformar os mercados monopolísticos em indústrias de serviços públicos (telecomunicações,

eletricidade, água etc.), a regulação e suas instituições murchariam gradualmente, dando lugar às forças de mercado tidas como eficientes.

Essa imagem ainda atrai algum apoio. A experiência das últimas três décadas sugere que essa visão da regulação como um fenômeno provisório está equivocada. Ao contrário, a regulação é um elemento inerente, e por que não dizer, constituinte do mercado. Consequentemente, é importante considerar não a existência ou a quantidade, mas a qualidade da regulação. Pelo menos quatro desenvolvimentos apontam para a permanência da regulação como um aspecto essencial das economias de mercado contemporâneas.

Primeiramente, há pouca indicação de que a regulação vá de fato dissipar-se, mesmo nos setores caracterizados por certo grau de competição. A sobrevivência da regulação (e das agências reguladoras) não é necessariamente causada pelo comportamento autocentrado das agências reguladoras e das burocracias governamentais, ansiosas por se manterem no negócio da regulação. Ao contrário, a atividade regulatória provou ser essencial para o funcionamento dos mercados. Isso está relacionado com aquelas áreas nas quais as assimetrias de informação (uma das razões clássicas que justificam a regulação) são particularmente grandes, a saber: áreas de saúde, de segurança, segurança alimentar e outras semelhantes.

Mesmo em mercados supostamente competitivos, a regulação continua importante. Por exemplo, apesar do aumento da concorrência nos mercados liberalizados da telecomunicação, ainda restam alguns aspectos monopolísticos na área das comunicações (por exemplo, *'local loop unbundling'* ou questões relativas à cobrança de encerramento de chamada de celulares). De forma semelhante, no setor de energia elétrica (ou de água), a 'malha' de transmissão básica mantém as características de monopólio natural, levantando assim questões relativas às condições do acesso. Ou seja, mesmo que se questionem os limites precisos entre a atividade regulatória específica, a legislação geral sobre concorrência e a atuação das forças de mercado, determinados aspectos dos mercados requerem regulamentação, dadas as assimetrias de informação e as características monopolísticas inerentes. Assim, o debate da desregulação está mal orientado, e o tema chave deve ser a natureza do caráter mutante e a qualidade da regulação.

Em segundo lugar, já foi demonstrado que a regulação é importante para o crescimento econômico, em geral, e para o desenvolvimento, em particular. Conforme demonstrado pelo trabalho inovador de Bruno Levy e Pablo Spiller (1994), encontrar o regime regulatório apropriado à luz de determinadas características institucionais histórico-políticas é crucial para garantir um nível ótimo de investimento privado. Eles argumentam que investidores privados, necessários para o desenvolvimento de infraestrutura crítica diante das restrições orçamentárias nacionais, vivem com medo de ser expropriados por atividades regulatórias discricionárias. A vulnerabilidade é maior no caso das indústrias de infraestrutura, onde o investimento inicial em redes afunda inerentemente. Quem investe em tais ativos fixos fica exposto ao longo do tempo a mudanças nas preferências regulatórias e políticas. Levy e Spiller (1994) argumentam que, conseqüentemente, os investidores buscam a certeza ou o compromisso regulatório. Se os investidores temem que as atividades regulatórias se tornarão cada vez mais criativas, reduzirão seus níveis de investimento. Para atrair o investimento e, desse modo, o desenvolvimento, é necessário oferecer um regime regulatório confiável, que traga certeza.

Esse argumento vai além da importância da regulação em si. Também é importante o modo como a regulação é desenhada. Por exemplo, é insuficiente sugerir que as agências reguladoras sejam a melhor e única maneira de obter credibilidade regulatória. As agências reguladoras não são uma boa receita para garantir investidores privados em jurisdições nas quais a legislação que as estabelece pode mudar a qualquer momento; a contratação e a demissão dos seus quadros estão nas mãos de políticos; e o provimento de recursos é inseguro. Ao contrário, em tais contextos, as licenças, fiscalizadas em ambientes internacionais, são frequentemente a solução mais confiável (Lodge e Stirton, 2006). Exploraremos essa questão em uma seção posterior. Nesse momento desejamos apenas destacar que não apenas a regulação é importante, mas a forma como regulamos é ainda mais importante.

Em terceiro lugar, a regulação também é importante porque impõe um custo e cria incentivos perversos (Grabosky, 1995). Uma das contribuições acadêmicas padrão, no debate público, é apresentar amostras

de boas intenções que levaram ao inferno da política pública. Por exemplo, alega-se que a exigência do cinto de segurança aumenta as velocidades médias nas estradas, redistribuindo assim os riscos de dentro para fora dos veículos (ADAMS, 1994). Proibir substâncias supostamente perigosas gera o custo da falta de inovação. Fechar redes ferroviárias para verificar os trilhos força a população a buscar as rodovias, com taxas de mortalidade muito superiores. Não são apenas esses efeitos perversos (debatidos com frequência) que apontaram para a importância de se pensar seriamente sobre a regulação. Os debates a respeito das causas do colapso financeiro e da recessão global, que começou em 2007, apontaram não apenas para o fracasso da regulação ‘baseada em princípios’ (que anteriormente havia sido amplamente defendida e elogiada como o fator-chave que permitiu a Londres superar Nova Iorque como centro financeiro). Na verdade, foram as ‘inovações’ mal compreendidas e mal avaliadas, projetadas para evitar a prestação de contas e outras exigências regulatórias, que quebraram as instituições financeiras.

A regulação também impõe custos consideráveis. Esses custos aplicam-se não apenas às organizações que elaboram, fiscalizam e monitoram as regras, mas também aos regulados. Assim, o termo ‘custo de conformidade’ para as partes reguladas passou a ter destaque no debate da política pública, começando na década de 1970 nos Estados Unidos com análises de custo-benefício e subsequentemente passou para os países europeus, na forma de avaliações de impacto regulatório e de modelos de custo-padrão. A regulação é importante e a forma como a regulação é projetada e operada também. Mas o que exatamente é regulação e que tipos de debate estão envolvidos?

O que é regulação?

A regulação está no cerne da atuação do Estado – em combinação com atividades redistributivas e produtivas. Consequentemente, a pergunta ‘o que é regulação?’ pode parecer um tanto simples. De acordo com Philip Selznick, é “o controle sustentado e focado exercido por uma autoridade pública sobre atividades valorizadas pela comunidade” (SELZNICK, 1985, p.363). Essa definição, apesar de útil à primeira vista, não diz quase nada sobre o que é a regulação¹. Não diz nada sobre as modalidades de controle

empregadas, não diz nada sobre o tipo de autoridade pública envolvida (ignora as possibilidades da autorregulação) e não nos ajuda a compreender como a comunidade decide quais atividades são valorizadas.

Ou seja, temos que tomar outro ponto de partida. Primeiro, examinaremos diferentes tipos de regulação. Segundo, perguntaremos qual a finalidade da regulação. Finalmente, ilustraremos três componentes que caracterizam a regulação e os tipos de debate associados a cada uma dessas dimensões.

Abordando as diversas formas de como a regulação pode ser entendida (e como ela existe), o Quadro 1 fornece uma visão ampla de quatro tipos (híbridos também são possíveis, mas não queremos tornar a discussão demasiado complexa). Fazemos a distinção entre regimes operados pelo governo e regimes operados por atores privados. Também distinguimos entre os regimes que contam com ferramentas tradicionais, rotuladas de ‘comando e controle’, e combinam um mandato claro e a ameaça de sanções, e os instrumentos regulatórios, que são anunciados como alternativas à regulação tradicional (isto é, ‘comando e controle’).

Quadro 1: Variedades de regulação

		Quem regula?	
		Governo	Setor Privado
Como regular?	Comando e Controle	I - Regulação estatal envolvendo comandos apoiados por sanções	II - (Auto) regulação privada
	Alternativas	III - Uso de incentivos do mercado, autocontrole e outras abordagens baseadas em auditoria e gestão	IV - Mercados e normas societais

O item I apresenta o entendimento tradicional de regulação. As regras são elaboradas e fiscalizadas pelas autoridades públicas. Ou seja, esse é o mundo que a definição de Selznick, mencionada acima, descreve. O item II

aponta para a grande variedade de sistemas autorregulatórios ou associativo de regulação. Os exemplos de tais regimes são: os sistemas de autocertificação (como o Conselho de Manejo Florestal), os regimes tradicionais de autorregulação profissional (como os que existem para as áreas do direito e da medicina), bem como os regimes exigidos pelo governo mas operados por atores privados (um exemplo seria a regulação da saúde e da segurança ocupacional por parte de órgãos constituídos conjuntamente por sindicatos de trabalhadores e organizações patronais). O item III mostra as formas mais amplas de regulação, frequentemente anunciadas como alternativas à regulação. Esses instrumentos são extensamente defendidos como parte de uma agenda de regulação de alta qualidade. Trata-se de instrumentos regulatórios em um sentido mais amplo, já que contam com incentivos do mercado para alterar o comportamento ou procurar controlar as formas como as organizações monitoram seus próprios processos.

Finalmente, o item IV sugere que os próprios mercados podem também ser entendidos como dispositivos regulatórios. Um exemplo de mercado atuando como mecanismo regulatório é o argumento tradicional da ‘corrida para o fundo’. De acordo com esse argumento, os padrões regulatórios de uma jurisdição atraem o investimento privado se esses padrões gerarem custos mais baixos do que a produção em outra jurisdição (ver SCHARPF, 1996). Ou seja, em nossa busca para dar um significado à regulação, encontramos variações consideráveis nas formas como o comportamento dos indivíduos e das organizações é afetado.

Um segundo caminho para encontrar uma resposta à pergunta ‘o que é a regulação?’ é analisar as suas finalidades. Afinal, se pudermos chegar a um acordo quanto aos objetivos de uma determinada intervenção, as variações se tornarão menos significativas. Novamente nos deparamos com considerável variação no entendimento a respeito das finalidades da regulação.

Podemos distinguir ao menos quatro respostas diferentes a essa pergunta em particular. Para um grupo, regulação refere-se aos instrumentos tecnocráticos do controle que reduzem a incerteza, a variação indesejada e o poder discricionário introduzido por políticos inconstantes (que, desse modo, causam o chamado problema da inconsistência temporal). Para um segundo grupo, a regulação está inerentemente relacionada ao desenvolvimento de

normas e da autorregulação profissional que incentiva a autorresponsabilidade. Para eles, a regulação relaciona-se como a revisão por pares e com o acompanhamento profissional e associativo.

Para um terceiro grupo, a regulação confere as regras mínimas necessárias para o funcionamento das economias de mercado. Esse grupo é fundamentalmente hostil à regulação, vendo-a como uma barreira potencial aos processos de inovação do tipo mercado, incentivando a captura pela indústria e a construção de impérios burocráticos. Para o quarto e último grupo, a regulação também se refere, basicamente, à redução dos riscos sistêmicos. Entretanto, há a compreensão de que todos os esforços de intervenção em processos sociais enfrentam tentativas de desvio e perversão. As quatro visões sobre a regulação são válidas, apesar de suas naturezas contraditórias. Estamos diante de uma pluralidade inerente, em vez de um consenso, sobre a finalidade da regulação.

Um terceiro caminho para estabelecer a finalidade da regulação é entendê-la a partir de uma perspectiva de regime que combina três componentes distintos: estabelecimento de um padrão; coleta de informações; e modificação de comportamento. É crucial a existência de um padrão que defina o(s) estado(s) desejado(s) do mundo. Relacionado a isso, está a capacidade de um sistema estabelecer tal padrão. Desejamos poder ajustar a temperatura ambiente em nossos escritórios; igualmente desejamos estabelecer determinados padrões em termos da qualidade do ar. Qualquer um que já tenha compartilhado um quarto com outras pessoas sabe que chegar a um acordo a respeito da temperatura certa do ambiente pode gerar controvérsia. Concordar com padrões de qualidade do ar é, no fim das contas, uma escolha política. Qual a qualidade do ar que queremos e a que custo (para nós e para a indústria)?

Similarmente, concordar com a segurança nas viagens aéreas pode parecer algo simples, mas quando chegamos às especificações de tal objetivo as controvérsias começam. Aumentamos a segurança dos voos exigindo que todos os passageiros se submetam a uma revista pessoal invasiva (pecando, assim, pelo excesso de cuidado) ou concentrando todos os recursos nos alvos-chave (desse modo, possivelmente, negligenciando fontes de risco inesperadas)? Cabe discutir se os padrões conseguem

atingir os resultados desejados, pois as relações de causa e efeito podem ser incertas.

O problema geral subjacente a esse conflito em torno de padrões é que a finalidade da regulação (que é evitar o monopólio, equilibrar as assimetrias de informação e proteger padrões sociais) implica custos, seja para a indústria regulada ou para o contribuinte em geral. Mesmo os aspectos mais técnicos da regulação – por exemplo, os de modelagem econômica do retorno de investimentos como parte do processo de estabelecimento de tarifas – são tentativas de abordar interesses opostos. Assim, os regimes regulatórios precisam ser julgados em dois aspectos. Eles têm de chegar a alguma forma de decisão a respeito dos padrões (a qualidade do padrão) e devem fazer isso de uma maneira que seja considerada legítima por todas as partes (a qualidade do processo de estabelecimento do padrão). Isso não significa que todas as partes precisam concordar com a decisão (e certamente a adoção de um padrão deve passar por algum tipo de revisão), mas a competência e a autoridade de quem estabelece o padrão devem ser consideradas legítimas.

A coleta de informações também é fundamental para o regime regulatório monitorar o ‘estado do mundo’. Um sistema de condicionamento de ar necessita de um sensor que verifique a temperatura atual no ambiente e todo verificador da qualidade do ar precisa de instrumentos para avaliar a qualidade do ar em várias localidades. A coleta de informação pode ser empreendida por um leque de instrumentos e dispositivos, como relatórios e inspeções diretas. Novamente, a ação estará ligada a considerável conflito político. Primeiramente, sempre haverá uma discussão em torno da pergunta a respeito de ‘quem’ colhe a informação (autorrelatório versus inspeção). Em segundo lugar, sempre existirá o debate em relação à intensidade do processo de coleta de informação (com que frequência e quanto). Em terceiro, e relacionado aos anteriores, sempre ficará a dúvida sobre os custos incorridos e quem deve arcar com eles. Finalmente, sempre acontecerão questionamentos a respeito da confiabilidade, da robustez e da tempestividade da informação colhida.

O componente-chave final trata da fiscalização e da obtenção da conformidade. A modificação do comportamento busca abordar qualquer

discrepância entre o ‘estado desejado do mundo’ (prescrito pelo padrão) e o ‘estado real’ do mundo diagnosticado (detectado pelos dispositivos de coleta de informação). Novamente, os regimes regulatórios contam com um leque de dispositivos para mudar o comportamento, variando de ‘sermões’ (informação) e ‘cenouras’ (incentivos) a ‘varas’ (sanções). Esses dispositivos são, na maioria das vezes, utilizados em conjunto. Ao combinar ferramentas, alguns sistemas tendem para uma abordagem de conformidade (ênfase nos sermões e nos incentivos) e outros para a repressão (ênfase em sanções explícitas). A pesquisa sugere que uma abordagem puramente repressiva é relativamente cara e ineficaz, especialmente porque a repressão e as ameaças não resolvem o problema da não-conformidade involuntária (devido à falta de informação ou capacidade de se conformar) e também porque a repressão motiva a conformidade criativa e outras formas de resistência por parte dos regulados.

Ao mesmo tempo, a abordagem da conformidade é acusada de ser demasiado leve para com os regulados, incentivando relações muito próximas e fiscalização fraca, especialmente nas condições em que os regulados não preveem interações constantes com o regulador. Posto de outra forma, se eu for dono de um supermercado conhecido, seguirei rigorosamente as recomendações dos reguladores, ou minha reputação poderá sofrer danos. Se eu tiver uma lanchonete ambulante, no entanto, não darei tanta importância ao conselho amigável de lavar as mãos antes de preparar os sanduíches pois, devido à minha mobilidade, o risco à minha reputação é extremamente baixo, e o fiscal mal terá a possibilidade de verificar minha conformidade de forma contínua. Em consequência, John Braithwaite e outros argumentaram que a fiscalização regulatória (isto é, a modificação de comportamento) deve adotar uma estratégia mista que conte com as interações ‘toma-lá-dá-cá’ e também com a ideia de uma arma benigna, de que a recomendação (‘sermão’) é mais eficaz sob a sombra da ameaça real de punição (AYRES & BRAITHWAITE, 1992).

Retratar a regulação nessa perspectiva de estabelecimento de padrões, coleta de informação e modificação de comportamento não somente aponta para discussões no âmbito de cada um desses componentes, mas também destaca a interdependência deles. Os sistemas de ar condicionado não funcionam se o sensor, o regulador ou o mecanismo

para soprar o ar quente ou frio no ambiente não funcionar corretamente. Além disso, destaca o quão é delicada a interação dos três componentes. É exatamente essa interação que está no cerne do debate a respeito da regulação de alta qualidade.

Então, o que é a regulação? Como mostrado anteriormente, a regulação é baseada na interação e na interdependência de três componentes: estabelecimento de padrões, coleta de informação e modificação de comportamento. O modo como esses três componentes são projetados e operados, isoladamente e em conjunto, e por quem, além de suas finalidades, são questões para discussão. Existem múltiplos pontos de vista e não há nenhuma prova científica conclusiva para sugerir que uma determinada forma de pensar e praticar a regulação seja inerentemente e uniformemente melhor do que outra. Perguntar ‘o que é regulação?’ é, portanto, não apenas um exercício simples de aquecimento, equivalente a um teste de vocabulário em aulas de idiomas. A pergunta está no centro dos debates e das conversas a respeito da regulação e é conseqüentemente essencial para qualquer tentativa de enraizá-la em sistemas de governança nacionais e internacionais.

Regulação e alta qualidade – agenda ou tábua de frios?

Um dos temas-chave contemporâneos nos debates regulatórios é a chamada por regulação de alta qualidade. As organizações internacionais, particularmente a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), estão conclamando os governos nacionais para que avaliem e revisem seus regimes regulatórios nacionais à luz de sua experiência e inspirados por exercícios de revisão por pares e de *benchmarking*. Se a regulação como tal já está definida por sua natureza contestatória, podemos realmente aprender muito com as chamadas por regulação de alta qualidade?

Nessa seção discutimos dois elementos do menu padrão da agenda da regulação de alta qualidade: a questão do desenho e da operação das agências reguladoras, e as ferramentas para uma melhor regulação que supostamente aumentam a qualidade do estabelecimento de padrões, da coleta de informação e da modificação de comportamento. Enfatizamos

que não há soluções simples de ‘boas práticas’ para essas questões. Ao contrário, uma agenda de regulação de alta qualidade precisa aprender a tolerar essas tensões inerentes e incentivar conversas contínuas. Somente assim será possível enraizar um sistema de regimes regulatórios com alto desempenho no ambiente da governança nacional.

Agências reguladoras

A defesa das agências reguladoras como parte da agenda de reforma regulatória contemporânea é feita rapidamente e está bem estabelecida. Independentes tanto do ciclo eleitoral político quanto da produção de serviços, as agências reguladoras garantem um controle focalizado. Seu foco organizacional permite que adquiram expertise e neutralidade. As agências reguladoras são vistas como um dispositivo que permite resolver o problema da inconsistência temporal (MAJONE, 1994), ou seja, das alterações nas políticas públicas provocadas pelas mudanças nas preferências políticas, ao longo do tempo. Conforme já mencionado, esse problema é particularmente proeminente na regulação. Os investidores querem ter garantia da estabilidade das atividades regulatórias (‘sem surpresas’) e procuram mecanismos para se prevenir das mudanças nas preferências políticas e regulatórias.

Como também já foi mencionado, ter agências para tratar da inconsistência temporal não é uma solução confiável para todas as situações. Nos contextos políticos, em que a legislação pode ser alterada ou uma agência desmontada com muita facilidade (como nos sistemas políticos de Westminster, caracterizados por partidos governistas únicos, falta de tribunais poderosos ou segundas câmaras do Parlamento), as agências reguladoras, apesar de extremamente independentes na lei, podem ter seu status revogado a qualquer momento. Isso contrasta com os contextos institucionais políticos nos quais os processos de revogação da legislação regulatória têm que vencer obstáculos consideráveis. Apesar do muito que já foi dito a respeito dos benefícios das agências reguladoras, a questão real não está na existência delas ou não, mas no estabelecimento da agência dentro do contexto político-institucional mais amplo e no desenho apropriado para as instituições regulatórias.

Entretanto, os debates a respeito das agências reguladoras vão além do seu desenho adequado e seu lugar dentro do regime regulatório. Sem a intenção de fornecer uma lista exaustiva de pontos, destacamos brevemente três termos-chave frequentemente empregados nos debates, mas não examinados: independência, coordenação e politização.

A independência é tida amplamente como um atributo essencial das agências reguladoras, porque é esse status jurídico que, supostamente, garante o grau de autonomia política. Ao mesmo tempo, como enfatiza a literatura tradicional sobre regulação, a independência no mundo da indústria regulada nem sempre pode ser garantida. Apesar dos requisitos gerais, o desenho institucional das agências reguladoras para estabelecer a independência também é uma questão a ser discutida. Tal debate inclui as fontes de financiamento. Para alguns, a independência vem da autonomia dos orçamentos governamentais; para outros, da autonomia da receita advinda das indústrias reguladas.

Discute-se também o surgimento da independência a partir do processo de nomeação, por exemplo, de pessoas do setor empresarial. O argumento contrário é de que essas pessoas de fora estão demasiado próximas da indústria que regulam. Além disso, acredita-se que as ‘pessoas de fora’ teriam dificuldade em entender a importância do mundo informal que disciplina os relacionamentos dentro do governo executivo.

As definições de independência (e autonomia) geralmente contam com o entendimento da separação organizacional, mas a forma como essa separação é vivida na prática e facilitada por diferentes tipos de mecanismos institucionais ainda é objeto de muita controvérsia. O debate a respeito da independência também está relacionado aos debates mais amplos sobre legitimidade. Como órgãos não eleitos, as agências reguladoras são também denominadas não majoritárias. Sua legitimidade é derivada não de processos de insumos (ou eletivos), mas por seus produtos (consecução dos objetivos indicados).

O entendimento da administração pública baseado em produtos já é algo problemático para alguns. No entanto, dificuldades mais profundas emergem da contínua expansão da competência ou da jurisdição legal que os reguladores devem fiscalizar. No Reino Unido, essa expansão de competência geralmente é orientada pelos políticos e não pelas agências. Em consequência, os que eram principalmente reguladores econômicos (que

tratavam dos monopólios) agora se tornaram reguladores que lidam não apenas com questões econômicas, mas também com questões sociais e de sustentabilidade (segurança da fonte). Ou seja, as instituições não majoritárias viraram minigovernos.

A coordenação, assim como a independência, é vista como algo bom. Todos querem que unidades organizacionais funcionem em harmonia. Entretanto, para alguns, a coordenação é inerentemente relacionada ao controle. A chamada por mais coordenação no contexto da regulação geralmente é associada à fragmentação das autoridades regulatórias em vários setores e indústrias.

Como a maioria dos termos na administração pública, a coordenação é associada a muitas doutrinas diferentes. Nesse contexto, os debates sobre como coordenar órgãos regulatórios diferentes se estendem: aos que defendem liberdade total e, portanto, um ajuste e um processo de aprendizagem descentralizados; aos que defendem formas de intercâmbio profissional para criar uma comunidade regulatória que perpassse todos os setores; e aos favoráveis à fusão dos órgãos regulatórios ou à criação de um órgão de fiscalização. Todos esses argumentos são válidos, mas podem ser vistos como contrários às ideias de autonomia e independência – e mesmo do controle especializado e focado.

Podemos apresentar alguns exemplos empíricos para ilustrar nosso argumento. A Alemanha criou um regulador em rede da indústria, responsável pelos serviços de correios, telecomunicações, eletricidade, gás e transporte ferroviário. O argumento a favor desse arranjo é que esse regulador transversal mantém uma abordagem consistente entre as indústrias e funciona a um custo menor, evitando a duplicação de esforços. No contexto do desenvolvimento, os reguladores transversais da indústria são considerados como uma forma de concentrar expertise em um único órgão². Esse arranjo, contudo, implica perda da especialização. Os opositores de tal concentração sugerem que as experiências da indústria são tão diferentes que a especialização se faz necessária.

No Reino Unido, houve uma fusão limitada de indústrias supostamente convergentes, nas áreas de energia (gás e eletricidade) e comunicações (telecomunicações e outros órgãos que tratam de veiculação e comunicações). Não queremos sugerir uma forma ideal de organizar agências reguladoras,

mas buscamos indicar a necessidade de considerar ao menos duas questões: a jurisdição de uma agência regulatória; e as regras que devem existir para revisar essa jurisdição, ao longo do tempo.

Ao contrário da independência e da coordenação, a *politização* é largamente considerada algo ruim. Mas o que é a politização? Poderia significar que os políticos gostam de delegar tarefas aos órgãos regulatórios, seja pelo valor simbólico, no sentido de serem vistos fazendo algo, seja para deslocar a responsabilidade por medidas impopulares, politizando as agências reguladoras ao expô-las a tarefas altamente políticas.

Outro significado da politização seria o fato de os reguladores se tornarem políticos e começarem a tomar decisões fora do escopo de sua jurisdição (onde tal jurisdição começa e termina será sempre uma questão para discussão). Os reguladores, ministérios e ministros precisam de muita habilidade para policiar esses limites e garantir que os papéis mútuos sejam aceitos.

Um terceiro significado da politização é o da captura, demonstrada, no sentido mais amplo, pelas agências que representam os interesses da indústria regulada. Não estamos dizendo que algum ou os três significados da politização se apliquem a todas as agências o tempo todo. Entretanto, acreditamos que qualquer debate sobre agências reguladoras envolverá um grau de politização, com algumas pessoas argumentando que os reguladores foram capturados pela indústria, outras reclamando da expansão da agenda pelo regulador e outras suspeitando de interferência política.

É improvável que a estabilidade das agências reguladoras seja alcançável. Em contraste, nossa visão do enraizamento da regulação de alta qualidade defende a consciência e a necessidade de debate sobre limites. Antes de retornar a esse ponto na conclusão, iremos explorar a agenda da regulação melhorada que, assim como as agências reguladoras, é amplamente vista como essencial para a regulação de alta qualidade.

Regulação melhorada

A agenda da regulação melhorada atraiu muito entusiasmo, tanto dos governos nacionais quanto das organizações internacionais, como a OCDE,

e também das consultorias. A agenda da regulação melhorada tenta identificar e promover as ferramentas que aumentam a qualidade processual e substantiva da regulação nas diversas áreas de política pública. Esses instrumentos incluem as avaliações de impacto regulatório, a mensuração do custo de conformidade e a ideia da regulação baseada em risco.

Os defensores da agenda da regulação melhorada dizem que a adoção dessas ferramentas, se introduzidas no governo como um todo, aumentarão significativamente a capacidade de realizar regulação de alta qualidade, assim contribuindo para o progresso econômico e social. Esse aumento de capacidade resultaria, por exemplo, da melhoria da base de evidência, que oferece suporte ao estabelecimento de padrões, e da natureza mais focada das atividades de fiscalização.

Ninguém pode discordar da visão de que padrões devem ser baseados em evidência, e que as atividades de fiscalização devem ser focadas. Entretanto, a agenda da regulação melhorada possui uma fraqueza fundamental, que é de negar a complexidade inerente à constelação regulatória. A aplicação de soluções tecnocráticas para resolver a bagunça dos problemas políticos encobre as tensões e os dilemas fundamentais que são inerentes ao projeto regulatório. Essas tensões, dilemas e limitações também são inerentes ao desenho dos instrumentos da regulação melhorada. Um exemplo é a área de segurança alimentar. Nesse caso, padrões relativamente simples, especialmente em termos da higiene e qualidade dos produtos, são insuficientes ao se considerar a cadeia de produção e processamento, internacionalizada e altamente especializada, que perpassa empresas, jurisdições e setores de alimentos. Ou seja, a abordagem tradicional de cheirar e tocar os produtos, ao inspecioná-los, não é mais suficiente, o que implica novas exigências de coleta de informação e de modificação de comportamento para qualquer regime regulatório. Com o movimento de adoção de auditorias na área da segurança alimentar, empresas cada vez mais são obrigadas a controlar suas próprias normas de saúde e segurança. Por sua vez, a tentativa de confiar na ideia da rastreabilidade provocou uma considerável especialização da indústria na evasão de tais exigências de rotulagem.

Examinando mais de perto, a ideia da regulação baseada em risco revela uma variedade de dilemas. Ela é defendida por muitos como uma

ferramenta-chave para tratar, de maneira mais sistemática, das complexidades de um processo de produção internacionalizado e diversificado³. Diversas ferramentas de relatório, auditoria e inspeção são combinadas para adequar as atividades de fiscalização (modificação de comportamento) com base no perfil de risco particular da empresa e do setor (mensurado em termos da probabilidade de ocorrência de um determinado incidente e do impacto total sobre o funcionamento do mercado, isto é, a gravidade do impacto de uma falha nas transações econômicas mais amplas).

A regulação baseada em risco também leva em conta a receptividade das empresas reguladas às recomendações. As abordagens de conformidade à modificação de comportamento são aplicadas às empresas que se mostram responsivas às medidas regulatórias leves. Já as abordagens repressivas e duras são aplicadas àquelas que resistem às medidas mais leves baseadas em conformidade. Apesar de todo o excesso dos reguladores, políticos e acadêmicos britânicos, essa hibridização supostamente inteligente de táticas regulatórias provou ser altamente problemática.

Na área da regulação financeira, em que a abordagem britânica foi anunciada amplamente como leve, a regulação baseada em risco foi vista como problema e não como solução para o colapso financeiro que minou a reputação de Londres como centro financeiro. Discutiu-se que a regulação baseada em risco não havia diagnosticado as fraquezas inerentes aos bancos britânicos, que se endividaram excessivamente. Um argumento mais diferenciado, entretanto, sugeriu que a regulação baseada em risco havia identificado os bancos particularmente fracos, mas faltou um banco menos exposto que, então, sofreu o primeiro colapso. Houve uma recusa política de lidar com os sinais precoces. Essa informação foi suprimida a fim de manter a confiança do mercado. Ou seja, a regulação baseada em risco falhou, não apenas porque não diagnosticou riscos sistemáticos suficientemente cedo, mas também porque provou ser politicamente impossível seguir sua própria lógica de ação.

A regulação baseada em risco não é somente uma ferramenta limitada por si. Existe a tensão de outras ferramentas da agenda da regulação melhorada minando ainda mais sua eficácia potencial. Combinações flexíveis de atividades de estabelecimento de padrões e de fiscalização (incluindo

sistemas autorregulatórios) não se prestam facilmente aos tipos de avaliação de impacto e análise de custo-benefício que estão no cerne da agenda da regulação melhorada. Baldwin (2009) até sugere que os burocratas ministeriais fogem de dispositivos regulatórios complexos, mas potencialmente inteligentes, diante de demandas processuais da avaliação de impacto e da análise de custo-benefício.

Os sistemas da regulação baseada em risco são ricos em informação, no sentido de que contam com a coleta e a análise detalhada, sistemática e periódica de informações das empresas reguladas. Fazendo isso, contradizem a bandeira do corte de burocracia e redução dos custos de conformidade, um objetivo que vem dominando a agenda da regulação melhorada na Europa, nos últimos 15 anos. A ideia de reduzir custos de conformidade tem sido associada, mais recentemente, ao chamado modelo de custo padrão (uma ferramenta para avaliar os custos administrativos das obrigações de informação que as entidades reguladas têm que cumprir). Uma ênfase simultânea na avaliação de impacto e na redução dos custos de conformidade poderia constituir um grande obstáculo ao desenvolvimento de sistemas regulatórios inteligentes inspirados na regulação baseada em risco.

Existem tensões semelhantes entre as ideias que dão suporte à avaliação de impacto regulatório e à avaliação do custo de conformidade. A questão-chave que os defensores das avaliações de impacto regulatório procuram abordar é o controle de processos regulatórios a fim de aumentar a eficácia, a coerência e a consistência dos padrões. Os que defendem as avaliações dos custos de conformidade procuram reduzir o ônus da regulação em si. O modelo de custo padrão parece oferecer um mecanismo perfeito de conciliação entre essas duas posições. Ele se refere somente aos custos administrativos (obrigações de informação) e não aos custos substantivos da regulação (por exemplo, custos de instalação de tecnologia de filtragem para reduzir emissões). Nesse sentido, o modelo de custo padrão não interfere nos objetivos políticos de uma regulação, mas ainda promete uma redução substancial de custos de conformidade regulatória (25% – uma meta que todos os países membros da União Européia têm de adotar).

Entretanto, tensões entre as duas perspectivas vêm surgindo ao longo do tempo. De um lado, os defensores da avaliação de impacto regulatório

consideram o modelo de custo padrão como uma incubadora para uma análise de custo-benefício. De outro, os ‘desreguladores’ exigem mensuração e redução mais abrangente de custos de conformidade, quando fica óbvio que as empresas não estão percebendo uma redução da papelada. Tal dinâmica de decepção está atualmente surgindo em países europeus como o Reino Unido, Alemanha e os Países Baixos, onde os ‘desreguladores’ conseguiram dominar o debate⁴.

As abordagens da regulação melhorada e inteligente para lidar com questões regulatórias espinhosas não apresentam exemplos de boas práticas capazes de liberar os formuladores de política de desenhar sistemas que se encaixem no contexto político, institucional e cultural. Além disso, tais combinações engenhosas não são à prova de falhas, nem conseguirão eliminar os questionamentos e conflitos que se materializam nas decisões sobre padrões e modalidades de fiscalização. Os problemas com a agenda da regulação melhorada vão além daqueles mencionados aqui. Um componente da agenda da regulação melhorada foi também a busca por alternativas à regulação. Baseado em um estereótipo de ineficácia e dos problemas inerentes à regulação do tipo comando e controle (que também foi bem documentado na literatura acadêmica), alternativas como a autorregulação e o uso de incentivos financeiros foram propostas. A experiência sugere, entretanto, que essas alternativas sempre viram problemas políticos quando as coisas dão errado e, mais significativamente, a chamada por alternativas de regulação não vem acompanhada de evidência para orientar a tomada de decisão sobre qual abordagem regulatória adotar (dada também a ausência de experiências críticas). Da mesma forma, o argumento de que as agências públicas estavam sorrateiramente ganhando terreno (*regulatory creep*) e precisavam ser contidas como parte de uma agenda de regulação melhorada provou ser baseado mais em preconceito do que em evidência. Ao contrário, descobriu-se que o principal gatilho para o excessivo detalhamento regulatório, ao longo do tempo, não era o interesse das agências em aumentar seu poder, mas o interesse das empresas em reduzir a incerteza.

Mesmo que não se possa negar o apelo tecnocrático de tais instrumentos, as limitações da regulação melhorada são significativas. Primeiramente, os instrumentos enfocam os malefícios da regulação do tipo comando

e controle sem muita consideração das limitações das alternativas de regulação e, mais importante, não levam em consideração o problema real, a saber: a interação e as interdependências de regimes regulatórios diferentes. Em segundo lugar, as tensões subjacentes dentro e entre os instrumentos da regulação melhorada destacam que estes estão longe de ser instrumentos apolíticos, mas são inerentemente políticos. Qualquer sistema de regulação de alta qualidade deve tentar tornar o conflito transparente, em vez de tentar suprimi-lo.

Conclusão

Regulação de alta qualidade como discussão enraizada

Esse capítulo introdutório procurou fazer duas coisas. Queríamos introduzir os temas e as ideias-chave que influenciam os capítulos subsequentes sobre as experiências individuais das agências no Brasil. Queríamos também desenvolver uma agenda que avançasse a regulação de alta qualidade no país.

Apresentamos o argumento a favor do enraizamento, a ideia de que a capacidade institucional se alimenta das relações entre os atores. Se as relações (ou elos) forem muito fortes ou muito fracos, a capacidade para efetuar mudanças será estrangulada ou enfraquecida⁵. A forma de se chegar a esse estado de enraizamento um tanto vago é incentivar discussões e deliberações abertas. Significa incentivar um debate sobre as finalidades da regulação, a natureza dos três componentes (estabelecimento de padrões, coleta de informação e modificação de comportamento) e a natureza e o valor das agências reguladoras e dos instrumentos da regulação melhorada.

A fim de conseguir o enraizamento, essas discussões exigem dois pré-requisitos. Um deles consiste na terminologia e nas regras comuns que orientem as discussões. Isso significa que as premissas básicas precisam ser explicitadas. Muitos debates a respeito da regulação são baseados em trivialidades e conversa barata (assim como boa parte da literatura), em vez de uma indicação explícita a respeito das premissas e teorias subjacentes. O outro pré-requisito é da tolerância e abertura mútuas. É amplamente

reconhecido que a aprendizagem só ocorre em situações em que os atores (e as organizações) não se sentem ameaçados. As discussões regulatórias precisam ocorrer em um contexto no qual as organizações não temam por sua sobrevivência e expectativas e existam convenções sobre os papéis das diferentes organizações.

A regulação de alta qualidade, quando vista através dos olhos do enraizamento, não trata apenas de incluir as pessoas certas e acertar os detalhes legislativos (apesar de isso ser importante). Também envolve criar o tipo de reconhecimento mútuo entre as partes que facilite discussões não só informadas, mas controversas. É fazer as perguntas difíceis e estar disposto a colaborar com as discussões, em vez de partir para o consumo de mais uma apresentação enfadonha em *Power Point*.

É pelo enraizamento de uma cultura de discussões regulatórias, como defendido neste volume, que a regulação de alta qualidade no Brasil avançará ainda mais tanto na esfera federal quanto na estadual, em vez de se tornar mais uma iniciativa bem-intencionada que começa com altas expectativas e termina em um estado geral de negligência.

Notas

- ¹ Selznick escolheu deliberadamente uma definição muito estrita.
- ² Ver o exemplo do Office of Utilities Regulation da Jamaica em Lodge e Stirton (2006).
- ³ Ver também Black et al (2007).
- ⁴ Cf. LODGE e WEGRICH, 2009.
- ⁵ Ver também Stirton e Lodge (2002) desenvolvendo o trabalho inspirador de Granovetter.

Referências

- ADAMS, J.G.U. Seat belt legislation: The evidence revisited. *Safety Science*, 18(2): 135-152, 1994.
- AYRES, I. & BRAITHWAITE, J. *Responsive Regulation: transcending the deregulation debate*, Oxford: OPU, 1992.
- BALDWIN, R. *Better Regulation: The Search and the Struggle In*: Baldwin, R.; Cave, M., 2009.
- LODGE, M. (eds). *Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: OUP (forthcoming)
- BLACK, J.; HOPPER, M. and BAND, C. Making a Success of Principles Based Regulation. *Law and Financial Markets Review* 1(3): 191-206, 2007.

- GRABOSKY, P. Counterproductive Regulation. *International Journal of the Sociology of Law*, 23: 347-69, 1995.
- LEVY, B. & SPILLER, B.T. The Institutional Foundations of Regulatory Commitment: A Comparative Analysis of Telecommunications Regulation. *Journal of Law, Economics, and Organization* 10(2): 201-246, 1994.
- LODGE, M. & STIRTON, L. Withering in the heat? The regulatory state and reform in Jamaica and Trinidad & Tobago. *Governance* 19(3): 465-95, 2006.
- _____. Embedding Regulatory Autonomy in Caribbean Telecommunications. *Annals of Public and Cooperative Economics*, 73(4): 667- 693, 2002.
- LODGE, M. & WEGRICH, K. High Quality Regulation: its popularity, its tools and its future. *Public Money and Management* (forthcoming), 2009.
- MAJONE, G. The Rise of the Regulatory State in Europe. *West European Politics* 17(3): 77-101.
- SCHARPF, FW. Negative and Positive Integration in the Political Economy of European Welfare States. In: G Marks et al. *Governance in the European Union*. London, Sage, pp15-39, 1996.
- SELZNICK, P. Focusing Organizational Research on Regulation. In: NOLL, R. (ed.) *Regulatory Policy and the Social Sciences*. Berkeley: University of California Press, pp. 363-367, 1985.

* Martin Lodge é professor de Ciência Política e Políticas Públicas na *London School of Economics* (LSE), bacharel em economia (ênfase em governo, com louvor, 1º lugar) e doutor em governo (regulação) pela LSE.

* Kai Wegrich é professor-doutor da área de Gestão Pública na *Hertie School of Governance* em Berlim, Alemanha. É também pesquisador sênior na *Rand Corporation*, em Cambridge, e pesquisador associado no *Centre for Analysis of Risk and Regulation* na Escola de Economia de Londres (LSE). Atua na área de pesquisa sobre regulação de risco.

A VISÃO DA ABAR

Ricardo Pinto Pinheiro

Objetivo

O presente trabalho tem por objetivo apresentar a visão da Associação Brasileira de Agências de Regulação (Abar) quanto aos desafios da regulação no Brasil. Tal visão tem a finalidade de propor uma reflexão sobre as condutas das agências reguladoras, depois de pouco mais de 10 anos de seu surgimento na administração pública brasileira, no formato de entidades independentes.

Entende a Abar que tal discussão se insere no contexto dos principais desafios da regulação no Brasil para os próximos anos. A regulação precisa dispor de uma plataforma comum de condutas em seu trato, de modo a aumentar a confiança dos governos, dos agentes regulados, dos usuários e dos consumidores.

Conteúdo

Depois de apresentar uma visão da experiência brasileira no passado recente e principalmente a partir da década de 1990, o trabalho repassa os principais fundamentos das agências reguladoras, o papel da Abar e sua agenda de trabalho, e a visão de renomados especialistas brasileiros, manifestada por ocasião dos 10 anos de regulação no Brasil. Finaliza com a proposta de um “Código de Princípios” para orientar a reflexão e a discussão das condutas das agências reguladoras nacionais.

A experiência brasileira mais recente de regulação até o início de 1990

No Brasil, até o início de 1990, a regulação integrava a cadeia da administração pública de definição de políticas, planejamento, gestão e execução, sendo, no entanto, marcantes as experiências do Banco Central (Bacen), criado em 1964, da Superintendência de Seguros Privados (Susep), em 1966, e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), em 1976. Tais entidades governamentais são dotadas de poder regulatório, porém sem as características das agências reguladoras criadas na segunda metade da década de 1990.

A experiência brasileira de regulação dos anos 1990

No Brasil contemporâneo e no âmbito do movimento da Nova Gestão Pública, a reforma do Estado começa com o governo Collor de Melo (1990), com medidas drásticas e controversas, que até hoje materializam ações no Judiciário, em todas as suas instâncias.

Esse modelo pode ser considerado inspirado na onda mundial ocorrida na década de 1980, após o esgotamento do modelo de intervenção do Estado na economia. O novo caráter assumido pelo Estado passava a ser de coordenador-regulador, em substituição a certa atuação centralizadora nas funções de execução e prestação dos serviços públicos.

Tudo isso ocorreu a partir das experiências reformistas no Chile, na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos. Esses governos demarcaram o início de transformação fortemente caracterizada pela transição da administração pública burocrática para a gerencial. É, pois, em plena cultura da revolução gerencial do Estado que ocorre a ascensão das agências reguladoras.

O custo crescente da administração estatal, o descontrole do déficit público, a instabilidade causada pelas altas taxas de inflação, o endividamento externo e a corrosão dos mecanismos de representação política forneceram os elementos para que, a partir dos anos 1980, fosse

instaurada a Nova Gestão Pública (*New Public Management*): sua essência tem sido a transferência de métodos de gestão empresarial para a administração pública.

Isso foi propugnado por meio de medidas que objetivaram: descentralização administrativa e política; devolução de funções e autonomia ao mercado e à sociedade; gestão mais flexível; maior ênfase na qualidade de processos e produtos; preocupação com eficiência e redução dos custos, bem como busca de maior transparência nos procedimentos e aumento do controle social sobre as políticas e programas.

No Brasil, efetivamente, o movimento é retomado pelo governo de Fernando Henrique Cardoso (1994-2002), cuja política, capitaneada por Bresser Pereira e resumida no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE, 1995), apesar de sua abrangente inspiração doutrinária inicial, foi predominantemente marcada pelo ajuste fiscal por via de reforma patrimonial. A alienação dos ativos teve por meta a obtenção de recursos e/ou a redução de despesas com atividades substituíveis, corporificando o fenômeno mais amplo da desestatização. Essa privatização provocou a necessidade de novas regulações.

As medidas do governo FHC foram orientadas para a privatização da infraestrutura e para a concessão de serviços públicos, estimulando a venda de empresas estatais, concluindo com retumbância a alienação de boa parte do setor industrial estatal. De outro lado, foram promulgadas algumas emendas constitucionais buscando-se reforçar o papel do Estado no planejamento, regulação, controle e fiscalização de serviços públicos, objeto de concessões.

Aberto o campo das novas regulações no Brasil, o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado propunha a denominação de “agências autônomas” para dois tipos de entes públicos (as agências executivas e as agências reguladoras). Essa distinção, um tanto confusa, visava diferenciar a possibilidade de flexibilizar a gestão de entes públicos que desempenham funções exclusivas de Estado. Ao mesmo tempo, buscava o aperfeiçoamento da Lei nº 8.987/95, que estabeleceu, pela primeira vez na história brasileira, normas gerais para a concessão e a permissão de serviços públicos para os três níveis federativos.

As primeiras agências reguladoras federais

Na segunda metade da década de 1990 e no início da seguinte, estabeleceram-se as primeiras agências reguladoras brasileiras, no caso, as de iniciativa da União.

As agências reguladoras criadas nesse período foram:

- Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) – Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996;
- Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) – Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997;
- Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Combustíveis (ANP) – Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997;
- Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) – Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999;
- Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) – Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000;
- Agência Nacional de Águas (ANA) – Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000;
- Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) – Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001;
- Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) – Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001.

Características marcantes das agências reguladoras

A criação das agências reguladoras constitui mecanismo delimitador das fronteiras dos serviços públicos para: fixar normas para a definição de tarifas; fiscalizar o cumprimento dos atos regulatórios; estimular a competência dos prestadores de serviços; e mediar os interesses desses agentes e dos usuários e consumidores, abrindo campo a novos investimentos privados, nacionais e estrangeiros. Nesse afã, as agências devem ser autônomas frente aos governos e ao mercado, em função dos interesses públicos envolvidos.

A autonomia indicada está associada à principal característica das agências reguladoras e diz respeito a sua independência decisória.

Tal independência pode ser mais bem caracterizada como o conjunto de independências específicas envolvidas, ou seja, a financeira, a estrutural e a funcional. Essa característica é fundamental para que as agências possam tomar suas decisões em bases técnicas e ocupar o status de órgãos de Estado.

A independência financeira caracteriza-se pela presença de fontes de receitas próprias, normalmente oriundas dos serviços regulados. Já a independência estrutural é evidenciada pela existência de um quadro de pessoal especializado e próprio. A independência funcional materializa-se na disposição de uma diretoria colegiada, mandatos alternados dos diretores e quarentena dos dirigentes. Não obstante essas inter-relacionadas liberdades, as agências estão vinculadas a regras gerais da administração pública brasileira, como as de estabelecer seus planos de trabalho em consonância com os orçamentos anuais do ente federativo a que está atrelada e de realizar dispêndios de acordo com a legislação que regula as licitações públicas.

Uma segunda característica das agências reguladoras diz respeito a sua transparência institucional e à participação da sociedade. Tais predicados são resultados de reuniões da direção com registros públicos ou abertas ao público, audiências públicas e prestação de contas dos resultados.

Em resumo, os objetivos das agências reguladoras devem ser o de garantir, de um lado, o bom funcionamento dos serviços públicos e o uso correto dos bens públicos e, do outro, a saúde econômico-financeira dos prestadores de serviço e a harmonia dos gestores dos bens públicos. Além disso, devem perseguir sempre a universalização da prestação do serviço público e do uso do bem público, quando for o caso.

A Associação Brasileira de Agências de Regulação – Abar

A Abar é entidade de direito privado – criada em 8 de abril de 1999, sob a forma de associação civil sem fins lucrativos – e apartidária, cujos associados são agências de regulação existentes no país, nas esferas de governo federal, estadual e municipal.

O objetivo da Abar é contribuir para o avanço e a consolidação das atividades de regulação em todo o Brasil, permitindo a troca de experiências,

a promoção de critérios uniformes para problemas semelhantes e a preservação do interesse público amplo. A Associação também visa promover a mútua colaboração entre as associadas e os poderes públicos, na busca do aprimoramento da regulação e da capacidade técnica.

Ao longo dos anos, a Abar tem investido na organização de congressos e encontros nacionais e internacionais, na promoção de estudos referentes à atividade regulatória e na realização de projetos de capacitação do corpo técnico das agências reguladoras.

Na busca permanente por autonomia e independência de suas associadas, a defesa institucional das agências sempre foi um paradigma de luta para a Abar. Assim, a formação e manutenção de grupos de entidades representativas de classes ou setores para ação política em defesa da regulação é prioridade.

A Abar congrega 33 agências associadas, sendo cinco municipais, 22 estaduais e seis federais. Possui parcerias cada vez mais empenhadas em contribuir para a solidez e para o avanço da regulação no país, que fazem com que a atividade regulatória se torne, dia após dia, uma atividade conhecida, necessária e respeitada no Brasil.

Os primeiros 10 anos de regulação no Brasil

A regulação no Brasil comemorou há dois anos a sua primeira década de realizações. Em publicação especial¹, a Abar reuniu as agências reguladoras associadas para um balanço das atividades do período, de forma a sinalizar o futuro próximo.

O presidente da Abar, Álvaro Machado, na ocasião, assim se manifestou:

O balanço de cada agência em particular é muito positivo, inclusive daquelas recentemente criadas, ao contabilizar ganhos de qualidade na prestação dos serviços públicos no país. As agências podem também comemorar a progressiva institucionalização da atividade, o que significa um aprimoramento de nossos mecanismos de participação democrática e, ao mesmo tempo, uma garantia para a saúde

econômica de empresas concessionárias. Diversos instrumentos em exame no Congresso Nacional traduzem essa determinação de avançar na regulação no Brasil.

Essa percepção também é objeto da reflexão de especialistas convidados para contribuir com o momento patrocinado pela Abar. Podem ser extraídos do depoimento do professor e especialista em direito regulatório Floriano de Azevedo Marques as seguintes informações, relacionadas com o tema do presente trabalho:

[...] O balanço é bastante positivo: as agências conseguiram, a duras penas, mudar a cultura existente na relação entre: a) Estado e agentes econômicos; b) usuários de serviços e utilidades públicas e Estado; e c) agentes econômicos atuantes em setores regulados e seus consumidores [...]

[...] Todos os setores onde há agências reguladoras atuantes estão, hoje, substancialmente melhores do que anteriormente à sua atuação [...]

[...] É necessário ainda avançar – e muito – na transparência e procedimentalização da atuação das agências [...]

[...] Muitos setores carecem ainda de marcos claros de metas e objetivos nas políticas públicas setoriais [...]

[...] Temos que suprir o déficit de mecanismos de controle sobre a atuação das agências. E neste sentido não há outra solução que não seja incrementar o envolvimento do Congresso Nacional nestas tarefas [...].

Nesse mesmo sentido, extrai-se da apresentação do cientista político Benicio Schmidt o que segue:

As agências reguladoras são caminhos encontrados pela sociedade de mercado contemporânea, que, em verdade, transformam-se gradativamente em poderosos instrumentos asseguradores da

liberdade política e da saúde econômica dos países exitosos. Nossa expectativa está voltada a essa esperança, também a ser realizada no Brasil.

Do economista Luiz Schymura, são extraídos os seguintes pontos:

[...] Esperamos para breve o grau de investimento [...] os investidores que atuam nesse mercado precisam de um ambiente cujas regras sejam claras e estáveis. Caso contrário, o risco percebido pelo empresário pode inviabilizar o ingresso de recursos [...]

[...] O que garante que agências reguladoras autônomas desempenhariam o papel de manter a previsibilidade e a estabilidade das regras do jogo, e do cumprimento das obrigações contratuais por parte do Estado?

[...] Em primeiro lugar, é fundamental que os membros do conselho das agências, a principal instância de decisão, tenham mandatos fixos, não coincidentes e escalonados [...]

[...] Um segundo ponto, mais sensível, é o de que a cúpula das agências reguladoras é um lugar para técnicos e não para políticos [...]

[...] Por fim, um ponto crucial a ser tratado diz respeito à definição de quais seriam as atribuições das agências [...] para cada setor regulado, é preciso definir em lei, com precisão e detalhe, quais seriam as atribuições da agência e quais as do governo, através do ministério, de forma a não criar conflitos e disputas.

E, finalmente, do engenheiro Jerson Kelman, é destacado o que segue:

[...] A criação das agências reguladoras é a mais recente “onda” de aperfeiçoamento da administração pública [...]

[...] A importância da existência de uma entidade com estas qualificações (agências reguladoras) é mais bem percebida quando se examina a prestação de serviços públicos por empresa monopolista, de capital público ou privado. Nesse caso, o objetivo da maximização

dos lucros deve ser contrabalançado pela atuação de uma agência reguladora que fiscalize o cumprimento do contrato de concessão e atue como árbitro na solução de questões não previstas no contrato, que inevitavelmente surgem ao longo dos diversos anos de duração da concessão [...]

[...] Os interesses do governo podem eventualmente não coincidir com os do consumidor, particularmente quando o serviço ainda não é universalizado. Nesse caso, cabe ao governo defender os interesses dos que ainda não são consumidores – em geral os mais pobres – que almejam ter acesso ao serviço. Por vezes, isso implica tarifas mais elevadas para capitalização dos investimentos, o que conflita com os interesses dos que já são consumidores.

[...] A prestação de serviços públicos também necessita ser regulada numa situação em que não haja monopólio, mas haja restrições à competição. É o caso, por exemplo, do transporte urbano e interurbano, assim como do transporte aquaviário: não é do interesse do consumidor que surjam novos competidores, sem limite de entrada no mercado porque as vias (ruas, estradas e rios) ficariam congestionadas, com prejuízos para todos.

[...] Situação análoga ocorre no uso de alguns bens públicos que, se utilizados sem regras, resultam na chamada “tragédia do uso dos bens comuns”. É o caso da exploração dos campos de petróleo e do uso dos recursos hídricos.

[...] Tanto a regulação dos serviços públicos quanto a do uso de bem público necessitam de agências reguladoras consolidadas. Quando alcançarmos esse patamar, haverá diminuição da percepção de risco dos investidores em infraestrutura. Menor percepção de risco significa menores custos e, portanto, mais competitividade do Brasil.

Dessa maneira, os primeiros 10 anos de regulação no Brasil, na nova modelagem de agências reguladoras, nos permitem dizer que estamos hoje em melhores condições do que estávamos naquela oportunidade. Entretanto,

a exemplo dos países que estão nessa linha há muito mais tempo – em especial os Estados Unidos e alguns países da Europa –, não dá para cruzarmos os braços e esperarmos a evolução natural: há que se trabalhar duro e com muita dedicação na atividade regulatória. O caminho é longo e as agências têm de se preparar fortemente, ampliando seus recursos técnicos e financeiros e aprimorando a sua forma de regular.

Um bom pensamento com relação ao nosso futuro em regulação é não se esquecer de uma máxima do professor Bresser Pereira: “Em regulação não existe piloto automático”; o que significa dizer que se deve manter o controle da regulação manualmente, o tempo todo.

Agenda 2008-2009 da Abar

Para se ter uma ideia da atuação da Abar, é importante repassar a sua agenda de atividades para o biênio 2008-2009, prevista para tratar, entre outros, dos seguintes temas:

- Dar continuidade ao diálogo permanente com representantes dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário;
- Discutir as principais leis e marcos regulatórios e entre elas: a Lei Geral das Agências Reguladoras, a Lei do Gás Natural, o Marco Regulatório do Setor de Saneamento Básico depois da Lei Federal nº 11.445;
- Ampliar as parcerias existentes com a Frente Parlamentar do Congresso, Confederação Nacional das Indústrias (CNI), Câmara Americana de Comércio (Amcham), *Public Utility Resource Center* (Flórida), Banco Mundial (Bird) e Banco Interamericano (BID);
- Discutir e internalizar os resultados do relatório da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE);
- Dar continuidade à promoção de congressos, seminários e encontros nacionais e internacionais – como o VI Congresso da Abar a ser realizado em maio de 2009, no Rio de Janeiro;
- Avançar na organização do Centro de Estudos da Regulação;
- Ampliar a participação internacional – o Brasil preside a Associação dos Reguladores de Água e Esgoto das Américas (Aderasa);
- Ampliar, operar e manter o site www.abar.org.br.

Princípios e práticas regulatórias

Uma regulação efetiva e bem dimensionada tem importância vital na proteção e prosperidade da sociedade em geral. Ela protege a vulnerabilidade e o meio ambiente, promove a equidade e eleva o padrão de qualidade dos serviços. Além disso, a regulação é parte importante no contexto operacional dos negócios. Nesse sentido, a regulação deve promover a competição e dar segurança aos consumidores e às entidades reguladas na realização dos seus negócios.

Uma agenda de busca de melhorias da regulação deve conter elementos normativos mais efetivos no que diz respeito a sua concepção e a seu cumprimento, sem sobrecarregar os prestadores dos serviços com demandas que não são necessárias. Por outro lado, deve estar baseada em burocracia mínima, capaz de apoiar a produtividade e a prosperidade.

Após 10 anos de regulação no Brasil, no formato de agências reguladoras, a Abar entende que chegou a hora de dar um passo a mais: promover melhoria nas práticas regulatórias. Para isso, a Associação considera a possibilidade de haver princípios de ação de fácil assimilação que, no seu conjunto, representem uma plataforma de condutas com o objetivo de melhorar a qualidade da regulação.

Por outro lado, não é intenção da Abar esgotar o assunto, mas colocar em discussão um conjunto de princípios que, uma vez consolidado, possa ser utilizado em todos os níveis da administração pública federal, estadual e municipal, conforme se elencam a seguir.

Princípio 1 – De apoio ao desenvolvimento econômico

Os reguladores devem reconhecer que um elemento chave de sua atividade é o de permitir ou encorajar o desenvolvimento econômico e somente intervir, quando houver uma clara necessidade de proteção.

As condutas dos reguladores, para o cumprimento desse princípio, poderiam ser:

- Os reguladores devem considerar o impacto que as intervenções regulatórias podem ter sobre o desenvolvimento econômico, levando em

conta o custo, a efetividade e a percepção de justiça da regulação. Uma particular abordagem somente será adotada se os benefícios justificarem os custos e se os encargos regulatórios forem mínimos, compatíveis com os resultados a serem alcançados.

- Os reguladores devem rever e atualizar constantemente as suas intervenções e atividades, com o objetivo de remover ou reduzir os encargos regulatórios.

- Os reguladores devem considerar o impacto que suas intervenções regulatórias podem ter sobre as pequenas empresas, esforçando-se para assegurar que os encargos das intervenções sejam justos e proporcionais ao tamanho e à natureza das atividades dos agentes regulados.

Princípio 2 – Da análise de risco das intervenções

Os reguladores e o sistema regulatório como um todo devem elaborar uma análise consistente de risco de suas intervenções, de modo a priorizar os recursos nas áreas que mais necessitam.

As condutas dos reguladores, para o cumprimento desse princípio, poderiam ser:

- Os reguladores devem assegurar que a alocação dos seus esforços e recursos seja direcionada para as áreas onde a regulação é mais efetiva, em conformidade com a análise de risco dos resultados regulatórios. Devem também assegurar que a análise de risco antecipe e informe todos os aspectos de sua atividade regulatória, incluindo coleta de dados e outras informações necessárias, programas de inspeção, programas de apoio, além dos meios de coerção (*enforcement*) e sanções.

- A análise de risco deve ser baseada em todos os dados relevantes e de boa qualidade disponíveis. Deve considerar os efeitos combinados do impacto potencial do “não cumprimento” dos resultados regulatórios e a probabilidade do “não cumprimento”.

- Na avaliação da probabilidade do “não cumprimento”, os reguladores devem considerar os fatos relevantes, tais como: registros anteriores de descumprimento e potencial de risco no futuro; a existência de bons sistemas de gerenciamento de risco, em particular os existentes nos regulados;

evidência de reconhecimento externo quanto à credibilidade e competência gerencial, bem como vontade de cumprir a regulação.

- Os reguladores devem consultar e envolver os agentes regulados e as demais partes interessadas no projeto de suas metodologias de análise de risco, além de publicar os detalhes dessas metodologias.

- Os reguladores devem rever e melhorar as suas metodologias de análise de risco regulatório. Ao agir dessa maneira, os reguladores devem levar em consideração as informações colhidas junto aos agentes regulados e aos demais interessados.

Princípio 3 – Das informações e das orientações

Os reguladores devem fornecer, com autoridade, orientações de fácil entendimento e de baixo custo.

As condutas dos reguladores, para o cumprimento desse princípio, poderiam ser:

- Os reguladores devem assegurar que todas as solicitações de ordem legal, relacionadas às suas atividades, bem como as correspondentes alterações, sejam prontamente comunicadas ou disponibilizadas aos agentes regulados.

- Os reguladores devem fornecer informação geral, orientação e norma, de modo a ficar mais fácil para os agentes regulados compreenderem e atenderem às obrigações regulatórias. Tais informações, orientações e normas devem ser disponibilizadas em sua totalidade, em linguagem clara, concisa e acessível, usando os diferentes e apropriados formatos de mídia.

- Os reguladores devem envolver os agentes regulados no desenvolvimento do conteúdo e do estilo dos atos e normas de regulação. Devem analisar a efetividade dos seus serviços de informação de apoio pelo monitoramento do entendimento dos agentes regulados quanto aos atos de regulação, inclusive quanto aos custos de eventuais contratações de consultoria externa que o agente regulado tenha que fazer para atender às necessidades regulatórias.

- Os reguladores devem indicar as metas e práticas que os agentes regulados necessitam para atender à regulação. Tais práticas podem

apresentar diferentes formatos, como interações *tête-à-tête*, ajudas por telefone e guias on-line. Na determinação dos formatos mais apropriados, os reguladores devem buscar maximizar o atendimento do objetivo, o uso eficiente dos recursos, a acessibilidade e efetividade da prática. Pode inclusive haver a necessidade de os agentes regulados usarem especialistas ou consultores, a depender da complexidade das práticas.

- Quando oferecer orientações quanto ao cumprimento, os reguladores devem diferenciar as necessidades legais das orientações ou normas, com o objetivo de melhorar os padrões de desempenho. As orientações devem ser confirmadas por escrito, se solicitadas.

- Os reguladores devem fornecer os meios necessários para assegurar que os agentes regulados possam razoavelmente buscar e acessar as orientações do regulador sem que isso provoque o início de uma reação de coerção por parte do regulador. Em resposta, o regulador deve buscar primeiramente fornecer a orientação necessária para ajudar no cumprimento da regulação.

- Os serviços de orientação devem ser, geralmente, fornecidos sem custo. Dependendo das circunstâncias, os reguladores podem aplicar uma taxa para os serviços não caracterizados como normas e orientações básicas necessárias para ajudar no cumprimento. Os reguladores, no entanto, devem levar em conta as circunstâncias das pequenas empresas reguladas e de outros agentes quanto à necessidade de ajuda e apoio.

Princípio 4 – Das inspeções

Nenhuma inspeção deve ser feita sem um motivo bem definido.

As condutas dos reguladores, para o cumprimento desse princípio, poderiam ser:

- Os reguladores devem assegurar que as inspeções e outras visitas aos agentes regulados somente ocorram de acordo com a análise de risco realizada, exceto em circunstâncias em que as visitas são solicitadas pelos agentes regulados, ou quando o regulador age por necessidade específica.

- Os reguladores devem utilizar, de modo aleatório, somente aquelas poucas inspeções dedicadas a testar as suas metodologias de risco ou a efetividade de suas intervenções.

- Os reguladores devem dedicar os seus esforços de inspeção em determinados agentes regulados quando a análise de risco indicar, simultaneamente, que a brecha de cumprimento coloca em risco os resultados regulatórios e que a probabilidade de não cumprimento é alta por parte dos agentes regulados.

- Após visitas ou inspeções aos agentes regulados, é importante que os reguladores deem retornos positivos para encorajar e reforçar o uso das boas práticas. Os reguladores devem também dividir com os agentes regulados e outros reguladores as informações relacionadas com as boas práticas.

- Quando dois ou mais inspetores, do mesmo ou de diferentes reguladores, planejam inspeções em um único agente regulado, os reguladores devem dispor de acordos de colaboração para minimizar os encargos da regulação, por exemplo, mediante inspeções conjuntas ou coordenadas e troca de informações.

Princípio 5 – Da solicitação de dados e informações

Os agentes regulados não devem ter que dar informações desnecessárias ou as mesmas informações mais de uma vez.

As condutas dos reguladores, para o cumprimento desse princípio, poderiam ser:

- Quando determinarem os dados a serem solicitados aos agentes regulados, os reguladores devem fazer análise de custo e benefício. Devem considerar a redução de custos dos regulados pelos diferentes tipos de dados solicitados de acordo com a análise de risco; pela limitação do pedido a dados específicos de setores ou subsetores; pela redução da frequência da solicitação de dados; pela obtenção de dados de outras fontes; pela permissão de envio dos dados por meios eletrônicos; e pela requisição somente dos dados que sejam necessários para atender à análise de risco.

- Se dois ou mais reguladores solicitam idêntica informação dos mesmos agentes regulados, eles devem, se possível, compartilhar os dados para evitar a duplicidade de encargos.

- Os reguladores devem envolver os regulados na preparação das solicitações de dados para melhorar sua clareza e simplificação. Os reguladores

devem solicitar dados compatíveis com os processos dos agentes regulados, e que sejam similares à solicitação de outros reguladores.

Princípio 6 – Da capacidade de coerção (*enforcement*)

Os poucos prestadores de serviços, ou regulados que, de maneira persistente, deixam de cumprir com a regulação, devem ser identificados de imediato, para a aplicação das sanções a que correspondam.

As condutas dos reguladores, para o cumprimento desse princípio, poderiam ser:

- Os reguladores devem recompensar aqueles agentes regulados que, consistentemente, atingem bom nível de cumprimento, por meio de incentivos positivos, incluindo menor nível de inspeção e relatos menos onerosos, quando o risco justificar tais medidas. Os reguladores devem também considerar as características das pequenas empresas reguladas, inclusive as dificuldades de cumprirem as obrigações regulatórias.

- Quando da necessidade de atuar de maneira coercitiva, os reguladores devem, quando apropriado, discutir com os agentes regulados as circunstâncias, de modo a levar em conta tais informações na decisão quanto a melhor estratégia de ação. Essa particular conduta não se aplica diante da exigência de uma ação imediata para prevenir ou responder a uma falta grave, ou quando agir dessa maneira signifique frustrar os objetivos da ação de coerção proposta.

- Os reguladores devem assegurar que suas políticas de sanções e penalidades sejam consistentes com as finalidades de mudar o comportamento do regulado; eliminar ganhos ou benefícios financeiros de não cumprimento; levar em conta o estigma público associado à punição; ser proporcional à natureza da ofensa e ao prejuízo causado; restaurar o prejuízo causado pelo descumprimento da regulação, quando apropriado; e evitar descumprimentos futuros.

- Os reguladores devem agir em busca de dar publicidade a sua política de coerção; medir os resultados e não os produtos; justificar a escolha das opções associadas à imposição do cumprimento ano a ano aos interessados; acompanhar as ações coercitivas onde apropriadas; impor a

coerção de maneira transparente; ser transparente na aplicação das penalidades; e evitar incentivos perversos que possam influenciar na escolha da sanção.

- Os reguladores devem dar explicações claras de suas ações coercitivas no momento em que são realizadas. As razões devem ser confirmadas por escrito na primeira oportunidade que houver. Pedidos de revisão e reconsideração devem ser atendidos com a idêntica presteza.

- Os reguladores devem permitir que seus inspetores e técnicos interpretem e apliquem as políticas regulatórias e de coerção de maneira justa e consistente com situações similares. Por outro lado, os reguladores devem estar seguros de que os seus inspetores e técnicos interpretam e aplicam corretamente a regulação.

Princípio 7 – Da transparência na prestação de contas (*accountability*)

Os reguladores devem ser verificados quanto à eficiência e efetividade de suas ações (accountability), mantida a independência nas suas tomadas de decisão.

As condutas dos reguladores, para o cumprimento desse princípio, poderiam ser:

- Os reguladores devem criar oportunidades de consulta e de retroalimentação de modo a permitir uma relação cooperativa com os regulados e outros interessados.

- Os reguladores devem identificar e explicar o principal risco que estão correndo. Eles devem, em consulta com os agentes regulados e outros, ajustar e publicar padrões e metas dos serviços do regulador e de sua performance. Esses padrões devem incluir os resultados regulatórios (capturando os principais riscos); os custos das intervenções regulatórias aos agentes regulados; e as percepções dos reguladores e outros acerca da proporcionalidade e efetividade dos métodos e custos regulatórios.

- Os reguladores devem medir seu desempenho com relação aos padrões e publicar regularmente os resultados. Para ajudar na compreensão, os reguladores devem também explicar como tais resultados são medidos.

- Os reguladores devem assegurar que seus técnicos atendam com cortesia e eficiência os regulados e outros agentes. Devem levar em conta os comentários desses agentes com relação ao comportamento e à atividade dos inspetores e demais técnicos do regulador.

- Os reguladores devem dispor de procedimentos efetivos na hora certa, que sejam facilmente acessíveis aos agentes regulados e outros. Eles devem dar publicidade a seus procedimentos de revisão, com detalhes do processo e prazos de solução.

Conclusão

Depois de 10 anos de regulação no Brasil, no formato de uso de agências reguladoras, com variados graus de autonomia de decisão, a Abar entende que é o momento de avançar nos aspectos qualitativos da regulação, tendo em vista as dezenas de agências em operação no Poder Executivo.

As práticas regulatórias, traduzidas em condutas neste trabalho, podem fazer parte de um Código de Princípios dos Reguladores, de modo a se estabelecer uma plataforma comum de ação. Considera a Abar que agindo dessa maneira as agências reguladoras serão mais bem percebidas pelos agentes regulados, consumidores, usuários e sociedade em geral.

Revestem-se de grande importância as condutas dos reguladores voltadas às análises de impacto e de risco de suas intervenções, à capacidade de coerção dos reguladores (*enforcement*), bem como à transparência na prestação de contas dos reguladores (*accountability*).

Acredita-se que, com isso, os três níveis de governo – União, estados e municípios – sentir-se-ão mais motivados a avançar nesse campo ampliador do foco na regulação, como parte de um programa de modernização da administração pública. A implantação dessa plataforma exigirá treinamento específico do pessoal das agências reguladoras.

A iniciativa do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, na forma do Seminário sobre a Regulação: Teoria e Prática, insere-se neste contexto. Exatamente nesse mesmo sentido, a Abar está se movimentando, com rapidez, para colocar em operação o seu Centro de Estudos em Regulação.

Por fim, é importante dizer que o código indicado neste trabalho existe e foi colocado em discussão pública na Inglaterra, em fins de dezembro de 2007, pelo *Department for Business Enterprise & Regulatory Reform (BERR) – Regulator’s Compliance Code – Statutory Code of Practice for Regulators*².

Reafirma-se, pois, que ampliar essa discussão internacional no âmbito da comunidade técnica responsável pela regulação no Brasil certamente contribuirá com a qualidade, a eficiência e o amadurecimento da intervenção regulatória nacional.

Notas

- ¹ Associação Brasileira de Agências Reguladoras (ABAR). Regulação faz 10 anos no Brasil. *Revista Abar* – Publicação comemorativa dos 10 anos de regulação, Abar, São Paulo, nov. 2007.
- ² O código aqui citado foi colocado em consulta pública em meados do ano e aprovado em 17 de dezembro de 2007. Quando da elaboração da presente palestra, em *PowerPoint*, em junho de 2008, somente se dispunha da consulta inicial.

Referências bibliográficas

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS REGULADORAS (Abar), disponível em: <http://www.abar.org.br>. Acesso em: mar.2009.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS REGULADORAS (Abar). Regulação faz 10 anos no Brasil. *Revista Abar* – Publicação comemorativa dos 10 anos de regulação, Abar, São Paulo, nov. 2007.

DEPARTMENT FOR BUSINESS ENTERPRISE & REGULATORY REFORM (BERR). *Regulators Compliance Code – Statutory Code of Practice for Regulators*; 17 dez. 2007. Disponível em: www.berr.gov.uk/files/file44636.pdf. Acesso em: jun. 2008 e mar. 2009.

PINHEIRO, Ricardo Pinto. Apresentação em *Power Point* da Abar. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Brasília, jul. 2008.

* Ricardo Pinto Pinheiro é diretor da Associação Brasileira de Agências de Regulação (Abar) e diretor-presidente da Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento Básico do Distrito Federal (Adasa).

A VOZ DOS CONSUMIDORES NAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Marilena Lazzarini

Introdução

O papel de uma agência reguladora ou órgão público regulador é buscar um equilíbrio entre os interesses dos consumidores, empresas e governos e oferecer à sociedade melhores condições de vida e desenvolvimento. O consumidor, por ser o beneficiário dos diferentes serviços regulados, deveria estar no centro do processo regulatório e dele participar ativamente, contribuindo para o equilíbrio das forças de mercado.

Nos sistemas democráticos, participar é um direito. Os consumidores devem participar e a sua participação é necessária, e não apenas circunstancial ou arbitrária. Infelizmente, estamos muito distantes dessa realidade em nosso país. Mudar essa situação requer a adoção de políticas públicas e mecanismos que criem condições favoráveis ao fortalecimento da mobilização da cidadania para a defesa dos seus legítimos direitos e interesses.

Contextualização: regulação na ótica do cidadão consumidor¹

A emissão de normas e regulamentos, a fiscalização de setores, serviços e produtos e a regulação do mercado são atividades inerentes e prerrogativas do Estado. Pelo adequado exercício dessa função, os governos podem proporcionar – à sociedade em geral e aos consumidores em particular – produtos e serviços seguros, de qualidade e com preços módicos, podem evitar práticas predatórias e desleais de concorrência e de domínio do

mercado, bem como permitir a inclusão da população mais carente no mercado. Em suma, podem contribuir para promover o desenvolvimento social e econômico da população e do país. Ou, no sentido inverso, podem prejudicar toda a sociedade, caso essa função não atinja seus propósitos, permitindo que apenas interesses restritos sejam protegidos e beneficiados.

Iniciando-se nos anos 1980 e aprofundando-se na década seguinte, o Brasil e outros países da América Latina assistiram a uma profunda mudança no papel do Estado. Esse processo ocorreu motivado tanto por fatores internos – tais como o combate à hiperinflação e a democratização, que resultou no aumento das demandas sociais – quanto por fatores externos, entre os quais podemos citar a globalização dos mercados, as condições impostas por organismos multilaterais para obtenção de empréstimos pelo país, as crises das dívidas externas e a necessidade de atração de investimentos. Nessas mudanças, houve uma combinação de aspectos fiscais (desajustes nas contas públicas) e de reorientação ideológica sobre qual deveria ser o papel do Estado².

Cabe destacar igualmente que a década de 1990 marcou, para os brasileiros, a aprovação do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11/09/1990), que estabeleceu de forma clara os direitos básicos dos consumidores e os instrumentos para a proteção desses, entre eles o reconhecimento do princípio da vulnerabilidade.

A primeira grande reforma administrativa do período democrático recente foi o “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, preparado pelo então Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado e divulgado no final de 1995. Declarava como propósitos³, entre outros, aumentar a efetividade da ação governamental; aperfeiçoar a democracia, ampliando a transparência e a participação da sociedade; incentivar o desenvolvimento econômico, promovendo estabilidade regulatória e atraindo investimentos privados; e diminuir a pobreza e as grandes desigualdades sociais do Brasil.

As principais consequências dessas mudanças foram a privatização e a concessão de serviços públicos que eram prestados por empresas estatais. Assim, o Estado alterou a forma e a ênfase de sua atuação, deixando de ser provedor direto de bens e serviços para atuar na regulação desses. Mas

isso não mudou a responsabilidade estatal, pois a maioria dos serviços e bens oferecidos requer a atuação do governo para fiscalizar, guiar, corrigir e suplementar as falhas do sistema de mercado, como a falta de competição, a assimetria de informação e a vulnerabilidade do consumidor. Ainda, o Estado brasileiro deve enfrentar a pobreza e as desigualdades sociais, buscando universalizar o acesso aos serviços públicos. Portanto, a atuação do governo deve buscar o equilíbrio entre os interesses econômicos e os interesses e necessidades da sociedade.

Podem-se distinguir três diferentes ações exercidas pelo governo para promover esse equilíbrio no mercado. A primeira delas é a *regulação econômica*, que se refere aos aspectos econômicos de funcionamento do mercado. Ou seja, relaciona-se à busca para “conciliar as características inerentes à produção sob propriedade privada e o respeito a certas regras de mercado, com a necessidade de restringir a autonomia das decisões dos agentes privados, nos setores onde o interesse público é particularmente relevante”⁴, como é o caso do provimento de serviços públicos.

Outra forma de atuação, por vezes complementar à primeira, é a *regulamentação técnica*, que trata da definição de normas e padrões para o provimento de bens e serviços, relacionados a aspectos de segurança, qualidade e oferta (inclusive a publicidade). A regulamentação técnica é complementada pela *fiscalização*, que é a verificação do cumprimento das regras a que as empresas estão sujeitas e a aplicação de penalidades no caso de infrações.

A atuação reguladora do Estado é colocada em prática pelos seus órgãos administrativos executivos. Estes órgãos podem ter vários formatos institucionais, tais como ministérios, secretarias, autarquias, agências, grupos especiais, entre outros. As agências reguladoras são apenas um dos possíveis formatos.

Inúmeros órgãos públicos – como algumas secretarias do Ministério da Agricultura, o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Inmetro), as vigilâncias sanitárias, entre outros – têm competências características de regulação, emissão de regulamentos e fiscalização, afetando significativamente o mercado e as relações de consumo. Para os consumidores, assim como as agências reguladoras, esses órgãos são igualmente relevantes e devem ser pautados pelos princípios de transparência e controle social.

Com a proposta de reforma do aparelho estatal apresentada na primeira gestão do presidente Fernando Henrique Cardoso, a promulgação da Lei das Concessões (Lei nº 8.987 de 13/02/1995) e a privatização de setores como a energia elétrica (iniciada em 1995) e a telefonia (1998), criaram-se as primeiras agências reguladoras brasileiras. Estudiosos da regulação nacional (SANTANA, 2002; FALCÃO MARTINS, 2002) identificam três gerações de agências. A primeira (1996/1997), relacionada com a privatização e a quebra do monopólio do Estado, inclui a criação da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e da Agência Nacional do Petróleo (ANP), com a missão primordial de monitorar a qualidade dos serviços e o cumprimento dos contratos com as operadoras quanto à oferta desses serviços, além de definir preços e tarifas de acordo com os princípios estabelecidos em contrato.

A geração seguinte está mais relacionada à busca de melhor eficiência e modernização do aparelho de Estado e surge no período 1999/2000, com a criação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que fiscalizam padrões de oferta e qualidade de serviços e monitoram preços, operando em mercados mais abertos e competitivos. Ressalte-se que ambas são vinculadas ao Ministério da Saúde.

A terceira geração (2000/2002) é marcada pela diversidade de finalidades e a perda do referencial inicial de regulação de mercados na sua transição para maior competição – como os casos da Agência Nacional de Águas (ANA) e a Agência Nacional do Cinema (Ancine) –, apesar de instituições como a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquáticos (Antaq) ainda cultivarem características de regulação de mercado das agências da primeira geração. Recentemente foi criada a primeira agência reguladora do Governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, a Agência Nacional de Aviação Civil (Lei nº 11.182, de 27/09/2005). Também houve criação e proliferação de agências nos estados e até nos municípios, muitas vezes inapropriadamente, com estruturas precárias e grandes deficiências de transparência e controle social.

As agências reguladoras possuem peculiaridades em relação aos outros órgãos da administração pública. As principais são a autonomia –

decisória, operacional e orçamentária, inclusive com receitas próprias – e a estabilidade dos seus dirigentes, que na maioria são indicados pelo presidente e aprovados pelo Senado. Características adicionais, que também estão presentes em outros órgãos governamentais, devem ser ressaltadas nas agências, como a capacidade e a especialização técnica; a transparência de procedimentos e emprego de mecanismos ágeis e eficientes para participação dos interessados na regulamentação; a publicidade da atuação, com disponibilidade de informação e dados dos setores e das empresas regulados, de forma que a sociedade possa acompanhar a atuação do órgão; e a existência de mecanismos de controle que permitam responsabilizá-las perante a sociedade, evitando sua captura por interesses restritos e melhorando seu desempenho.

Esse contexto trouxe uma série de possíveis consequências para os cidadãos e para os consumidores, que podem ser divididas entre potenciais benefícios e riscos. Sem o acompanhamento atento dos cidadãos e do governo, os benefícios podem não ser atingidos e ser suplantados pelos riscos.

Os benefícios potenciais seriam: a melhoria de bens e serviços, pela ampliação da capacidade governamental de regular o setor; mais efetividade na fiscalização e na repressão de abusos devido à especialização dos órgãos; maior transparência e participação da sociedade na definição dos regulamentos e na atuação do órgão regulador. Quanto aos riscos, os principais seriam: a fragmentação da proteção ao consumidor e da repressão aos abusos, com órgãos assumindo funções para as quais não estão preparados; a ausência de coordenação entre os órgãos, deixando lacunas e superposição de atividades; a captura pelos entes regulados, levando ao protecionismo e prejudicando os consumidores e o mercado; finalmente, a ênfase excessiva aos aspectos econômicos ou técnicos em detrimento dos direitos dos consumidores e da inclusão social.

Lamentavelmente, essa profunda mudança na estrutura da máquina governamental, com a criação de agências, de modo geral, foi marcada pela inexistência de debate sobre as prioridades políticas, sobre o acesso e a universalização de serviços públicos; pela ausência de marcos regulatórios claros; e pela falta de definição dos mecanismos de transparência e de

controle social e político. Nem os princípios básicos das agências, como a transparência e a participação, foram adequadamente definidos por uma lei específica, o que ocasionou uma grande diferença entre as formas de atuação desses órgãos. Na maioria dos casos, não houve esclarecimento público sobre o papel dos órgãos criados, o que aumenta a dificuldade para os cidadãos monitorarem o seu desempenho.

As instituições de proteção e defesa do consumidor, governamentais e não governamentais, ficaram praticamente excluídas desse debate. Uma das consequências disso é a quase total ausência de mecanismos de coordenação entre as agências e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, previsto pelo Código de Defesa do Consumidor (artigos 105 e 106), fato que agrava as dificuldades do consumidor brasileiro duas décadas depois.

Há um longo caminho a ser percorrido para que se chegue a uma situação de equilíbrio nas relações de consumo, e a inadequada regulação certamente contribui para isso. Um sintoma é a enorme e sempre crescente quantidade de reclamações levadas pelos consumidores aos organismos públicos de proteção ao consumidor em todo o país (Procons), cuja maior parte está relacionada a problemas dos consumidores nos setores regulados por agências. Da mesma forma, a excessiva judicialização dos conflitos de consumo, que contribui para congestionar os tribunais do país. Esses sintomas evidenciam a necessidade de mecanismos preventivos mais eficazes, entre os quais está a regulação mais efetiva para o consumidor.

Organismos de proteção e defesa do consumidor no país: avanços e desafios

A partir da década de 1970, o tema da defesa do consumidor passou a ter repercussão pública no Brasil, em função da ampliação do mercado de consumo em massa no país e também da repercussão dos intensos debates sobre essa temática que aconteciam nos Estados Unidos, já desde os anos 1960. Ficou, então, evidente a necessidade de instituições públicas e civis voltadas à proteção e defesa do consumidor. Em 1976, surgiu a

primeira instituição governamental, o Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor (atualmente Fundação Procon), em São Paulo, com essa finalidade. A mobilização da sociedade em torno de organizações civis, contudo, não encontrava um ambiente favorável durante o período ditatorial. A partir da retomada da democracia, na segunda metade dos anos 1980, os movimentos sociais, até então unidos na campanha pela redemocratização, passaram a mobilizar-se em torno da defesa do meio ambiente, dos direitos das minorias, dos direitos do consumidor, entre outros itens da agenda democrática.

Passadas três décadas, os avanços obtidos podem ser considerados significativos, especialmente a partir da promulgação da nova Constituição Federal, em 1988, e da aprovação, em setembro de 1990, do Código de Defesa do Consumidor. Inúmeros Procons estaduais foram implantados, além de centenas de órgãos similares no âmbito municipal. Várias associações civis foram fundadas, entre elas o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec). Entretanto, a maioria delas ainda enfrenta grandes dificuldades para se consolidar institucionalmente, especialmente pela natureza da sua atuação, que requer a independência de interesses econômicos e político-partidários. Esse princípio ético dá legitimidade e força a tais instituições, mas as restrições impostas à sua sustentação representam enormes desafios a serem superados.

Aqui, como em muitos outros países em desenvolvimento, a construção da cidadania e da democracia é um processo que se iniciou tardiamente e ainda está em andamento. Ao lado disso, o cenário econômico de liberalização, as novas tecnologias de informação e comunicação, entre outras mudanças, trouxeram enormes desafios para os novos atores sociais que agem na proteção e defesa do consumidor.

De forma particular, o processo de privatização de vários serviços essenciais, iniciado na segunda metade da década de 1990, e a subsequente implantação de agências reguladoras, trouxe novas complexidades para a já carregada agenda desses organismos, tanto os governamentais quanto os não governamentais. De sua parte, o Estado brasileiro também era pouco experiente em relação à cultura regulatória. Em decorrência de processos de regulação ineficientes, têm sido muitos os percalços para todos os

segmentos envolvidos, especialmente para o consumidor, que dentre todos tem sido a voz mais fraca e quase nada ouvida.

A atuação do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) em regulação

A necessidade de compreender melhor os diferentes aspectos relacionados à regulação e à regulamentação já vinha paulatinamente sendo introduzida na agenda do Idec desde a segunda metade da década de 1990, à medida que a instituição aprofundava sua atuação na regulamentação técnica da qualidade e segurança de produtos e serviços, especialmente dos serviços públicos essenciais. No entanto, mudar de patamar para atuar em políticas públicas frente a inúmeros agentes públicos, em um cenário complexo, e de forma especial, no tema da regulação e papel das agências reguladoras, representava um salto significativo, quase intransponível, diante dos escassos recursos.

Para enfrentar essa realidade, o Idec contribuiu ativamente na criação do Fórum Nacional das Entidades Cíveis, em 1998, visando ao fortalecimento de outras entidades cíveis de defesa do consumidor e a sua atuação articulada nos diferentes estados do país. Ao lado disso, buscou recursos para ampliar a participação do consumidor nos processos regulatórios e fortalecer institucionalmente as organizações cíveis. Entre outras iniciativas, enviou para o BID, em 2002, um projeto com essa finalidade, aprovado no final de 2007, e apresentado adiante.

Outra estratégia desenvolvida em 2002 foi a definição de uma metodologia para avaliar o desempenho de órgãos e agências reguladoras federais, sob a ótica do consumidor. Nela, considera-se que todos e quaisquer órgãos públicos, cuja atuação impacta os consumidores, devem pautar as suas ações pelas diretrizes de *Transparência e Controle Social* (acesso às informações sobre a atuação do órgão e sobre o setor, incluindo a existência de mecanismos que permitam ao consumidor conhecer e participar do processo decisório da regulamentação do setor); *Capacidade e Efetividade* (atuação efetiva do órgão na execução das suas atividades visando ao aperfeiçoamento do setor regulado e à proteção do consumidor); e *Comprometimento com a Sociedade e com os Consumidores*

(reconhecimento do papel que o órgão exerce e sua importância em relação à sociedade brasileira e aos consumidores).

Essa metodologia foi aplicada em 2003, 2004 e 2006, e apresentada na forma de um *ranking*, que permitia avaliar a evolução de setores econômicos relevantes para o consumidor, nos quais o Idec atuasse e tivesse experiência acumulada, assim como avaliar a atuação das instituições governamentais responsáveis por esses setores. Compunham o *ranking* quatro agências reguladoras (Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel, Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa); duas autarquias (Banco Central e Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – Inmetro); e uma secretaria (Secretaria de Defesa Agropecuária, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – SDA/Mapa).

O *ranking* tinha como objetivo evidenciar as expectativas do consumidor em relação às agências e órgãos reguladores, pela definição de um *benchmarking* que permitisse comparar essas instituições e contribuir para o seu aperfeiçoamento. Outro objetivo era o de tornar mais claras para a sociedade as funções e responsabilidades desses órgãos e os meios para acessá-los.

A metodologia previa a avaliação de 32 parâmetros relacionados com a *transparência e configuração institucional* dessas instituições (existência de canais institucionalizados e condições para a participação dos consumidores; transparência de atos, procedimentos e processos decisórios; acesso à informação e resultados da ação dos órgãos; divulgação do órgão e mecanismos de contatos). Em um segundo bloco era avaliada a *efetividade na atuação para o consumidor* de cada uma dessas instituições (emissão de regulamentos, efetividade da fiscalização e repressão aos abusos e infrações cometidos). No anexo 1, a metodologia aqui mencionada é apresentada de maneira mais detalhada.

A estratégia de divulgação de um *ranking* das agências reguladoras tem contribuído para demonstrar que as necessidades e os interesses do consumidor devem estar no centro do processo de regulação e que ele deve participar e contribuir nesse processo. Isso já acontece de forma

sistemática em países com sistemas democráticos mais amadurecidos, onde os interesses dos diferentes segmentos – inclusive o dos consumidores – devem estar representados nas diferentes instâncias de análise, desenho, elaboração, gestão, decisão e execução das políticas públicas e demais atos do governo.

Aqui é evidente o desequilíbrio entre a capacidade de participação dos setores regulados *vis à vis* a das organizações de consumidores. Os primeiros dispõem de recursos técnicos e financeiros e, portanto, têm maior acesso às agências, ao passo que nas organizações esses recursos são muito limitados, ou mesmo inexistentes. Logo, devem ser buscados mecanismos e implementadas ações para viabilizar essa participação. Consumidores mais preparados contribuirão para decisões de melhor qualidade, mais equilibradas.

A maior parte das organizações civis filiadas ao Fórum Nacional de Entidades Civas de Defesa do Consumidor, não obstante tenham reconhecimento público e grande visibilidade nas atividades de atenção ao consumidor, são ainda frágeis em relação à sustentação econômica e recursos disponíveis, o que compromete a qualidade da sua participação em temas mais complexos. Mesmo os organismos públicos têm limitações para atuar nessa esfera, sendo que a maioria dos Procons foca seus esforços no atendimento, orientação e solução de reclamações apresentadas pelos consumidores. Essa condição limita sobremaneira a defesa dos interesses e necessidades das camadas mais carentes da população, que praticamente não têm acesso a tais organismos.

A experiência do Idec permite vislumbrar que, da parte das organizações de consumidores, para que essa participação seja efetiva, é preciso desenvolver ou incorporar várias competências e habilidades: conhecer os aspectos técnicos e legais, as instituições e agentes envolvidos em cada tema específico; produzir informação especializada com o viés do consumidor; traduzir essa informação para o público leigo; capacitar lideranças; elaborar propostas bem fundamentadas e saber defendê-las nos vários fóruns técnicos e políticos, construindo alianças estratégicas, entre outras. Além disso, o fortalecimento institucional é requisito para tornar essa participação efetiva.

O Projeto BR-M1035, apoiado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID)

Em agosto de 2007, foi aprovado o projeto Fortalecimento da Capacidade Técnica da Participação Social na Regulação (BID BR-M1035), cujo objetivo central é contribuir para o equilíbrio das forças de mercado, por meio do fortalecimento da participação da sociedade nos processos de regulação. Suas atividades foram iniciadas em janeiro de 2008, devendo ter a duração de três anos. Estão organizadas em quatro componentes, a saber:

a) Fortalecimento dos mecanismos e espaços de participação dos consumidores nos processos de regulação, com o objetivo específico de aprimorar as instâncias de articulação entre as organizações de consumidores e as agências reguladoras.

Está previsto o mapeamento de seis agências reguladoras brasileiras em seus diferentes modelos de atuação com relação à participação de consumidores, bem como o de experiências internacionais, visando identificar mecanismos efetivos e inovadores em relação à participação dos consumidores. Essas atividades serão desenvolvidas por consultores externos. Um terceiro diagnóstico mostrará a condição de atuação das organizações civis e governamentais em regulação e seu perfil institucional.

Os resultados desses estudos deverão ser apresentados em um *workshop*, que contará com a presença de agências reguladoras e instituições do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, ocasião em que serão construídas propostas de aperfeiçoamento.

Outra importante atividade a ser desenvolvida no âmbito desse componente é a estruturação de um banco de informações sobre regulação, consultas e audiências públicas, a ser incluída no *website* do Idec.

b) Desenvolvimento e implantação de dois projetos-piloto com duas agências federais, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), com os objetivos de fortalecer os mecanismos de participação social nos processos regulatórios, melhorar a interlocução com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, aprimorar os processos de consultas e audiências públicas, melhorar o

accountability e, finalmente, gerar experiências positivas que possam ser multiplicadas para outras agências reguladoras.

Para o desenvolvimento das atividades previstas nesse componente, foram formalizados protocolos de cooperação entre as duas agências e o Idec, buscando construção de propostas voltadas ao fortalecimento dos processos de comunicação entre as agências-piloto e as organizações de consumidores, o que já foi produzido no *workshop* mencionado. Complementarmente, essas propostas serão detalhadas de forma específica para cada uma das agências-piloto, em outros dois *workshops* subsequentes.

Outra atividade prevista é a capacitação das agências-piloto em legislação de defesa do consumidor e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, a ser realizada em parceria com a Escola Nacional de Defesa do Consumidor, do Ministério da Justiça, os Procons (órgãos públicos de defesa do consumidor) e Ministérios Públicos do Consumidor. As organizações de defesa do consumidor serão capacitadas em regulação e em aspectos específicos relacionados aos dois setores regulados pelas agências-piloto.

Também serão desenvolvidos vários projetos de testes e pesquisas de produtos e serviços controlados pelas agências-piloto, em parceria com as organizações civis participantes do projeto, com o intuito de capacitá-las tecnicamente nessa matéria.

c) Fortalecimento das organizações civis de defesa do consumidor, com o objetivo de melhorar a sua capacidade técnica e institucional. Além da capacitação em regulação já mencionada, a partir de um diagnóstico das necessidades e competências técnicas e institucionais de organizações filiadas ao Fórum Nacional de Entidades Civis de Defesa do Consumidor, serão selecionadas as entidades que participarão de um programa específico de desenvolvimento institucional. Para acompanhar o desenvolvimento das atividades nesse componente, deverá ser constituído um grupo de trabalho com representantes das duas agências reguladoras, das organizações de defesa do consumidor, da Casa Civil e do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça (DPDC/MJ).

d) Informação e Educação para o Consumo, com os objetivos de informar o papel das agências reguladoras e os direitos básicos nos setores

regulados e contribuir para a divulgação do trabalho desenvolvido pelas entidades de consumidores.

O projeto BID BR-M1035 tem interface com o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG), do governo federal, coordenado pela Casa Civil, e a sua implementação depende de inúmeras articulações interinstitucionais. Logo no seu início, foi formado um comitê consultivo que conta com a participação da Casa Civil da Presidência da República, do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC/MJ), da Associação das Agências Reguladoras (Abar), do Ministério Público do Consumidor (MPCON), do Fórum dos Procons e do Fórum Nacional das Entidades Cíveis de Defesa do Consumidor (FNECDC).

Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec)

O Idec é uma organização não governamental, independente de empresas e partido políticos, sem fins lucrativos, fundada em 1987. Seus principais objetivos são: contribuir para o equilíbrio nas relações de consumo; para a melhoria dos padrões de qualidade dos produtos e serviços; para a implementação de legislações de proteção do consumidor; para a promoção de uma melhor qualidade de vida, especialmente no acesso aos bens e serviços básicos para as camadas mais vulneráveis da população, bem como para o fortalecimento da democracia, pelo estímulo à conscientização e participação social. Para o Idec, o conceito de consumidor não se restringe àqueles que participam do mercado, abrangendo também aqueles que não têm acesso a bens e serviços essenciais, por falta de poder aquisitivo.

Para atingir os seus objetivos, o Idec produz estudos e pesquisas, sendo que mais de 250 testes envolvendo mais de 4 mil produtos e serviços já foram publicados, além de dezenas de estudos sobre política e relações de consumo. Essa experiência, além de propiciar a oferta de informações úteis e confiáveis para os consumidores, tem fundamentado a atuação do Idec em políticas públicas em inúmeros temas. Apenas para ilustrar, cabe citar o exemplo do estudo “A convergência tecnológica no setor de telecomunicações e os direitos do consumidor”,⁵ produzido com o objetivo de influenciar a definição de políticas desse setor, que passa por mudanças profundas que poderão influenciar as

relações de consumo, em prejuízo do consumidor, caso adequados instrumentos regulatórios não sejam implementados. Essa atuação tem resultado em benefícios concretos para os consumidores, como a retirada de centenas de produtos fraudados e inseguros do mercado. Na publicação “Idec – 20 anos construindo a cidadania” tais avanços estão relatados⁶.

O Idec realiza ainda campanhas, mobilizando a opinião pública e pressionando as empresas e governos a promoverem aprimoramentos nas relações de consumo. Contribui para introduzir nas escolas os conteúdos de educação para o consumo, por meio de materiais pedagógicos para professores. Participa de fóruns nacionais e internacionais que definem políticas públicas de interesse do consumidor⁷. Publica, desde 1995, uma revista mensal, a *Revista do Idec*, e disponibiliza informações em seu *website* (www.idec.org.br), bem como em inúmeras outras publicações. Além disso, representa os interesses do consumidor perante o Poder Judiciário com ações para a defesa de interesses coletivos e/ou difusos.

Os temas prioritários na agenda institucional são alimentos e nutrição, bancos e serviços financeiros, serviços públicos (energia elétrica, telecomunicações, água), saúde (medicamentos, seguros e planos, e saúde pública), qualidade e segurança de produtos e serviços, consumo sustentável e responsabilidade social empresarial.

É membro do conselho eleito da *Consumers International* e do conselho diretor do Fórum das Entidades Civas de Defesa do Consumidor (FNECDC). É também filiado ao Conselho Latino-americano e Caribenho de Organizações de Consumidores (OCLAC) e à Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais (Abong). Rege-se pelos princípios da *independência, transparência e democracia, solidariedade e compromisso social*, propugnados pelo FNECDC.

O Idec conta com uma equipe multidisciplinar de 70 funcionários, além de vários voluntários. Sua receita anual em 2008 foi de R\$ 4,6 milhões, sendo 70% dos recursos oriundos de fontes próprias, principalmente dos associados, e 30% de projetos apoiados pela cooperação internacional (Novib/Oxfam, Fundação Ford, *Social Science Research Council*, *Open Society Institute*) e BID, bem como por fundos públicos nacionais (Fundo de Defesa de Direitos Difusos – FDD). Suas contas são auditadas anualmente por auditoria independente.

ANEXO

METODOLOGIA DA AVALIAÇÃO DO IDEC (APLICADA EM 2006)⁸

Itens avaliados

Avaliação da Transparência e Configuração Institucional

A avaliação da configuração institucional dos órgãos é composta por quatro itens. A nota final de cada um desses itens é a soma ponderada dos subitens que o compõem, de acordo com a importância relativa de cada um destes para o consumidor. Ao todo, foram conferidos 32 diferentes subitens. Para cada um deles foi verificado o atendimento aos critérios estabelecidos e dada uma nota que podia variar conforme a Tabela 3.

Tabela 3: Critérios para notas dos subitens da parte de “Transparência e Configuração Institucional”

Avaliação dos subitens	Nota
Não atende ao critério estabelecido ou não foram encontradas evidências	0
Atende parcialmente ao critério estabelecido.	0,5
Há evidências de que atende satisfatoriamente ao critério estabelecido.	1

Para a atribuição das notas foram pesquisados dados primários e informações nos sites das agências, nos veículos de imprensa, em pesquisas bibliográficas, nos relatórios dos próprios órgãos e no material enviado ao Idec. Algumas instituições fizeram comentários específicos sobre os itens avaliados; nesse caso, as observações pertinentes foram consideradas na avaliação final.

Essa divisão e os itens elencados para verificação podem ser comparados entre os diversos órgãos, respeitando-se as suas peculiaridades. Assim, por exemplo, na pontuação das instâncias para participação dos consumidores (item 1.3) podem ser consideradas tanto a participação formal no conselho consultivo (caso da Anatel), quanto a existência de comissões externas (caso do Inmetro e do Comitê Brasileiro de Metrologia). Neste exemplo, além da existência da instância, é considerado também o seu funcionamento.

Cada subitem teve uma ponderação diferenciada, conforme entendemos ser a relevância daquele aspecto para o consumidor e para a sociedade. A soma das notas em cada um dos itens integraliza 100%, ou seja, se o órgão atender a todos os critérios estabelecidos cumpre o máximo daquele aspecto. As ponderações atribuídas estão entre colchetes na tabela abaixo:

Tabela 4: Itens e subitens, critérios da avaliação de “Transparência e Configuração Institucional”

Item/Subitem	Observações/Critérios de Avaliação	
1. Existência de canais institucionalizados e condições para a participação dos consumidores nas decisões e no controle: <i>Verificação das instâncias e mecanismos que deem condições para o consumidor participar e acompanhar as ações e decisões dos órgãos</i>		
1.1. Ouvidoria, com relatórios atualizados e disponíveis [15%]	O relatório da ouvidoria deve apontar aspectos que precisam ser aperfeiçoados na atuação do órgão. Só será considerada ouvidoria a que disponibilizar informações ao público externo. O período mínimo aceitável de atualização é de um ano.	
1.2. Sistemas independentes de avaliação da agência [15%]	Os documentos de avaliações externas (ministérios, TCU, auditorias...) devem estar disponíveis ao público ou haver indicação de sua existência e disponibilidade aos interessados.	
1.3. Conselhos	1.3.1. Conselhos e instâncias com participação dos consumidores [20%]	Existência de conselhos ou outras formas institucionalizadas e operantes de participação dos consumidores na estrutura interna do órgão ou em instâncias que afetem o direcionamento dele.
	1.3.2. Disponibilidade de calendário de reuniões, atas e documentos dos conselhos [15%]	O calendário e as atas devem estar atualizados.
	1.3.3. Escolha dos representantes aberta e transparente [5%]	Critérios, processo de escolha, decisão e mandatos devem estar disponíveis.
1.4. Audiências e debates públicos descentralizados [15%]	Realização rotineira de debates ou audiências públicas sobre temas tratados pelo órgão que sejam de relevância para os consumidores.	
1.5. Apoio, recursos, financiamento e realização de workshops [15%]	Verificação da realização de atividades sistemáticas e programadas de capacitação de consumidores e órgãos de proteção.	

2. Transparência de atos, procedimentos e processos decisórios: <i>Acesso à informação que permita acompanhar as propostas de regulamentação e as posições dos envolvidos, assim como o embasamento das decisões do órgão.</i>		
2.1. Realização de consultas públicas	2.1.1. Consulta como procedimento padrão para emissão de regulamentos e/ou reajustes [15%]	Verificar a realização de consultas públicas no último ano. Houve emissão de regulamentos relevantes para o consumidor sem realização de consulta pública? Indicador: emissão de regulamentos x consultas realizadas.
	2.1.2. Prazos e mecanismos de participação [10%]	Os prazos e procedimentos devem facilitar a participação e o envio de colaborações de forma simplificada.
	2.1.3. Acesso às consultas e documentos relacionados [5%]	O acesso deve ser facilmente localizável e permitido a partir da primeira página do site.
2.2. Informações disponíveis para as audiências e consultas públicas	2.2.1 Proposta de regulamento [5%]	Disponibilidade da proposta de regulamento.
	2.2.2. Justificativa técnica para a proposta [10%]	Existência de justificativa que embase a necessidade da regulamentação proposta. Será verificada se há análise de dados e fatos que explicitem as motivações da proposta e de como ela pode mudar essa realidade.
	2.2.3. Contribuições recebidas [15%]	Disponibilidade das contribuições enviadas pelos participantes na consulta pública. Devem permitir o acesso integral às manifestações, com identificação do emite, data de recebimento e disponibilização no site, assim que recebidas pelo órgão.
	2.2.4. Resposta às manifestações e justificativa das decisões [10%]	Organização das sugestões que foram encaminhadas e das justificativas para acatar ou rejeitar as propostas.
	2.2.5 Arquivo das audiências e das contribuições [10%]	Acesso ao histórico de consultas e de todos os documentos relativos
2.3. Reuniões de conselhos abertas ao público [10%]		As reuniões dos conselhos ou direção dos órgãos devem ser abertas ao público, com divulgação antecipada da agenda
2.4. Disponibilidade das atas da direção e/ou dos embasamentos das decisões [5%]		Disponibilidade das atas de reuniões feitas pelos conselhos e/ou direção dos órgãos, assim como da exposição de motivos das decisões tomadas nas reuniões.
3. Acesso à informação, legislação, dados do setor regulado, atividades e resultados da ação dos órgãos: <i>Possibilidade de acompanhamento dos impactos e resultados que a atuação dos órgãos causa nas empresas e nos consumidores</i>		
3.1. Meios de divulgação	3.1.1. Internet [5%]	Verificar se estão disponíveis informações sobre o setor na internet, além da legislação.
	3.1.2. Relatórios com resultados e avaliação do setor [15%]	Relatórios produzidos pelo próprio órgão, com análise crítica do setor, seus problemas e encaminhamentos. Os relatórios devem proporcionar fácil entendimento da situação do setor regulado pelo órgão, com dados e fatos.
	3.1.3. Boletins impressos/ eletrônicos [5%]	Existência de boletins atualizados e enviados aos interessados com regularidade.
3.2. Tipos de documentos e informações disponíveis	3.2.1. Legislação relacionada ao órgão e ao setor [10%]	Deve estar disponível e facilmente localizável. A organização deve proporcionar acesso fácil. Definição clara dos tipos de atos e regulamentações emitidas pelo órgão.
	3.2.2. Notícias da área com banco de dados [5%]	Deve permitir acesso ao histórico de notícias e eventos do órgão.
	3.2.3. Dados do atendimento dos órgãos e reclamações dos consumidores [15%]	Os dados devem estar discriminados por tipo de problema, localidade, empresa etc. Devem permitir acompanhamento histórico.
	3.2.4. Infrações, processos administrativos, apreensão, recalls, empresas/ produtos com problemas [15%]	Informações organizadas sobre as ações do órgão em relação aos agentes do setor, com dados quantitativos quando aplicável.
	3.2.5. Indicadores do setor [10%]	Disponibilidade de indicadores importantes para monitorar o setor, como universalização, inadimplência, número de usuários etc.

3.3. Informações sobre o órgão	3.3.1. Estrutura e áreas [5%]	Deve haver indicação da estrutura do órgão (organograma), das funções de cada área e dos seus responsáveis.
	3.3.2. Pessoal, diretores e contatos [10%]	Verificar se os diretores e responsáveis pelas áreas principais do órgão disponibilizam meios de contato direto.
	3.3.3. Informações sobre a operação do órgão [5%]	Informações sobre o orçamento do órgão, fontes de recurso discriminadas e sua utilização, contrato de gestão, metas de atuação etc.
4. Publicidade do órgão e mecanismos para recebimento e resolução de problemas dos consumidores: <i>Verificação de como o órgão dá publicidade sobre a sua existência e dos mecanismos para o consumidor acessá-lo</i>		
4.1. Divulgação do órgão, suas funções e formas de contato (além da internet) [30%]		Verificar formas de divulgação do órgão (funções e meios de contato). São valorizadas as iniciativas que atingem o consumidor de forma mais ampla e direta.
4.2. Atividades e material de educação sobre os direitos dos consumidores [25%]		Realização de atividades sistemáticas. O material produzido deve ter ampla distribuição e ser facilmente localizável pelos interessados no site do órgão.
4.3. Acesso telefônico gratuito e fácil [30%]		Existência de telefone gratuito para que os consumidores possam fazer contato com o órgão e sanar suas dúvidas.
4.4. Postos de atendimento locais (estados e municípios) [15%]		Verificação da existência de estrutura de atendimento pessoal aos consumidores em estados e municípios espalhados pelo país, inclusive por meio de convênios.

A parte de “Transparência e Configuração Institucional” representa 50% da nota final das instituições

Os itens avaliados na parte de “Transparência e Configuração Institucional” são atualizados a cada pesquisa, de forma a contemplarmos a evolução institucional dos órgãos. Por exemplo, na atual avaliação incluímos o item “2.3. Reuniões de Conselhos abertas ao público”, que foi uma iniciativa da Aneel e que consideramos relevante para o consumidor e para a sociedade em geral.

Avaliação da Efetividade da Atuação

Avaliar a efetividade da atuação na regulamentação e na fiscalização significa verificar de que forma o órgão está executando as suas funções mais básicas em prol do consumidor e do cidadão. Isso significa: avaliar e enfrentar os problemas do setor, incluindo as questões de inclusão social; emitir regulamentos que ampliem a proteção ao consumidor e aperfeiçoem o setor de maneira abrangente, tratando as questões de forma sistêmica; e reprimir as infrações e os abusos que as empresas por ventura cometam, de forma a coibir esse tipo de comportamento. Essa parte representa 50% da nota final.

A ênfase dada, na presente avaliação, ao interesse e à proteção ao consumidor e ao cidadão parte de dois pressupostos fundamentais. Primeiro, se há consenso de que o papel de uma agência reguladora ou órgão público é buscar um equilíbrio entre os interesses dos consumidores, empresas e governos. Deve ficar claro que a finalidade última é oferecer à sociedade melhores condições de vida e desenvolvimento, ou seja, toda medida tomada pelos órgãos deve ser pautada pelo impacto causado na população. Segundo, o consumidor é o ponto mais fraco e vulnerável na relação com as empresas e os reguladores, necessitando de apoio e de informação para obter uma regulamentação mais equilibrada, assim como de uma atuação firme dos órgãos públicos para evitar abusos e desrespeito aos direitos.

Para a avaliação da efetividade foram definidas cinco categorias que refletem cenários dos possíveis desempenhos que cada órgão pode ter atuando em prol do consumidor. As definições dessas categorias estão na Tabela 5.

Cada instituição foi avaliada com base na experiência acumulada pelo Idec no acompanhamento dos setores e no relacionamento com os órgãos. Também foram efetuadas pesquisas em estudos publicados, artigos acadêmicos e de jornais. Outras fontes importantes foram a análise do material disponibilizado na internet pelos próprios órgãos e as respostas ao questionário enviado pelo Idec.

Os principais aspectos considerados na avaliação de efetividade são os possíveis problemas recorrentes no setor regulado pelo órgão. A sua existência, ou persistência, significa uma atuação deficiente em termos de regulamentação, fiscalização e punição; por outro lado, a diminuição de tais problemas significa uma ação efetiva dos órgãos. Também são considerados os encaminhamentos que os órgãos dão a novos problemas, assim como em casos específicos que prejudicam o consumidor: quanto mais rápido e efetivo o encaminhamento dado, melhor a avaliação da instituição.

A categoria e a nota de cada instituição foram definidas em consenso por um painel composto por especialistas na área específica e em defesa do consumidor, tendo como base os critérios estabelecidos e o material levantado. Esse procedimento permitiu que se evitasse uma avaliação muito enviesada em prol do consumidor, ao mesmo tempo em que aprofundou a análise. As notas foram atribuídas em intervalos de 0,5 (meio) ponto.

Tabela 5: Critérios para a “Avaliação da Efetividade” das agências e órgãos

Tipos de problemas do setor	Regulação e econômica e regulamentação técnica	Fiscalização	Conceito	Nota
O setor possui um histórico de problemas recorrentes e há casos de abusos e infrações frequentes contra os direitos dos consumidores.	Há casos importantes de regulamentação omissiva ou prejudicial ao consumidor. A atuação do órgão quanto aos problemas normalmente é reativa, parcial e apenas em problemas típicos. Poucas vezes as necessidades dos consumidores são priorizadas.	Não há evidências ou dados de atuação do órgão na fiscalização. A repressão a abusos mostra-se muito baixa e ineficiente.	Muito Ruim	de 0 a 1,9
O setor tem alguns problemas recorrentes, assim como casos de abuso e infrações contra os consumidores.	A regulamentação trata de alguns problemas, mas normalmente de maneira parcial e reativa. As necessidades dos consumidores frequentemente são relegadas.	Há evidências de ações de fiscalização, mas a repressão a abusos é, em muitos casos, incipiente para cobrir os problemas dos consumidores.	Ruim	de 2,0 a 3,9
O órgão já proporcionou avanços com a diminuição de alguns problemas e abusos recorrentes no setor, mas outros ainda persistem.	A regulamentação busca enfrentar os problemas do setor de forma sistemática, mas por vezes é reativa e típica. Nem sempre prioriza o consumidor e o cidadão.	Há repressão mais consistente de abusos, ainda que insuficiente em vários casos.	Regular	de 4,0 a 5,9
Houve avanços significativos na diminuição de problemas e abusos no setor, com aumento efetivo na proteção ao consumidor.	A regulamentação trata os problemas buscando soluções sistêmicas e tentando se antecipar a eles. O consumidor é uma prioridade evidente e busca-se tratar da inclusão social.	As infrações são reprimidas com severidade e as punições são eficientes para cobrir abusos.	Bom	de 6,0 a 7,9
Há avanços consistentes na diminuição de problemas, na proteção ao consumidor e na inclusão social.	A regulamentação trata os problemas de forma sistêmica, com prioridade à proteção dos consumidores, principalmente dos mais vulneráveis. Também promove inclusão social, qualidade e preços módicos. O órgão avalia sua atuação, busca antecipar problemas e corrigir rumos.	A repressão aos abusos é ágil e efetiva, tanto para os problemas coletivos quanto nos casos individuais.	Muito Bom	de 8,0 a 10

Na análise de ações específicas dos órgãos em relação aos problemas do setor consideramos que a atuação dos mesmos pode trazer basicamente três tipos distintos de resultados, sejam eles efetivos ou potenciais:

- Positivo: quando traz avanços em relação à situação anterior, ainda que com ressalvas;
- Neutro: trouxe avanços em alguns aspectos e retrocessos em outros, de forma que o resultado final nem melhora nem piora significativamente a situação do consumidor;
- Negativo: a regulamentação trouxe mais prejuízos que benefícios para o consumidor.

Cabe aqui uma ressalva: consideramos que regulamentos contrários aos preceitos do Código de Defesa do Consumidor – ainda que melhorem uma situação de desrespeito anteriormente estabelecida no setor – são negativos ou neutros, pois tais direitos não poderiam ter sido colocados de lado.

Nota

- ¹ Os conceitos emitidos neste tópico foram extraídos do relatório “Avaliação do Consumidor: Agências e Órgãos Governamentais Reguladores”, de março de 2006 e, de modo geral, refletem a posição institucional sobre o tema.
- ² Para uma discussão mais detalhada sugerimos “Finanças Públicas – teoria e prática no Brasil” de Fabio Giambiagi e Ana Cláudia Além.
- ³ “A reforma do Estado é um projeto amplo que diz respeito às várias áreas do governo e, ainda, ao conjunto da sociedade brasileira, enquanto que a reforma do aparelho do Estado tem um escopo mais restrito: está orientada para tornar a administração pública mais eficiente e mais voltada para a cidadania” (Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995, pág 12).
- ⁴ GIAMBIAGI, Fabio & ALÉM, Ana Cláudia. (1999), Finanças públicas: teoria e prática no Brasil, pág. 353.
- ⁵ <http://www.idec.org.br/telecom/>
- ⁶ <http://www.idec.org.br/biblioteca.asp>
- ⁷ Alguns exemplos: Conselho Nacional de Metrologia (Conmetro); Conselho Nacional de Saúde; Comissão Permanente de Consumidores do Conmetro; Comitê Codex Alimentarius do Brasil; Comitê Brasileiro de Acreditação e Certificação; Conselho Consultivo da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); comissões e câmaras técnicas da Anvisa (Vigilância Sanitária e Farmacoepidemiologia, Medicamentos, Publicidade de Produtos sujeitos à Vigilância Sanitária, Toxicologia, Alimentos); Comitê Nacional para Promoção do Uso

Racional de Medicamentos; Conselho Federal do Fundo de Defesa de Direitos Difusos; Grupo Interministerial de Comércio e Investimentos Serviços(GICI/SV) do Ministério de Relações Exteriores; Comissão de Políticas de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 21 Brasileira, do Ministério do Meio Ambiente.

- ⁸ Retirado do relatório “Avaliação do Consumidor: Agências e Órgãos Governamentais Reguladores”, de 2006, produzido pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – Idec, coordenado por Marcos Vinicius Pó.

* Marilena Lazzarini é assessora de Relações Institucionais do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) e coordenadora do projeto “Fortalecimento da Capacidade Técnica da Participação Social na Regulação” (BID BR-M1035).

SEGUNDA PARTE
DESAFIOS DA REGULAÇÃO NO BRASIL

A VISÃO DA SECRETARIA DE GESTÃO DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

Kélvia Albuquerque

Importância inequívoca da regulação

A regulação é uma forma contemporânea de ação do Estado e se refere, em sentido geral, ao conjunto de instrumentos jurídico-normativos (leis, decretos, regulamentos e outras normas) de que dispõe o governo para estabelecer obrigações que devem ser cumpridas pelo setor privado, pelos cidadãos e pelo próprio governo.

A Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹ identifica três grandes categoriais de regulação (OCDE, 1997, p. 6): a econômica, a social e a administrativa.

A regulação econômica diz respeito à intervenção governamental nas decisões empresariais relativas a determinados mercados quando estes falham em emitir sinais corretos, via mecanismo de preços, que garantiriam as escolhas adequadas e, assim, maximizariam o bem-estar social.

A regulação social, por sua vez, refere-se à intervenção governamental para a proteção de interesses públicos relevantes, como saúde, segurança e meio ambiente.

Já a regulação administrativa se consubstancia na série de exigências governamentais e formalidades administrativas necessárias para assegurar a aplicação das normas, tais como o preenchimento de formulários e outros documentos.

A regulação é, atualmente, um dos principais instrumentos por meio dos quais os governos promovem o bem-estar social e econômico dos seus cidadãos, tendo, por isso mesmo, importância inequívoca.

Tanto é assim que o crescimento dos sistemas regulatórios foi expressivo nas últimas décadas, expandindo-se a um número cada vez maior de áreas, a fim de responder a novos problemas e demandas sociais.

Custos e riscos associados à regulação

A regulação, contudo, pode-se transformar em obstáculo aos objetivos de bem-estar social e econômico para os quais ela foi desenhada. Apesar de bem intencionada, pode ser excessiva, impedir a inovação ou criar barreiras desnecessárias ao comércio, à concorrência, ao investimento e à eficiência econômica.

O ritmo acelerado das inovações tecnológicas altera constantemente a natureza da atividade econômica, criando novas indústrias e mercados, ampliando a possibilidade de competição e tornando cada vez mais rápido o desenvolvimento de novos produtos.

Isso estabelece o risco, sempre presente, de que a regulação fique desatualizada e em descompasso com as novas realidades, diminuindo o ritmo da inovação e da alteração dos processos produtivos, gerando prejuízos para consumidores e empresários e provocando obstáculos ao crescimento econômico.

Exigências administrativas onerosas e desnecessárias podem fomentar a corrupção e inibir o empreendedorismo, além de significarem desperdício de recursos e perda de tempo que poderia ser alocado para finalidades produtivas e geradoras de riqueza para a sociedade.

Note-se, ainda, que a regulação não acarreta, normalmente, impacto fiscal direto ao governo, mas implica custos reais aos consumidores e aos agentes econômicos. Hahn e Litan (2003, p. 2) apontaram que a regulação relativa à saúde, segurança e meio ambiente custa aos Estados Unidos, anualmente, US\$ 200 bilhões, o que corresponde a 2% do produto interno bruto.

A *Better Regulation Task Force* (BRTF)² estimou o custo anual da regulação na economia do Reino Unido como entre 10% e 12% do produto interno bruto, valor similar à arrecadação anual com o imposto de renda (2005, p.2). Desse percentual, 30% correspondiam a custos com regulação administrativa (*red tape*).

Além disso, as restrições orçamentárias têm impacto diminuto sobre a elaboração de normas, uma vez que o custo dos programas de regulação é absorvido por aqueles que são obrigados a obedecê-los e não pelos que os propõem, diferentemente do que ocorre com os programas não reguladores, que são limitados por dotações orçamentárias e, assim, pelo nível de receitas tributárias do governo.

O reduzido impacto da limitação orçamentária sobre os programas de regulação acarreta consequências significativas: a) nem o Parlamento nem o Governo determinam, de forma sistemática, o nível de atividade reguladora para um determinado período; b) nenhum órgão é responsável por estabelecer prioridades relativas à política regulatória em todo o Governo; e c) os programas de regulação não são sujeitos a nenhum tipo de controle ou auditoria, ao contrário dos programas que envolvem despesas diretas.

Nada mais esclarecedor a respeito do custo “oculto” da regulação do que as palavras de Christopher De Muth, um antigo administrador em assuntos reguladores do *Office of Management and Budget* dos Estados Unidos:

As cifras do orçamento e de receita são bons resumos do que está acontecendo nas políticas de bem-estar social, de defesa ou tributárias, e podem ser utilizadas para comunicar, de maneira eficiente, ao público em geral sobre o conflito dos grupos de interesse relativo, programa por programa, [...] No mundo da regulação, todavia, onde o governo comanda, mas quase tudo ocorre na economia privada, geralmente nos faltam bons números agregados para descrever o que está sendo “tributado” e “dispendido” (sic) na busca da implementação das políticas públicas. (MUTH apud MAJONE, 1999, p.15-16),

Não obstante, o impacto da regulação é pouco discutido e pouco medido, sendo muito menos debatido, por exemplo, do que o orçamento. A BRTF (2005, p.2) argumenta que isso provavelmente ocorra em virtude de serem os custos da intervenção regulatória subdivididos em inúmeros pequenos custos, algumas vezes invisíveis.

Isso não significa que a regulação seja, intrinsecamente, ruim ou desnecessária, aponta Sir David Arculus, ex-presidente da BRTF (BRTF, 2005, p.2). Pelo contrário, ela existe para proteger importantes interesses

sociais. O ponto, apenas, é que quem elabora regulação tem o dever de prestar contas do custo imposto sobre os regulados e de descobrir maneiras inovadoras para atingir os objetivos da regulação, ao menor custo possível. As pessoas, completa Sir David Arculus, votam em ar mais limpo e segurança, mas não em burocracia, monitoramento excessivo e preenchimento de formulários.

Regular melhor é preciso

A intervenção regulatória passou a ganhar extrema importância em razão da crescente complexidade e da mutabilidade das economias, além da necessidade de resolver complexos problemas sociais.

A qualidade da regulação, sendo esta uma das principais ferramentas de atuação dos governos nas últimas décadas, passou a ser fundamental para a efetividade da ação governamental e para o desenvolvimento econômico dos países.

A concorrência em nível global, por seu turno, implica a necessidade de as economias serem extremamente competitivas e eficientes. A revisão constante da regulação doméstica pode significar um fluxo mais livre de bens, serviços, investimentos e tecnologia que movimenta a economia, leva as empresas a atingirem padrões internacionais e beneficia consumidores.

Adicionalmente, em tempos em que o equilíbrio fiscal é a tônica da atuação dos governos, é de suma importância que a intervenção regulatória seja mais efetiva e realizada a menores custos.

Como resposta ao conjunto de preocupações elencadas anteriormente, em 1995 foi aprovada pelo Conselho de Ministros da OCDE uma recomendação (OCDE, 1995) aos países-membros sobre a melhora da qualidade da regulação governamental. Esse foi o primeiro marco internacional relativo à adoção de princípios comuns nessa área.

Com a finalidade de atender um item da recomendação de 1995, a OCDE concluiu, em 1997, relatório (OCDE, 1997) sobre as iniciativas de melhora regulatória nos países-membros. Nesse documento, algumas recomendações de política foram propostas por meio de um conjunto de “princípios para a boa regulação”.

As recomendações do relatório serviram de base para o lançamento oficial do Programa de Melhora Regulatória da Organização, em 1997, que tinha como objetivo melhorar a qualidade das políticas regulatórias dos governos associados. De 1998 a 2004³, 20 países-membros da OCDE passaram por processos de “revisão” regulatória, que significavam o escrutínio das suas políticas nessa área.

Em 2005, as recomendações de política foram revisadas. Não houve alteração nos sete princípios originais, mas as notas explicativas e as recomendações subordinadas foram expandidas. O conceito de melhora regulatória havia mudado.

O foco, na década de 1990, estava nos passos a serem adotados para reduzir a ação governamental e os esforços eram, geralmente, levados a cabo mediante iniciativas isoladas. No entanto, percebeu-se que iniciativas isoladas não conseguem substituir uma abordagem coerente e abrangente no âmbito do governo como um todo⁴ para criar um ambiente regulatório favorável à criação e ao crescimento de empresas, à obtenção de ganhos de produtividade, à concorrência, ao investimento e ao comércio internacional.

A nova expressão então cunhada “Princípios para a Qualidade e o Desempenho Regulatórios” (OCDE, 2005) captura, na opinião da OCDE, a necessária abordagem dinâmica, contínua e abrangente para a implementação das iniciativas de melhora regulatória no século XXI.

A expressão “melhora regulatória”, de acordo com a OCDE (OCDE, 1997, p.6), refere-se a mudanças que aumentam a qualidade da regulação, isto é, melhoram o desempenho, o custo/efetividade ou a qualidade legal da regulação e das formalidades burocráticas associadas. Pode significar a revisão de uma única norma, a revisão completa de um regime regulatório e de suas instituições ou o aperfeiçoamento dos mecanismos de elaboração da regulação e de gerenciamento do processo de melhoria.

A desregulamentação é, nesse sentido, um subconjunto da melhora regulatória e diz respeito à eliminação total ou parcial de normas, com a finalidade de potencializar o desempenho econômico dos países mediante a simplificação de exigências governamentais.

A experiência nos países da OCDE tem demonstrado que a melhora regulatória contribui para o bom desempenho dos governos e da economia.

Os efeitos positivos advindos de programas com esse objetivo têm sido, normalmente, os seguintes: estímulo à inovação, criação de empregos, aumento da produtividade, queda do nível de preços, aumento da qualidade dos produtos, aumento da competitividade e, por consequência, crescimento econômico.

As iniciativas de melhora regulatória começaram, em muitos países, com a revisão da regulação econômica. Programas de eliminação de monopólios públicos, de privatização de ativos e de empresas estatais e de introdução de concorrência em setores regulados, seguidos da criação de agências reguladoras setoriais, figuraram como o modelo mais comum.

No mundo contemporâneo, após as iniciativas isoladas de melhora regulatória focadas, principalmente, na revisão da regulação econômica, surgiram os programas mais amplos, que incluíam grande parte das esferas de atuação do setor público e várias áreas de política. Tais programas impõem à administração um conjunto de disciplinas que buscam, de maneira sistemática, melhorar a qualidade e a eficiência da regulação estabelecendo mecanismos de supervisão e de transparência contínua sobre o processo de elaboração regulatória e sobre a regulação, de maneira geral, com o propósito de, sistematicamente, controlar sua elaboração, avaliar seus resultados, tornar explícitos os seus custos e também seus efeitos para os diferentes grupos.

Os programas de melhora regulatória normalmente envolvem, também, aspectos relativos à profissionalização da gestão pública; à gestão por metas e resultados; à avaliação de desempenho dos servidores públicos (determinadas categorias ou todas); à utilização obrigatória de mecanismos de consulta pública previamente à edição de nova regulação; à simplificação de exigências administrativas; e à utilização de expedientes de governo eletrônico como forma de potencializar a participação da sociedade nos processos de elaboração regulatória, o controle social e a prestação de serviços e informações ao público em geral.

A tônica dos países que têm logrado obter destaque na área é a adoção de um foco mais amplo para as ações de melhora regulatória no governo, mediante uma abordagem ampla, sistemática, coerente e contínua. O objetivo é aumentar a capacidade de ação governamental efetiva e fazê-la a custos menores, em mercados competitivos, mutáveis e globais.

Assim, é possível concluir a existência de um consenso internacional a respeito da necessidade imperativa de racionalizar a ação regulatória, sendo premente regular melhor. Para isso, seria preciso, de acordo com o ponto de vista da OCDE, que os governos sistematizassem programas com essa finalidade no setor público.

Melhora regulatória no Brasil

As iniciativas de melhora regulatória, como vimos, começaram em muitos países com a revisão da regulação econômica. O Brasil seguiu esse modelo. A crise do Estado, na década de 1980, deu lugar a uma grande discussão sobre o papel estatal no domínio econômico. Esse debate culminou em um conjunto de reformas iniciadas na década de 1990, que apresentavam como tema central a constituição de um novo marco regulatório.

A edição do Plano Diretor da Reforma do Estado, no ano de 1995, marcou o processo que resultou na construção do Estado Regulador e na redução considerável do Estado Interventor na ordem econômica. Elaborado pelo extinto Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (Mare), o plano traçou as diretrizes para a reforma planejada: reduzir o tamanho do Estado, redefinir seu papel regulador, recuperar a governança e aumentar a governabilidade.

Fazia parte dos objetivos da reforma fortalecer o núcleo estratégico do Estado; instituir agências reguladoras para regular e fiscalizar atividades exclusivas do Estado; incentivar o surgimento de organizações sociais autônomas para o setor de atividades não exclusivas do Estado; e privatizar setores de atividades que poderiam ser desenvolvidas pelo mercado, ligadas à produção de bens e serviços.

Não existe ainda no Brasil um programa articulado de melhora regulatória, mas o governo vem adotando, desde 2003, uma série de medidas que se situam na linha da tendência internacional já mencionada. Tais iniciativas se consubstanciam, sem dúvida, em ações de melhora regulatória e cabe destacar as seguintes: a) criação, em 2003, do Grupo de Trabalho Interministerial (GT Interministerial) com a finalidade de avaliar o papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro, que culminou

com o envio ao Congresso do Projeto de Lei nº 3.337/2004, o qual dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras; b) estabelecimento, em 2007, do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG); e c) revisão do Sistema Regulatório Brasileiro conduzida pela OCDE, em 2007– *peer review* regulatório.

GT Interministerial e Projeto de Lei das Agências

Dada a importância do tema da regulação, em março de 2003 foi constituído um Grupo de Trabalho Interministerial com a finalidade de avaliar o papel das agências reguladoras no arranjo institucional brasileiro.

Após a divulgação do relatório de trabalho do grupo, o Poder Executivo disponibilizou para consulta pública uma proposta de projeto de lei à qual foram direcionadas cerca de 700 sugestões. Em meio a extenso debate público sobre o tema das agências, o Poder Executivo enviou projeto de lei ao Congresso Nacional (PL nº 3.337), em abril de 2004.

De acordo com a Exposição de Motivos enviada pelo Poder Executivo, o projeto derivava, em grande medida, das recomendações do Grupo de Trabalho Interministerial mencionado anteriormente e pretendia:

[...] estabelecer um conjunto homogêneo e estável de regras para orientar a gestão e a atuação das agências reguladoras, constituindo-se, de certa maneira, numa ‘Lei Geral’ das Agências Reguladoras que, ao superar diferenciações entre elas, ora existentes, e que não se justificam, apesar das evidentes especificidades tratadas em suas leis de criação, permitem, ainda, tornar mais transparente, eficiente, socialmente controlado e legítimo o exercício da função reguladora por essas entidades.

A Câmara dos Deputados, casa legislativa que iniciou a discussão da proposição, criou uma Comissão Especial destinada a analisar o projeto. Em junho de 2004, o relator Leonardo Picciani apresentou parecer propondo um substitutivo. O parecer do relator permanece, até a presente data, pendente de deliberação.

Apesar de mencionar a necessidade de aprimoramentos, a Exposição de Motivos do projeto original do governo endossa claramente o modelo de agências, classificando-o como essencial para o bom funcionamento da maior parte dos setores encarregados da provisão de serviços públicos.

Tanto o projeto original do governo quanto o projeto substitutivo do relator buscam endereçar basicamente três questões:

- a) demarcar a fronteira de competência das agências, sendo que a formulação de políticas deveria ficar a cargo dos ministérios e a regulamentação e a fiscalização das atividades reguladas a cargo das agências;
- b) aperfeiçoar mecanismos de controle social, inclusive no governo;
- c) melhorar a articulação das agências com outros órgãos, especialmente os de defesa da concorrência, e com outras agências reguladoras até mesmo estaduais e municipais.

Cabe mencionar que o Projeto de Lei nº 3.337/2004 foi incluído no Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), lançado pelo governo no início de 2007.

Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG)

O Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG) foi instituído em 2007, pelo Decreto nº 6.062, após pelo menos dois anos de estudo no âmbito do governo e de negociação com o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID). O programa tem a finalidade de contribuir para a melhoria do sistema regulatório, da coordenação entre as instituições que participam do processo, dos mecanismos de prestação de contas, de participação e de monitoramento por parte da sociedade civil e da qualidade da regulação de mercados.

Nos termos do decreto mencionado, o PRO-REG deverá contemplar a formulação e a implementação de medidas integradas que objetivem: a) o fortalecimento do sistema regulatório, de modo a facilitar o pleno exercício de funções por parte de todos os atores; b) o reforço da capacidade de formulação e análise de políticas públicas em setores regulados; c) a melhoria da coordenação e do alinhamento estratégico entre políticas setoriais e

processo regulatório; d) o fortalecimento da autonomia, transparência e desempenho das agências reguladoras; e e) o desenvolvimento e o aperfeiçoamento de mecanismos para o exercício do controle social e da transparência no processo regulatório.

O PRO-REG é um programa baseado em empréstimo internacional, via Banco Interamericano de Desenvolvimento, com contrapartida brasileira. Conta com recursos de US\$ 6,7 milhões, sendo US\$ 3,85 milhões do BID e US\$ 2,85 milhões de contrapartida.

O programa é dividido em quatro componentes, conforme o esquema abaixo⁵:

C1) Fortalecimento da capacidade de formulação e análise de políticas públicas

Objetivo: fortalecer a capacidade dos ministérios para formular políticas públicas e realizar o acompanhamento e a avaliação da implementação dessas políticas.

Produtos:

- a) diagnóstico da formulação e da análise de políticas públicas em mercados regulados;
- b) desenho de metodologia e de indicadores para o acompanhamento e a avaliação em mercados sujeitos à regulação; e
- c) capacitação dirigida aos profissionais dos ministérios na área da formulação, do monitoramento e da avaliação de políticas setoriais em mercados regulados.

C2) Melhoria da coordenação e do alinhamento estratégico entre políticas setoriais e processo regulatório

Objetivo: promover a coordenação e o alinhamento entre as políticas públicas setoriais e os processos de regulação.

Produtos:

- a) estudo para o desenho de uma unidade de coordenação, acompanhamento e avaliação em melhora regulatória;
- b) estudo para a criação de uma instância colegiada independente, de consulta e assessoramento ao governo;

- c) estágio internacional para integrantes da unidade de coordenação;
- d) desenho e implantação de uma rede governamental de melhora regulatória;
- e) desenho de uma estratégia de implantação e institucionalização da análise de impacto regulatório (AIR);
- f) desenvolvimento de instrumentos de gestão que apoiem o estabelecimento de consensos e acordos sobre os objetivos estratégicos das políticas setoriais, o desempenho das agências e a garantia da autonomia financeira para a boa operação delas;
- g) assistência técnica aos ministérios e agências interessados na implantação dos instrumentos.

C3) Fortalecimento da autonomia, transparência e desempenho das agências reguladoras

Objetivo: Fortalecer a autonomia das agências, contribuir para a melhoria do seu desempenho e promover a implantação de instrumentos que apoiem a melhora da qualidade da regulação.

Produtos:

- a) desenho e implementação de um programa de capacitação em AIR;
- b) elaboração e apoio à implementação de um sistema de seleção de diretores e equipe gerencial superior das agências baseado em critérios competitivos e requisitos mínimos de formação e experiência;
- c) definição de metodologias para a elaboração de mapas de risco para prevenir irregularidades e conflitos de interesse;
- d) oferta de assistência técnica para o desenvolvimento de mapas de risco para as agências;
- e) formulação e implementação de um programa de capacitação em processos administrativos e gestão por resultados.

C4) Desenvolvimento de mecanismos para o exercício do controle social

Objetivo: Apoiar mecanismos de controle social nas atividades regulatórias.

Produtos:

a) formulação e implementação de um programa de capacitação em questões de funcionamento dos mercados, princípios de melhora regulatória e papel da regulação;

b) formulação e implementação de campanha de comunicação institucional sobre educação em regulação;

c) diagnóstico das capacidades institucionais dos Procons estaduais para atender às demandas dos usuários;

d) fortalecimento da gestão de informações do DPDC/SDE/MJ;

e) capacitação do pessoal das agências em temas de transparência, prestação de contas e participação social;

f) elaboração de estudos e suporte técnico às agências para a implementação de medidas de facilitação do controle social.

O arranjo institucional para a execução do PRO-REG foi definido em termos de um comitê gestor e de um comitê consultivo. O direcionamento estratégico do PRO-REG é dado pelo Comitê Gestor do programa, composto pela Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais (SAG), da Casa Civil da Presidência da República, que o coordena; pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) do Ministério da Fazenda e pela Secretaria de Gestão (Seges) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Ao Comitê Consultivo, integrado por representantes das agências reguladoras, dos ministérios aos quais estão elas vinculadas, do Ministério da Justiça e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), cabe o assessoramento direto ao Comitê Gestor.

A importância estratégica do PRO-REG, para além das ações específicas que já estão sendo executadas, reside no fato de que o seu Comitê Gestor, integrado pela Casa Civil e pelos ministérios da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão, pode funcionar – na prática já vem funcionando, há algum tempo – como uma instância de coordenação regulatória em nível federal⁶, aproximando-se, ainda que de maneira incipiente, das unidades de coordenação e controle da qualidade regulatória⁷ citadas pela OCDE⁸.

A revisão interpares do sistema regulatório brasileiro (*peer review* regulatório)

A revisão interpares⁹ é um processo facultativo pelo qual as políticas, leis e instituições de um país são avaliadas por seus pares em relação a determinados padrões de boas práticas internacionais com o objetivo de auxiliar o aperfeiçoamento institucional e de melhorar a qualidade das políticas públicas dos países, em um processo de mútuo aprendizado.

Tendo em vista que a cooperação internacional é um instrumento importante para o intercâmbio de experiências e para o aprendizado comparado dos países no mundo contemporâneo e que na era da globalização o diálogo internacional tornou-se fundamental para o processo de aprimoramento de políticas e de instituições, *o peer review* é uma oportunidade ímpar para o aprendizado comparado porque oferece as seguintes possibilidades: a) intercâmbio de experiências e de informações; b) *benchmarking*; c) aproximação em relação aos padrões de excelência internacional; d) assistência técnica (rede de contatos e recomendações).

O resultado do processo proporciona ao país revisado um parâmetro para avaliar seu sistema frente aos sistemas dos demais países-membros, ao mesmo tempo em que fornece informações aos seus pares em um processo que contempla: a resposta do governo a questionários; a realização de entrevistas com autoridades públicas e setores diversos da sociedade por peritos da OCDE; a elaboração de relatórios analíticos pela OCDE; e a resposta de delegação brasileira a questionamentos diversos, em sessões públicas perante os membros da organização.

A revisão foi solicitada pelo governo brasileiro à OCDE, que se constituiu como um *locus* permanente de diálogo e de intercâmbio de experiências. A SAG/Casa Civil ficou com a coordenação do processo, tendo como escopo o sistema regulatório no Brasil, com ênfase em questões de governança e com foco nas autoridades responsáveis pelos setores de energia elétrica, saúde suplementar, transporte terrestre e telecomunicações. O estudo foi realizado pela Divisão de Política Regulatória da Diretoria de Governança Pública e Desenvolvimento Territorial da OCDE durante o ano de 2007.

O processo de revisão foi segmentado em duas etapas: uma em setembro de 2007, na reunião do Grupo de Trabalho em Reforma e Gestão

Regulatória, do Comitê de Governança Pública; e outra em dezembro de 2007, na reunião do Grupo de Política Regulatória.

O resultado final do processo é um relatório analítico com um conjunto de recomendações não vinculantes de políticas a serem observadas e é um insumo qualificado para a ação governamental.

No caso do Brasil, o relatório final do trabalho, que contém 14 recomendações não vinculantes para o aprimoramento do modelo brasileiro, foi traduzido para o português e divulgado no Seminário “Fortalecendo a Governança para o Crescimento – Revisão Interpares sobre a Regulação no Brasil”, que ocorreu em Brasília nos dias 28 e 29 de maio de 2008.

Em síntese, tendo como base o consenso internacional sobre boas políticas regulatórias, as experiências concretas de países da OCDE e o Guia da OCDE de Princípios para Qualidade Regulatória e Desempenho, de 2005, o relatório aponta como opções políticas a serem consideradas¹⁰:

Opções políticas relacionadas à capacidade governamental de assegurar regulação de alta qualidade:

- 1) Ampliar esforços para integrar uma aproximação “do governo como um todo” para o apoio de uma qualidade regulatória no mais alto nível político;
- 2) Implantar capacidades institucionais para a qualidade regulatória;
- 3) Melhorar os mecanismos de coordenação e esclarecer responsabilidades para a qualidade regulatória;
- 4) Implantar a Análise de Impacto Regulatório como uma ferramenta eficaz da qualidade regulatória;
- 5) Melhorar a qualidade do estoque regulatório a fim de assegurar a consecução eficiente dos objetivos econômicos e sociais;
- 6) Melhorar a transparência e ampliar a participação social nos processos regulatórios.

Opções políticas acerca das autoridades reguladoras:

- 1) Consolidação da autonomia e do estatuto das autoridades reguladoras brasileiras;
- 2) Fortalecer a estrutura estratégica para o planejamento e tomada de decisão nos setores regulados;

- 3) Fortalecer os mecanismos de prestação de contas sociais sem prejudicar a autonomia das autoridades;
- 4) Sistematizar a cooperação com autoridades de defesa da concorrência;
- 5) Melhorar os mecanismos de coordenação em setores específicos;
- 6) Maior fortalecimento dos mecanismos de coordenação em vários níveis para fortalecer a segurança e o desempenho;
- 7) Fortalecer alguns dos poderes das agências reguladoras brasileiras;
- 8) Considerar as mudanças institucionais e legais para modernizar processos de recursos, possivelmente designando juízes especializados e estruturas recursais.

A agenda regulatória a serviço da aceleração do crescimento no Brasil

O Sistema de Gestão Regulatória inclui as instituições, as políticas e as ferramentas por meio das quais a regulação é elaborada, implementada e revisada, sistematicamente ou não. Um Sistema de Gestão Regulatória robusto tem como foco a regulação de alta qualidade, que não distorce desnecessariamente a concorrência; é simples, proporcional, consistente, transparente e atende aos objetivos de política pública a que se destina com o menor custo possível para a sociedade.

Configura-se como parte fundamental da estratégia de crescimento econômico pois, como já foi abordado, o Sistema de Gestão Regulatória implica o acirramento da concorrência, o estímulo à inovação, a criação de empregos, o aumento da produtividade, a queda do nível de preços, o aumento da qualidade dos produtos, o aumento da competitividade, o incentivo ao empreendedorismo e a redução da economia informal.

O cenário atual no Brasil é de estabilidade macroeconômica, obtenção do grau investimento junto às agências de *rating* e ampliação das políticas de atenção social, mesmo em meio a uma ampla crise internacional. A grande questão do país hoje é o crescimento econômico sustentado e, nesse sentido, o momento é oportuno para que a agenda regulatória possa avançar.

Trata-se, antes de tudo, de uma questão pragmática: é necessário aperfeiçoar o Sistema de Gestão Regulatória para garantir melhor desempenho econômico e crescimento sustentado.

Principais desafios da regulação pública no Brasil

O Brasil tem avançado nos últimos anos no que diz respeito à retomada gradativa de iniciativas de melhora regulatória, mas ainda há muito por fazer. Alguns dos principais desafios a serem enfrentados no país estão relacionados aos seguintes aspectos:

- Qualidade da regulação superior à média da América Latina, mas inferior à dos países da OCDE;
- Quantidade significativa e onerosa de normas;
- Não existência de programa de garantia de qualidade regulatória;
- Ausência do uso sistemático de ferramentas que garantam a qualidade da regulação, como, por exemplo, a análise de impacto regulatório;
- Fragmentação das capacidades institucionais para a regulação de alta qualidade e fragilidade dos mecanismos de coordenação;
- Necessidade de aprofundar o processo de aperfeiçoamento institucional e de profissionalização da gestão nos ministérios e agências reguladoras para uma regulação pública de melhor qualidade;
- Dificuldade em encontrar o adequado ponto de equilíbrio entre a autonomia das agências, de um lado, e a responsabilização e a prestação de contas à sociedade, de outro;
- Centralização excessiva do debate regulatório no desenho institucional das agências reguladoras e não nas questões mais abrangentes da agenda regulatória relativas à governança pública.

Para o enfrentamento dos desafios apontados, não existe solução mágica ou receita de bolo. A transparência, a procedimentalização e a ampliação da participação da sociedade nos processos regulatórios se constituem como um caminho possível a fim de se garantir o adequado equilíbrio entre os interesses envolvidos.

A revisão interpares da OCDE é um insumo e o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação

(PRO-REG) parece ser o principal meio para se construir uma agenda de aprimoramento do sistema de gestão regulatória que possa contribuir para a aceleração do crescimento no Brasil.

O papel de Secretaria de Gestão

O tema da melhora regulatória é bastante pertinente do ponto de vista institucional do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP), haja vista a missão da Secretaria de Gestão do MP (Seges), que é desenvolver políticas transformadoras de gestão para fortalecer e otimizar a capacidade de governo.

Tomando-se em conta a relevância do modelo institucional da gestão da regulação para o crescimento econômico sustentado do país, a Seges tem apoiado o fortalecimento institucional do sistema regulatório brasileiro por meio da interlocução articulada com os atores envolvidos em nível federal e tem feito disso uma de suas prioridades.

Parte desse esforço envolve a provisão da autorização de concursos públicos para as agências reguladoras. Outra parte implica a exploração das possibilidades oferecidas por programas de cooperação internacional. Além disso, sob a coordenação da SAG, a Seges e a Seae têm realizado ações diversas no sentido de promover o fortalecimento do sistema regulatório brasileiro.

Um exemplo muito bem-sucedido de ação levada a cabo pela Seges e realizada em coordenação com o PRO-REG foi o Curso Regulação: Teoria e Prática, que ocorreu no período de 7 a 11 de julho de 2008, com a finalidade de contribuir para o aprimoramento do sistema por meio da capacitação teórica e da aproximação dos atores envolvidos.

Financiado com recursos do Projeto EuroBrasil 2000, o curso contou com a parceria da Embaixada Britânica em Brasília, da ENAP Escola Nacional de Administração Pública e da Associação Brasileira de Agências de Regulação (Abar). O treinamento ficou dividido em duas turmas: uma para agências e órgãos federais e outra para agências estaduais e municipais. A parte da manhã foi dedicada à realização de sessões teóricas com renomados especialistas internacionais¹¹. No período da tarde, foram realizadas

apresentações institucionais de órgãos de governo e de outras entidades, de modo a propiciar aos participantes oportunidades de reflexão, diálogo e troca de experiências com a finalidade de facilitar a coordenação das ações de governo e dar início à montagem de uma rede nacional de melhora regulatória.

O encerramento do evento consistiu em uma conferência magna realizada por dois peritos internacionais e aberta a não participantes do curso com o tema “Debatendo a agenda da reforma regulatória: instrumentos e instituições”. Tal conferência buscou a promoção de um debate mais amplo sobre duas recomendações oferecidas pela OCDE ao Brasil no âmbito da revisão interpares realizada em 2007: a instituição de um órgão de coordenação central e de controle da qualidade regulatória e a implementação de análise do impacto regulatório.

A questão da formação de uma rede nacional insere-se no âmbito do componente C2 do PRO-REG “Melhoria da coordenação e do alinhamento estratégico entre políticas setoriais e o processo regulatório”¹², que apoiará a criação de instâncias institucionais para a coordenação de ações; a cooperação interinstitucional; e o intercâmbio de informações, no qual está previsto o desenho e a implantação de uma rede governamental de melhora regulatória, que incluirá um banco de dados e informações sobre a matéria e integrará autoridades dos ministérios, das agências e da comunidade acadêmica.

Como já foi mencionado, o governo federal vem adotando uma série de iniciativas referentes ao aperfeiçoamento do modelo regulatório brasileiro. No entanto, tais iniciativas não estão ainda registradas de maneira sistematizada e de fácil acesso na rede mundial de computadores.

Sabe-se que os resultados da ação governamental podem ser potencializados a partir de uma coordenação sistemática de ações, de uma política de disseminação de informações pela internet e da institucionalização de uma rede de contatos, de forma a propiciar a ampliação da transparência das ações governamentais. Tendo em vista esse aspecto e levando em conta que a Secretaria de Gestão do MP e os demais parceiros do PRO-REG acumulam grande acervo de documentos relativos à regulação, a Seges, em articulação com o Comitê Gestor do PRO-REG, criou em julho de 2008 um *link* exclusivo para assuntos de regulação em sua página na rede mundial

de computadores (www.planejamento.gov.br/gestao) que é, na prática, o embrião da rede nacional.

Além de informações diversas sobre o PRO-REG, o *link* disponibiliza o acervo documental das discussões sobre regulação promovidas desde 2003, textos acadêmicos, apresentações realizadas em diversos fóruns, o relatório do *peer review* do Sistema Regulatório Brasileiro conduzido recentemente pela OCDE, material dos cursos e oficinas organizados pela Seges e a lista de contatos institucionais do curso de regulação promovido em julho de 2008.

Enquanto instrumentos mais sofisticados de coordenação não estão disponíveis, a Seges, em articulação com o Comitê Gestor do PRO-REG, tem buscado soluções simples, porém operacionais, a fim de suprir a necessidade de informação dos atores do sistema regulatório e da sociedade em geral, na certeza de que a dimensão de coordenação é vital para a mudança de patamar das instituições que moldam o ambiente regulatório nacional.

Conclusão

Melhorar a qualidade da regulação é fundamental para o crescimento econômico sustentado porque existe uma relação clara entre ambiente institucional-legal e nível de investimento.

Ao propor a aceleração do crescimento, estamos falando sobre ambiente de investimento, de incentivo ao empreendedorismo e de governança regulatória. Não há como essa discussão passar ao largo do sistema de gestão regulatória, que inclui as instituições e as ferramentas pelas quais a regulação é elaborada, implementada e, sistematicamente ou não, revisada.

A experiência nos países da OCDE tem demonstrado que a melhora regulatória contribui para o bom desempenho dos governos e da economia. Os efeitos positivos advindos de programas com esse objetivo têm sido, normalmente, o estímulo à inovação, a criação de empregos, o aumento da produtividade, a queda do nível de preços, o aumento da qualidade dos produtos, a redução da economia informal, o aumento da competitividade e, por consequência, o crescimento econômico.

Em virtude disso, independentemente de sua orientação econômica, diferentes países do mundo têm adotado programas de melhora regulatória.

Apesar de o Brasil ainda não contar com um programa articulado, é possível afirmar que já existe um consenso crescente no país sobre a necessidade de se regular melhor e o governo federal tem adotado uma série de iniciativas de melhora regulatória.

O Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão, por meio da Seges, se une à Casa Civil da Presidência da República, ao Ministério da Fazenda e ao governo como um todo no esforço de fazer avançar esta agenda e de potencializá-la. Esse é, no entanto, um desafio que transcende as autoridades governamentais. O fortalecimento da governança para o crescimento do país depende também do comprometimento de outros poderes, de outras instâncias governamentais, do setor produtivo e dos cidadãos.

Nota

- ¹ A OCDE foi criada em 1961 e sua missão é ajudar os governos associados na busca do crescimento econômico sustentável, com equilíbrio fiscal, contribuindo para o desenvolvimento da economia mundial. Há alguns anos, a OCDE tem ampliado o seu foco de atuação em relação aos 30 países-membros para oferecer seu conhecimento analítico e sua experiência acumulada a mais de 70 países em desenvolvimento. Os países-membros são: Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Coreia, Dinamarca, Eslováquia, Espanha, Estados Unidos, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Hungria, Irlanda, Islândia, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Nova Zelândia, Noruega, Polônia, Portugal, Reino Unido, República Tcheca, Suécia, Suíça e Turquia.
Ver http://www.oecd.org/about/0,2337,en_2649_201185_1_1_1_1_1,00.html.
- ² Sucédida, posteriormente, pela *Better Regulation Commission* e atualmente *Risk and Regulation Advisory Council*.
- ³ O Brasil passou pelo processo de revisão regulatória em 2007, conforme detalharemos em seguida.
- ⁴ Essa abordagem é referida em inglês como *whole-of-government approach*.
- ⁵ Ver anexo A do contrato de empréstimo com o BID, disponível em www.planejamento.gov.br/gestao.
- ⁶ Um exemplo prático dessa coordenação é a participação de pelo menos um integrante da Seae/MF, da Seges/MP ou da SAG/Casa Civil nas reuniões periódicas do Grupo de Trabalho em Reforma e Gestão Regulatória do Comitê de Governança Pública e do Grupo de Política Regulatória da OCDE. A participação do Brasil nesses comitês se dá de forma coordenada entre os órgãos mencionados. Além disso, é uma prática comum que qualquer iniciativa pertinente de um dos órgãos seja discutida e coordenada no Comitê Gestor do PRO-REG.
- ⁷ Vale mencionar que o próprio PRO-REG, em seu componente C2 “Melhoria da coordenação e do alinhamento estratégico entre políticas setoriais e processo regulatório”, prevê a realização de um estudo para o desenho de uma unidade de coordenação, acompanhamento

e avaliação em melhora regulatória – ver o Anexo A do Contrato de Empréstimo referente ao programa, disponível em www.planejamento.gov.br/gestao. A constituição dessa unidade de coordenação central figurou como uma das recomendações da OCDE ao Brasil no âmbito do *peer review* regulatório – ver OCDE, 2008, p. 339.

⁸ Tomando por base uma abordagem integral “de governo como um todo”, muitos países da OCDE instituíram esses órgãos a fim de que fosse garantida a coerência das ações. A experiência da OCDE sugere que esses órgãos são mais efetivos quando são independentes dos reguladores, operam de acordo com uma política regulatória clara, aprovada em nível político, operam horizontalmente, dispõem de uma equipe de especialistas e são ligados às instâncias administrativas centrais e às autoridades orçamentárias. Para mais detalhes, ver OCDE, 2008, p. 42 a 44 e 339 a 340 e Azumendi (2006, p.33-39).

⁹ Em 2005, já havia ocorrido perante a OCDE a revisão interpares do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Tal processo de revisão foi utilizado como um insumo bastante importante para a proposta de reestruturação do sistema, encaminhada por meio do Projeto de Lei nº 5.877/2005. O relatório final da revisão encontra-se disponibilizado em <http://www.seae.fazenda.gov.br/>.

¹⁰ Ver OCDE 2008, p. 338 a 351.

¹¹ Professores Doutores Martin Lodge, da London School of Economics and Political Science, e Kai Wegrich, da Hertie School of Governance, de Berlim.

¹² Ver Anexo A do contrato de empréstimo do programa disponível em www.planejamento.gov.br.

Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Kélvia. A Retomada da Reforma/Melhora Regulatória no Brasil: Um Passo Fundamental para o Crescimento Econômico Sustentado, dezembro de 2006. *Documento de Trabalho nº 35 da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda*, dezembro de 2006. Disponível em <http://www.seae.fazenda.gov.br/>

AZUMENDI, Sebastián López. Evaluación de experiencias internacionales en agencias e instrumentos de regulación económica: recomendaciones para Brasil. Informe final do *Projeto Banco Interamericano de Desenvolvimento BR-L1047 – Fortalecimento da capacidade institucional para gestão em regulação*, 2006.

BETTER REGULATION TASK FORCE. *From design to delivery*. Reino Unido, 2005. Disponível em <http://www.brc.gov.uk/publications/designdelivery.asp>> Acesso em: 15 mar. 2006.

BRASIL. Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no Atual Arranjo Institucional Brasileiro. *Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial*. Presidência da República, 2003. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/>> Acesso em: 17 mar. 2005.

_____. Projeto de Lei nº 3.337/04 que “dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, acresce e altera dispositivos das Leis nº 9.472, de 16 de julho de 1997, nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, nº 9.984, de 17 de julho de 2000, nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e nº 10.233, de 5 de junho de 2001, da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências”. Brasília, Câmara dos Deputados, 2004.

_____. Sugestões apresentadas em consulta pública ao anteprojeto de Lei que acresce e altera dispositivos das Leis nºs 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.472, de 16 de julho de 1997, 9.478, de 6 de agosto de 1997 e 10.233, de 5 de junho de 2001, instaurada por despacho do Ministro de Estado Chefe da Casa Civil nº 184, de 23 de setembro de 2003. Presidência da República, 2004. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/>> Acesso em: 17 mar. 2005.

_____. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília, Câmara da Reforma do Estado, 1995. Disponível em: <http://www.prodepa.psi.br/sqp/pdf/pdrae.pdf>> Acesso em: 10 mar. 2006.

GAETANI, FRANCISCO & ALBUQUERQUE, Kélvia. Análise de impacto regulatório e melhoria regulatória. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba Ramalho (Org.). *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: Anvisa/Casa Civil, 2009. p. 189-196.

HAHN, Robert e LITAN, Robert E. *Recommendations for improving regulatory accountability and transparency*. Testimony before the House of Government Reform Committee, March, 2003. Disponível em: <http://www.aie.brookings.org/admin/authorpdfs/page.php?id=250>> Acesso em: 10 mar. 2006.

MAJONE, Giandomenico. Do Estado Positivo ao Regulador: Causas e Conseqüências de Mudanças no Modo de Governança. In: *Revista do Serviço Público*. Brasília, n.1, jan-mar 1999, p. 5-36.

OECD. *Recommendation of The Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation*. Paris, 1995. Disponível em: [http://www.oilis.oecd.org/oilis/1995doc.nsf/LinkTo/OCDE-GD\(95\)95](http://www.oilis.oecd.org/oilis/1995doc.nsf/LinkTo/OCDE-GD(95)95)> Acesso em: 22 mar. 2005.

_____. *The OECD Report on Regulatory Reform – Synthesis*. Paris, 1997. Disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/17/25/2391768.pdf>.> Acesso em: 22 mar. 2001.

_____. *OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance*. Paris, 2005, a. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/24/6/34976533.pdf>> Acesso em: 10 fev. 2006.

_____. *Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries*. Paris, 2005, b. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/21/52/35258511.pdf>> Acesso em: 10 fev. 2006.

_____. Brasil Fortalecendo a Governança para o Crescimento. Brasil, 2008, disponível em: www.planejamento.gov.br/gestao

PICCIANI, Leornado. Parecer e Substitutivo ao Projeto de Lei nº 3.337/04. Brasília, Câmara dos Deputados, 2004.

* Kélvia Albuquerque é especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental e atualmente Gerente Regional da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) em São Paulo. Gerente de Projeto da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP) e representante do MP no Comitê Gestor do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG) quando da realização do Curso Regulação: Teoria e Prática, em julho de 2008. Este texto não reflete necessariamente as posições oficiais da Anac sobre os temas considerados.

DESAFIOS DA GOVERNANÇA REGULATÓRIA NO BRASIL

Luiz Alberto dos Santos

Introdução

Embora a atividade regulatória seja inerente ao exercício da atividade estatal, e a função regulação seja tão antiga quanto a própria formação do Estado brasileiro, o processo de reforma regulatória no Brasil somente ganhou destaque com o programa de desestatização iniciado em 1990.

Notadamente a partir dos anos 1950, não se poderia dizer que existia regulação no Brasil, no sentido clássico do termo, nos setores de infraestrutura, já que as áreas consideradas típicas pela regulação eram ocupadas por empresas estatais.

As primeiras agências reguladoras (Aneel, do setor de energia elétrica, e Anatel, do setor de telecomunicações) foram criadas a partir de 1996 inspiradas na experiência internacional, em particular, no modelo institucional norte-americano de agência reguladora independente, cuja implementação se deu a partir do final do século XIX e passou por vários momentos importantes, inclusive com a revisão e crítica desse tipo de instituição naquele país, especialmente sob os governos de orientação republicana e a partir do movimento de desregulação ocorrido nos anos 1980.

Esse modelo, assim como as suas contradições em face do regime presidencialista e do princípio da separação dos poderes, foi adotado de forma incompleta no Brasil, recebendo influências, também, da experiência europeia. Desse modo, não se pode dizer que o modelo brasileiro seja cópia exata de um ou outro país, mas caracteriza-se por ser o resultado de influências diversas, nem todas perfeitamente adaptadas às peculiaridades do regime político e da Constituição Federal, em especial a primazia historicamente

atribuída ao chefe do Poder Executivo no sistema político e administrativo do país.

Sob esse prisma, o presente artigo busca traçar um quadro dos desafios da governança regulatória no contexto administrativo brasileiro e das medidas que vêm sendo adotadas, desde 2003, com vistas ao seu aperfeiçoamento e superação dos déficits institucionais existentes, que comprometem a qualidade da regulação e a legitimidade, transparência, eficácia e eficiência do sistema regulatório em nível federal.

Características do modelo e propostas de ajuste

A experiência verificada nas agências voltadas à regulação da infraestrutura, a partir de 1996, ensejou forte impacto no modelo adotado no âmbito das instituições regulatórias do governo federal.

As soluções empregadas nesse segmento, ainda que orientadas sob uma lógica setorial específica, acabaram por se reproduzir, em boa parte, nas demais agências criadas posteriormente, cujas principais características são: autarquias sob regime especial; integrantes da administração indireta; vinculadas sem subordinação hierárquica em relação aos ministérios; estabilidade de seus dirigentes; e autonomia financeira. Desde 1996, foram criadas dez agências reguladoras federais: Aneel (1996), Anatel (1997), ANP (1997), Anvisa (1999), ANS (2000), ANA (2000), Antaq (2001), ANTT (2001), Ancine (2001) e Anac (2005)¹.

Não obstante sua necessidade para o bom funcionamento da economia e da prestação de serviços públicos em diversos setores, a criação e o funcionamento das agências reguladoras, ocorridos em meio ao processo de privatização e de redefinição dos contornos da atuação do Estado brasileiro, vêm sendo objeto de intensa controvérsia desde seu nascedouro. Considerando os fatores críticos cita-se, entre outros, os termos de relacionamento com seus órgãos supervisores na administração central, o regime jurídico de pessoal, além do fato de que essas agências foram criadas a partir de dinâmicas setoriais endógenas e não a partir de um movimento coordenado por parte da cúpula do governo no sentido de se caminhar na direção de um Estado regulador.

A implementação das propostas e modelos institucionais adotados para a redefinição do papel do Estado no Brasil, abrangendo o conjunto das atividades exclusivas de Estado, esbarrou na falta de consenso dentro do aparelho estatal já no segundo mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso, quando a própria definição de como proceder em relação às agências reguladoras tornou-se objeto de controvérsia, em especial no que se refere aos seus mecanismos de funcionamento, financiamento e estruturação.

Em função desse dissenso, problemas críticos não foram enfrentados e a Lei nº 9.986, de 2000, embora buscasse promover a reformulação de alguns aspectos do modelo adotado e a superação de problemas de gestão e organização, cometeu graves equívocos. Entre eles, destaca-se, particularmente, a desconsideração da necessidade de que as agências tivessem um quadro de pessoal protegido contra a demissibilidade. A opção então formulada pelo regime de emprego público nas agências foi considerada inconstitucional pelo STF ao apreciar a ADIn (ação direta de inconstitucionalidade) nº 2.310, em 2000, situação que permaneceu sem solução até o ano de 2003. A opção pela continuidade do emprego de um quadro de pessoal precário, composto por servidores comissionados, requisitados e contratados em caráter temporário mostrou-se problemática, dificultando a implementação de uma verdadeira cultura regulatória nessas instituições e seu processo de profissionalização.

Assim, ao iniciar-se o Governo do Presidente Lula a política regulatória evidenciava lacunas e fragilidades diversas. Acrescente-se a isso as questões legítimas de delegação e controle, em uma perspectiva política, inerentes ao modelo de agências em qualquer país. A eleição do presidente Lula, no final de 2002, foi a primeira mudança de coalizões no governo brasileiro desde as reformas econômicas e do Estado, o que exigiu um processo de aprofundamento da análise do papel e funcionamento das agências reguladoras.

O atual governo, em seu primeiro mandato, realizou intenso debate acerca da estrutura institucional para a regulação econômica no Brasil. Nesse sentido, foi constituído, por determinação do presidente da República, em março de 2003, um grupo de trabalho interministerial para analisar, discutir a organização e propor medidas em busca do aperfeiçoamento do

modelo institucional das agências reguladoras no âmbito do Poder Executivo Federal.

A criação do grupo de trabalho expressou as preocupações não só do presidente da República, mas de todo o governo federal, com relação ao adequado controle social das agências e ao papel dessas entidades na atual estrutura do Estado brasileiro, em uma economia de mercado com preponderância de empresas privadas em importantes áreas de infraestrutura². A Casa Civil da Presidência da República, nesse documento público, expressou o interesse do governo em consolidar e melhorar o modelo de agências reguladoras.

A análise concluiu que o modelo de agências – não obstante a clara necessidade de aprimoramento do quadro atual – é essencial para o bom funcionamento da maior parte dos setores encarregados da provisão de serviços públicos, com reflexos positivos no resto da economia³.

O relatório do grupo de trabalho, denominado “Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no Atual Arranjo Institucional Brasileiro”, ratificado pelos ministros da Câmara de Políticas de Infraestrutura e da Câmara de Política Econômica, orientou a ação do governo federal na área regulatória e originou ações governamentais no sentido de aprimorar o modelo institucional para a regulação econômica no Brasil.

A partir do diagnóstico constante desse relatório foi elaborado o Projeto de Lei nº 3.337/2004, que propõe alterações nas leis de regência de cada uma das agências reguladoras. Mais especificamente, o projeto de lei tem o objetivo de estabelecer uma Lei Geral das Agências Reguladoras, estendendo as melhores práticas adotadas em algumas agências e incorporando ao modelo novas práticas inspiradas na experiência e no debate internacional sobre o papel das agências, os instrumentos de supervisão, a responsabilização das agências perante o poder público e a sociedade, e a qualidade da regulação.

As principais alterações propostas foram:

a) restituição do poder de outorga das agências para os ministérios, tendo em vista que a formulação de políticas públicas deve ser exercida pela administração direta;

b) aumento do controle social com a instituição e implementação efetiva de instrumentos de avaliação da gestão e do desempenho da agência e obrigação de prestação de contas ao Congresso Nacional;

- c) criação de ouvidorias em todas as agências;
- d) interação operacional entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência; e
- e) interação entre as agências reguladoras e os órgãos reguladores estaduais, municipais e do Distrito Federal.

A proposta visava harmonizar o funcionamento de todas as agências reguladoras independentemente do mercado regulado. Embora existam leis gerais para toda a administração pública federal, da administração direta e indireta – como a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que se limita a estabelecer regras específicas para o processo administrativo no âmbito da administração pública federal; a Lei nº 8.666, de 1993, que trata das licitações e contratos; e a Lei nº 8.112, de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico único dos servidores públicos –, elas não tratam das questões gerais das agências reguladoras.

Nas agências, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, embora também tenha caráter geral, dispõe apenas sobre a gestão de recursos humanos e de alguns aspectos de sua organização, mostrando-se incompleta e insuficiente para suprir as necessidades de uma Lei Geral das Agências.

A moldura regulatória existente continha problemas estruturais, especialmente quanto à divisão institucional das funções entre a administração direta e as agências reguladoras, questionando a substancial transferência de poderes para agências independentes, bem como a falta de transparência e as deficiências do mecanismo de prestação de contas. Assim, a proposta restitui para os respectivos ministérios setoriais as atribuições relativas às outorgas e às licitações para a exploração dos serviços de utilidade pública (energia elétrica, telecomunicações, petróleo e gás natural, transportes terrestres e aquaviários).

Em resumo, o projeto de lei propõe atribuir aos ministérios a competência de formular a política setorial e de outorgar e conceder serviços públicos, por considerar ser essa uma tarefa típica de formulação de políticas públicas. Tais políticas devem ser definidas pelos agentes públicos eleitos pela sociedade, envolvendo, claramente, decisões que afetam o interesse público e devem estar sujeitas ao escrutínio da sociedade, que se manifesta por meio do voto. Às agências deve caber, precipuamente, regular e fiscalizar,

com base na lei, e de forma autônoma e não subordinada, mas sempre observados os princípios gerais da administração pública.

Além disso, a proposta visa ampliar os mecanismos de controle social e de prestação de contas, tornando obrigatório o processo de consulta pública com o acompanhamento de representantes de consumidores/usuários, a apresentação de relatórios anuais ao ministério setorial e ao Congresso.

Ainda no campo da transparência e do controle social, torna obrigatória a existência de uma ouvidoria independente em cada agência. Aperfeiçoa a interação operacional das agências reguladoras com os órgãos de defesa da concorrência. Por sua vez, o projeto de lei preserva a autonomia das agências ao manter o atual sistema de mandatos fixos e a não coincidência desses mandatos com o mandato do presidente da República.

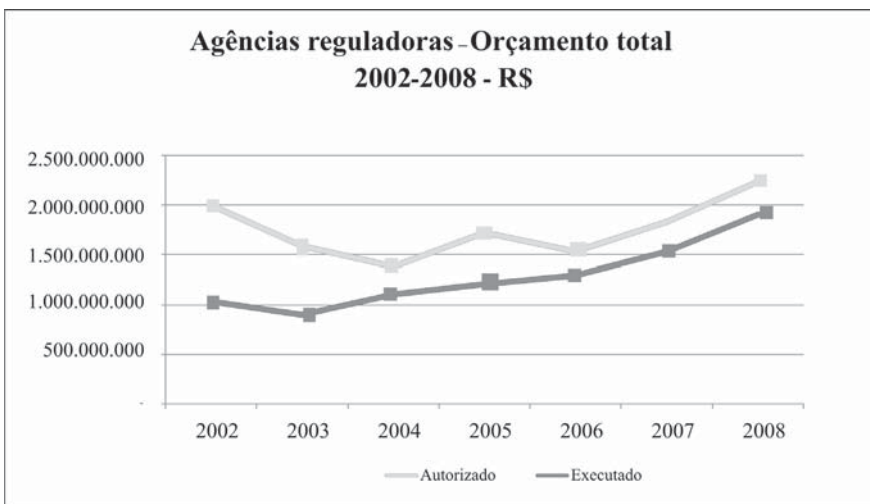
A duração dos mandatos é uniformizada em quatro anos, mas poderá ser excepcionalmente menor, pois o projeto de lei prevê que esses mandatos deverão se encerrar a partir do 13º e até o 18º mês do mandato do presidente da República. Desse modo, os presidentes das agências, que passarão a ser sabatinados pelo Senado Federal para exercer esse cargo, somente poderão ser substituídos após um período de um ano a contar do início do mandato presidencial.

As discussões também indicaram a necessidade de fortalecer as agências reguladoras e os ministérios setoriais. O primeiro passo nesse sentido foi dado em 2003, por meio da edição da Medida Provisória nº 155, de 23 de dezembro, dispondo sobre criação de carreiras e organização de cargos efetivos das agências reguladoras, e cargos nos ministérios responsáveis pela supervisão dessas agências, medida essa convertida, pelo Congresso Nacional, na Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004.

Desde então, e até o final de 2008, foram criados 9.615 cargos efetivos para os quadros das agências reguladoras, dos quais cerca de 4,5 mil já se achavam providos por meio de concursos públicos e outros 1,2 mil, em fase final de provimento. A fim de proporcionar aos ministérios maior capacidade de exercer suas funções de poder concedente e supervisor das agências e formulador das políticas setoriais, foram criados 600 cargos de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, acrescidos aos 960 cargos instituídos pela Lei nº 7.834, de 1989. Esses cargos se encontram em fase

de provimento, sendo sua alocação determinada por ato do ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, segundo as prioridades setoriais.

No que se refere à execução orçamentária e financeira, há ainda questões a serem equacionadas, mas, conforme demonstra o gráfico abaixo, a evolução da execução entre 2002 a 2008 identifica um crescimento da ordem de 83% nos gastos com pessoal, investimento e custeio no conjunto das agências reguladoras, contra um crescimento de 12,2% no orçamento autorizado:



Nota-se, assim, uma aproximação entre orçamento aprovado e orçamento executado, permitindo uma aferição mais realista da programação orçamentária e financeira. Com efeito, desde 2003 o realismo orçamentário, que deve ser um princípio geral norteador da ação governamental, tem sido buscado cotidianamente. A discussão sobre dotações destinadas à reserva de contingência, nesse contexto, revela-se falaciosa, na medida em que algumas agências são, formalmente, destinatárias de receitas patrimoniais e tributárias sem que, contudo, seja razoável supor que a elas caberia, exclusivamente, a aplicação desse orçamento.

Os recursos a serem alocados pelo Congresso às agências, portanto, devem estar ajustados às suas necessidades concretas de custeio, pessoal e investimento. No entanto, asseguradas melhores condições de gestão e eficiência, será possível avançar no sentido de vincular o atingimento de

metas de desempenho e qualidade de gestão à ampliação das dotações orçamentárias das agências reguladoras.

No que se refere à apreciação do Projeto de Lei nº 3.337, de 2004, a formulação apresentada pelo relator da matéria, deputado Leonardo Picciani, permite avaliar positivamente as suas perspectivas na Câmara dos Deputados.

O projeto foi incluído no Programa de Aceleração do Crescimento em 2007 como prioridade do governo, sendo uma das principais matérias do Poder Executivo na agenda do Congresso. Negociações mantidas pelo relator com vários segmentos, inclusive com a Frente Parlamentar das Agências Reguladoras, setor empresarial e governo, permitiram que o substitutivo apresentado incorporasse inúmeros avanços e aperfeiçoamentos, tais como:

- Melhor caracterização da natureza “especial” das agências e da autonomia que lhes é conferida, explicitando a sujeição delas aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da motivação;
- Obrigatoriedade de que as reuniões deliberativas dos conselhos das agências sejam públicas e gravadas em meio eletrônico, para dar maior publicidade e transparência às mesmas, exceto as destinadas a tratar de assuntos sigilosos;
- Sujeição das agências ao controle externo, já previsto na Constituição, tornou-se mais explícita;
- Substituição da previsão de exigência de que as agências firmem contratos de gestão. Em lugar disso, essas deverão incluir em seu Relatório Anual o cumprimento dos planos de trabalho que irão substituir o contrato de gestão originalmente proposto: o Plano Estratégico de Trabalho e o Plano de Gestão e Desempenho, compatíveis com o PPA e a Lei Orçamentária;
- Prazo fixo para apresentação de Relatório Anual perante o Congresso, nas duas Casas que avaliarão o cumprimento das metas estabelecidas para o exercício anterior e o cumprimento dos Planos Estratégico de Trabalho e de Gestão e Desempenho;
- Fixa a obrigatoriedade de que a agência aprove um Plano de Gestão e Desempenho, em lugar do contrato de gestão anual, mantida a mesma finalidade do contrato de gestão originalmente prevista: servir como

instrumento de acompanhamento da atuação administrativa da agência e da avaliação da sua gestão, devendo integrar a prestação de contas dessa e do ministério ao Tribunal de Contas da União (TCU);

- Fixa como objetivos do Plano de Gestão e Desempenho:

- a) aperfeiçoar e acompanhar as ações da agência, inclusive sua gestão, promovendo transparência e controle social;

- b) melhorar a cooperação entre agência e o poder público no cumprimento das políticas do setor;

- c) promover o aumento da eficiência e da qualidade dos serviços da agência, de forma a aprimorar o seu desempenho e incrementar a satisfação dos interesses da sociedade, com foco em resultados;

- O Plano de Gestão e Desempenho deverá contemplar:

- a) metas de cumprimento do Plano Estratégico;

- b) metas de desempenho administrativo, operacionais e de fiscalização;

- c) estimativa de recursos orçamentários e cronograma de desembolso necessário para o alcance das metas;

- d) descrição dos processos operacionais, recursos tecnológicos, humanos e informacionais e outros necessários ao alcance das metas;

- e) sistemática a ser adotada para acompanhamento e avaliação;

- Inclui dispositivo prevendo a inserção obrigatória, entre as metas de desempenho administrativo e operacional do Plano de Gestão e Desempenho, dos aspectos organizacionais e ações relacionados a:

- I) promoção da qualidade dos serviços prestados pela agência;

- II) promoção do fomento à pesquisa no setor regulado pela agência;

- III) promoção da cooperação com os órgãos de defesa da concorrência.

- Prevê, expressamente, que o Plano de Gestão e Desempenho será aprovado pelo Conselho Diretor da agência, e não pelo ministro da área, em face da mudança de contrato para plano;

- Mantém a previsão da existência de ouvidoria em cada agência reguladora, sem subordinação hierárquica ao Conselho Diretor. No entanto, fixa mandato de quatro anos para o ouvidor, em vez de dois anos, conforme proposto originalmente;

- Inclui previsão de aprovação prévia do ouvidor pelo Senado Federal e a forma de perda do mandato durante o curso deste (condenação judicial

ou em processo disciplinar, ou exoneração a pedido do presidente da República, autorizada pelo Senado);

- Fixa como atribuições para o ouvidor:

- a) zelar pela qualidade dos serviços prestados pela agência reguladora;

- b) acompanhar o processo interno de apuração das denúncias e reclamações dos interessados contra a atuação da agência ou dos entes regulados.

- Garante ao ouvidor o acesso a todos os processos da agência e o apoio administrativo necessário, assim como a prerrogativa de emitir relatórios semestrais, ou quando julgar oportuno, sobre a atuação da agência, a serem enviados ao ministro da Pasta e aos ministros da Fazenda, Casa Civil e Planejamento, assim como à Câmara dos Deputados, ao Senado Federal e ao TCU, ouvido, antes, o Conselho Diretor da agência, que terá 15 dias de prazo para se manifestar sobre o relatório;

- Autoriza as agências a constituir comitês de intercâmbio de experiências e informações entre si e com o Ministério da Fazenda (MF) visando estabelecer orientações e procedimentos comuns para o exercício da regulação;

- Inclui a previsão de que as agências deverão se articular com os órgãos e entidades de defesa do consumidor, visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor e do usuário de serviço público em sua esfera de atuação;

- Autoriza as agências a se articularem com órgãos de defesa do meio ambiente visando ao intercâmbio de informações, à padronização de exigências e procedimentos, à celeridade na emissão de licenças ambientais e à maior eficiência nos processos de fiscalização;

- Mantém o modelo proposto de restituição do poder concedente da agência para o Poder Executivo ou ministério, cabendo à agência promover os procedimentos licitatórios, mas com a concentração da decisão sobre o início e o fim do processo (decisão sobre o que licitar e prática do ato adjudicatório) no ministério ou no Poder Executivo, conforme o caso. Não haverá, assim, delegação de competências do ministério para a agência;

- Exclui a possibilidade de delegação do poder concedente pelos ministérios às agências, que poderão exercer apenas as competências previstas na lei;

- Inclui novas alterações à Lei nº 9.986, de 2000, a fim de uniformizar regras relativas a mandatos dos membros dos conselhos das agências, que serão uniformizados em quatro anos. Veda, no entanto, a recondução dos mesmos, que só poderão cumprir um mandato de quatro anos;

- Inclui previsão de que os mandatos, não coincidentes, deverão ser preenchidos de modo que a cada ano haja, em cada agência, o vencimento de um mandato e conseqüentemente nova indicação. Dessa forma, nas agências com quatro dirigentes, haverá renovação total ao longo do mandato do presidente da República;

- Incorpora, aos requisitos para o exercício do cargo de diretor e presidente de agências, a experiência comprovada, além da nacionalidade brasileira, reputação ilibada e elevado conceito no campo de especialidade relacionado aos cargos;

- Inclui regra expressa relativa à substituição do presidente nos casos de ausências eventuais (o cargo será exercido por membro do Conselho Diretor indicado pelo presidente);

- Inclui vedação expressa, geral, de que os membros do Conselho Diretor exerçam outras atividades profissionais, sindicais ou político-partidárias ou de direção empresarial, exceto magistério universitário;

- Caracteriza como crime de advocacia administrativa o desrespeito ao impedimento no período de quarentena;

- Inclui dispositivo tratando da situação em que haja conflito de interesse (ter interesse significativo, direto ou indireto, em empresa ou entidade que atue no setor sujeito à regulação exercida pela agência reguladora em que atua, ou que tenha matéria ou ato submetido à apreciação dessa);

- Inclui regra para dispor sobre interinidade em cargo de membro da direção de agência, em caso de vacância de cargo, e até que seja escolhido e empossado novo dirigente. Para isso, será elaborada lista sêxtupla pelo Conselho Diretor e encaminhada ao presidente da República até 10 de dezembro de cada ano, para vigorar no ano seguinte. A lista deverá ser formada por servidores da agência ocupantes de cargos de chefia escolhidos

pelo presidente da República entre os indicados pelo Conselho Diretor. Caso o decreto não seja publicado até 31 de janeiro de cada ano, exercerá a interinidade o superintendente mais antigo; e

- Inclui dispositivos ajustando a lei de criação da Anac – posterior ao envio do projeto de lei original – às novas diretrizes sobre poder concedente e divisão de competências com o ministério.

Tais inovações, de grande importância para o aperfeiçoamento da governança regulatória, guardam consonância com as propostas, demandas e reivindicações das próprias agências, mas também acham-se afinadas com as propostas defendidas em documentos e diagnósticos de instituições como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, cujo estudo “OCDE – Relatório sobre a Reforma Regulatória no Brasil” (OCDE, 2008), publicado em maio de 2008, permitiu validar, em grande medida, não somente o diagnóstico, como o conjunto de propostas adotadas ou em discussão no Congresso Nacional desde 2003.

Não obstante o estágio avançado dos entendimentos em torno da proposta, até o presente ela não logrou ser apreciada pelo Plenário da Câmara dos Deputados. Mesmo com o apoio expresso de partidos da base de sustentação do governo e partidos de oposição, que reconhecem a necessidade de sua aprovação, ainda que sujeita ao debate sobre aspectos pontuais, as condições da agenda legislativa ainda não propiciaram a janela de oportunidade para a conclusão desse processo.

Governança Regulatória e Coordenação Governamental: o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG)

No contexto mais amplo da melhoria da governança regulatória, merece destaque a iniciativa adotada pelo governo federal em 2007 de instituir um programa específico voltado à melhoria da qualidade da regulação, a partir da identificação de experiências e oportunidades de aperfeiçoamento da capacidade institucional para a gestão dos órgãos reguladores.

Em virtude de suas funções de coordenação governamental, a Casa Civil da Presidência da República tem assumido o protagonismo na discussão

da reforma regulatória em determinados momentos, como por ocasião da criação do grupo de trabalho interministerial que resultou no Projeto de Lei nº 3.337, de 2004. Porém, não existe no Brasil um órgão ligado ao centro do governo que se dedique sistematicamente à supervisão, promoção, coordenação e monitoramento da qualidade da atividade regulatória.

Assim, no exercício dessa função, a Casa Civil da Presidência da República, em articulação com os ministérios da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão, propôs a criação do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG), instituído pelo Decreto nº 6.062, de 16 de março de 2007, com a finalidade de contribuir para a melhoria do sistema regulatório, da coordenação entre as instituições que participam do processo regulatório exercido pelo governo federal, dos mecanismos de prestação de contas e de participação e monitoramento por parte da sociedade civil, e da qualidade da regulação de mercados.

Com execução iniciada, efetivamente, em 2008, o programa é financiado por operação junto ao Banco Interamericano do Desenvolvimento (BID), contratada com autorização do Senado Federal após cerca de dois anos de negociação com a participação de diversos ministérios e agências reguladoras.

O PRO-REG busca formatar um conjunto de iniciativas que atendam aos seguintes objetivos: o fortalecimento do sistema regulatório, da capacidade de formulação e análise de políticas públicas nos setores regulados; a melhoria da coordenação e do alinhamento estratégico entre políticas setoriais e processo regulatório; o fortalecimento da autonomia, transparência e desempenho das agências; o desenvolvimento e aperfeiçoamento dos mecanismos para o exercício do controle social e transparência etc.

Esse programa, que tem um horizonte de três anos para sua implementação, é conduzido por duas instâncias: um comitê gestor, composto pela Casa Civil, Ministério do Planejamento e Ministério da Fazenda; e um comitê consultivo, composto pelos ministérios que têm agências reguladoras sob a sua supervisão, como os ministérios de Minas e Energia, das Comunicações, dos Transportes, da Saúde, da Cultura, da Defesa e do Meio Ambiente, além do Ministério da Justiça, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e todas as dez agências reguladoras.

No que se refere aos componentes que visa implementar, destacam-se o fortalecimento da capacidade de formulação e análise de políticas e a melhoria da coordenação e do alinhamento estratégico, envolvendo, inclusive, estudos e propostas para o desenho de uma estratégia de implementação e institucionalização da análise de impacto regulatório. Trata-se de criar condições técnicas e políticas com vistas à introdução, na agenda do governo e no debate com as instituições regulatórias, dessa ferramenta largamente empregada nos países membros da OCDE, para a melhoria da qualidade da regulação no país.

O segundo componente de maior importância é o fortalecimento da autonomia, transparência e desempenho das agências, cuja implementação deverá contemplar um programa de capacitação em análise de impacto regulatório; o desenvolvimento e implementação de um sistema de seleção de diretores, formulação e implementação de programa de capacitação em processos administrativos e gestão por resultados. Trata-se de questões centrais para a melhoria da qualidade da regulação e aumento da transparência e melhoria do desempenho das agências.

Entre os componentes do projeto está prevista, ainda, a concepção e implementação de uma Unidade de Coordenação, Monitoramento e Avaliação de Assuntos Regulatórios, no Poder Executivo, buscando identificar, na experiência internacional relativa aos *regulatory oversight bodies*, especialmente de países como México, Reino Unido e Estados Unidos, modelos aplicáveis ao contexto organizacional e administrativo brasileiro. Segundo a OCDE (2008b),

Oversight bodies have been key actors in the process of regulatory reform, working as 'engines of reform', maintaining a whole-of-government approach, coordinating inside the administration. The main role of oversight bodies is to ensure regulatory quality. This is done through supervision, control and coordination of the regulatory programme and system. Regulators are forced to demonstrate and justify the relevance of their regulatory actions (newly proposed and existing), using accountability and assessment mechanisms. Oversight bodies

*advocate and promote reform, and encourage regulatory ‘champions’, also non governmental institutions, to support improvements in the regulatory system. In a challenging and reforming environment, institutions need capacity building and competent human resources; oversight bodies offer technical advice and support throughout government.*⁴

Finalmente, um componente-chave do PRO-REG é o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle social, envolvendo a identificação e disseminação de métodos e técnicas voltados ao maior envolvimento e qualificação dos atores sociais no processo regulatório.

A partir da implementação do PRO-REG, existe a expectativa de desenvolvimento de instrumentos de análise custo-benefício da regulação, mecanismos de cooperação intergovernamental para monitorar e avaliar a qualidade da regulação, além da criação de uma unidade no âmbito da administração central, dotada de capacidade técnica e base de dados, para cumprir a função de coordenar, avaliar e monitorar temas de regulação.

Ao final desse processo, espera-se dar continuidade às medidas de aperfeiçoamento e melhoria das agências reguladoras para que, como instituições de Estado, mas não necessariamente afastadas do governo, possam efetivamente contribuir para que os direitos dos consumidores e a estabilidade dos mercados sejam igualmente preservados. Que haja, efetivamente, instituições sólidas, resistentes a pressões e a interferências não apenas de natureza política – como se a política fosse por si só um mal – e que sejam reduzidos os riscos de captura inerentes ao ambiente em que atuam essas instituições.

Desafios da governança regulatória no Brasil e avanços recentes

A governança regulatória não se resume, porém, ao enfrentamento de temas relacionados apenas à organização e funcionamento das agências reguladoras e órgãos supervisores ou formuladores das políticas setoriais. Ela se insere em um contexto maior que diz respeito ao funcionamento

do governo como um todo, no exercício de suas capacidades e em suas relações com a sociedade e agentes econômicos. Essa governança é ainda mais complexa em virtude dos fatores determinantes da democracia, tão representativa quanto a *governança democrática* ou *democracia participativa*, que surge a partir das demandas cada vez mais intensas da sociedade organizada e dos grupos de interesse.

Um dos aspectos centrais a serem considerados é a necessidade de articulação de medidas voltadas à ampliação e melhoria do acesso à informação em todos os setores da administração. Como destaca Christopher Hood (2001, p.700-701)⁵, a transparência é um valor cada vez mais importante nas democracias modernas, e assume um caráter de centralidade nas discussões contemporâneas tanto sobre governança democrática quanto sobre a reforma do serviço público, sendo o acesso amplo à informação e a eliminação do “segredo” considerados condição para a prevenção da corrupção e a promoção da *accountability*. Estudos evidenciam que níveis mais elevados de transparência são um “remédio eficiente” para essas necessidades, especialmente quando combinados com uma democracia eleitoral regular, com o emprego de meios adequados de publicização e com a existência de ampla liberdade de imprensa, reduzindo *ex ante* as oportunidades de corrupção e aumentando a *accountability ex post* (LINDSTEDT e NAURIN, 2006)⁶.

Se existe, por um lado, uma tensão vinda da sociedade, do mercado, enfim, de que é preciso ampliar o acesso à informação, por outro lado há uma tensão natural, interna à burocracia, que ainda reside na cultura do segredo na administração pública, de tratar todas as informações como sigilosas e, com isso, preservar espaços de poder e estabelecer uma hierarquia entre agentes públicos e cidadãos que, no contexto da governança responsiva⁷, não se sustenta.

É inegável que no Brasil, nos últimos dez anos, houve um avanço muito grande no que se refere ao aumento da transparência e do acesso à informação. As iniciativas voltadas à ampliação do governo eletrônico são bastante ilustrativas. Cada vez mais essas tecnologias propiciam o acesso a todo e qualquer cidadão brasileiro, em qualquer ponto do país, não apenas a normas, leis e regulamentos, mas também a serviços públicos.

No âmbito do Poder Legislativo, toda a legislação e todo o processo legislativo em suas várias fases estão disponibilizados na internet, praticamente em tempo real, para qualquer cidadão. O Tribunal de Contas da União disponibiliza informações bastante atualizadas e completas sobre processos e decisões relacionados à sua atividade de controle. No Poder Judiciário, praticamente a totalidade das decisões judiciais dos tribunais superiores, particularmente do Supremo Tribunal Federal, mas também do STJ, TSE, TST e quase todos os órgãos do Poder Judiciário, estão disponíveis mediante instrumentos de consulta e acompanhamento, permitindo a qualquer cidadão, a todo momento, consultar a tramitação judicial e a jurisprudência, além de poder dar início ao próprio processo judicial por meio eletrônico.

No Executivo, as tecnologias de informação e comunicação têm viabilizado um aumento significativo do emprego de consultas públicas por meio da internet, feitas pelas agências reguladoras, pelos ministérios e outras instituições. A legislação federal é também disponibilizada on line por intermédio dos sítios da Casa Civil da Presidência da República e ministérios. Inúmeros ministérios têm espaços específicos para a disponibilização de sua legislação. O próprio Diário Oficial, que era de difícil acesso, demandando, muitas vezes, períodos de até sete dias para chegar aos estados, é hoje disponibilizado instantaneamente, e qualquer cidadão tem acesso à versão do dia e de anos anteriores por meio da internet. O amplo uso dessa tecnologia tem, portanto, propiciado a ampliação do acesso à informação pública e isso, além das questões puramente regulatórias, normativas e legais, envolve ações de governo em várias áreas e serviços públicos cada vez mais disponibilizados.

A partir de 2005, a implantação, por meio de decreto presidencial, do Portal da Transparência, propiciou o acesso a dados e informações sobre contas públicas, execução de convênios, transferências e uma série de elementos de informação disponíveis on line que permitem a fiscalização da administração pública. E, finalmente, vários órgãos da administração pública, como a Receita Federal, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, o Ministério da Previdência Social, o Ministério da Saúde e outros propiciam o acesso instantâneo a um conjunto riquíssimo de informações de interesse

dos contribuintes, dos servidores públicos, sobre a saúde pública no Brasil, sobre benefícios previdenciários, enfim, informações e serviços públicos relevantes, materializando avanços que até pouco tempo atrás eram classificados no campo da ficção científica.

O acesso à informação tem avançado no plano legislativo, na medida em que várias leis aprovadas, desde a Constituição de 1988, propiciaram essa ampliação, assegurando o direito à informação. Ainda que a Lei de Processo Administrativo em vigor não seja ideal, várias leis a complementam no sentido de propiciar maior acesso e facilidade do cidadão no seu relacionamento com a administração pública, no sentido de requerer e obter informações de seu interesse.

É o caso, por exemplo, da Lei nº 8.159, de 1991, que trata do acesso a documentos e arquivos públicos e informações de posse dos órgãos públicos; a Lei nº 9.051, de 1995, que assegura a cada cidadão o direito de requerer certidões para defesa de seus direitos e esclarecimento de situações; a Lei de Acesso à Informação Ambiental, de 2003, uma lei também da maior importância que permite a qualquer interessado a consulta a dados e informações ambientais existentes nos órgãos do Sistema Nacional de Meio Ambiente (Sisnama). Existe a Lei nº 11.111, de 2005, que flexibilizou um pouco mais as regras de acesso à informação dispostas na Lei nº 8.159, de 1991, e que restringiu o uso da prerrogativa de atribuição de sigilo, no grau de ultra-secreto, por parte da administração. Tem-se ainda o Decreto nº 5.482, de 2005, que institucionalizou o já mencionado Portal da Transparência, permitindo e tornando obrigatória a disponibilização, em linguagem acessível e simplificada, de informações sobre gastos públicos, repasses, operações de descentralização de recursos etc.

Finalmente, o presidente da República enviou ao Congresso Nacional, em 13 de maio de 2009, a partir de proposta de um conjunto de ministérios – incluindo a Controladoria-Geral da União, a Casa Civil, o Conselho de Transparência e Combate à Corrupção, o Gabinete de Segurança Institucional, o Ministério das Relações Exteriores, o Ministério da Justiça, a Secretaria Especial de Direitos Humanos, o próprio Ministério Público, além do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão –, projeto de lei consolidando as normas sobre acesso à informação, avançando no sentido de proporcionar

um acesso mais efetivo e ampliando o escopo desse direito para que as informações utilizadas pela administração pública no seu processo decisório tornem-se acessíveis e disponíveis ao cidadão. A proposta, em consonância com experiências recentes do México, Chile e Argentina, pretende colocar o país no rol das nações que contam com leis de acesso à informação amplas e eficazes.

A governança regulatória coloca como desafio o tema da judicialização do conflito administrativo, especialmente em face do sistema constitucional brasileiro, que propicia a submissão irrestrita das decisões regulatórias ao crivo do Poder Judiciário, e a necessária discussão sobre a qualidade da justiça. Destaca-se a necessidade de buscar a redução da judicialização sem, contudo, comprometer o direito de acesso dos cidadãos e das empresas ao Poder Judiciário e à sua manifestação. Tal desafio implica não somente a melhoria da qualidade da regulação como o enfrentamento dos conflitos durante o próprio processo regulatório – e espera-se que, ao remeter a solução do conflito ao Judiciário, este esteja qualificado para exercer a função de julgador, tanto do ponto de vista jurídico quanto técnico. A criação de câmaras ou varas especializadas em temas regulatórios e concorrências, embora seja uma necessidade amplamente apontada, é de implementação complexa e depende, efetivamente, de iniciativa legislativa do próprio Poder Judiciário.

Uma das mais importantes medidas voltadas a esse desafio foi a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, uma das consequências imediatas da prioridade dada pelo governo à Reforma do Judiciário, inclusive com a criação de uma secretaria inédita para tratar do assunto. Depois de mais de 15 anos, graças a esse impulso, a emenda restou aprovada, assim como o novo Código Civil, tendo sido sancionado em 2004. O conjunto de medidas adotadas nessa direção visa exatamente promover uma melhoria do controle externo da atividade do Poder Judiciário e buscar maior eficiência, celeridade, qualidade, confiabilidade e transparência. Objetiva também, com a introdução da súmula vinculante, assegurar maior coerência nas decisões do Poder Judiciário, permitindo que o Supremo Tribunal Federal estabeleça entendimentos a serem observados pelas instâncias inferiores em casos especiais, reduzindo, assim, a judicialização do conflito.

A transparência e participação da sociedade é um elemento cada vez mais central. Sua ampliação é um desafio que requer uma postura muito nítida no sentido de abrir espaços a essa participação e de estabelecer instrumentos institucionais que a viabilizem. Diversas agências já dispõem de conselhos consultivos e órgãos assemelhados, enquanto as ouvidorias, processos de consulta, audiências públicas regulares e efetivas são instrumentos essenciais, cujos aperfeiçoamento e disseminação se oferecem como alternativa realizável, mas que requer o enfrentamento do problema dos custos de participação, a redução da assimetria de informação e a garantia da pluralidade de atores.

No campo da governança democrática, o Governo do Presidente Lula tem fortalecido as instâncias de participação da sociedade na gestão pública. Existem atualmente, no governo federal, cerca de 90 diferentes órgãos como conselhos, comitês e instâncias consultivas, deliberativas e de aconselhamento dos quais participa efetivamente a sociedade civil ou suas representações.

As audiências públicas e as consultas públicas são cada vez mais empregadas. Só na Anvisa, desde a sua criação até 2008, mais de 800 consultas públicas foram realizadas. Frequentemente esse instrumento é utilizado como parte do processo de tomada de decisão sobre as políticas públicas e o exercício do poder normativo e regulamentar, não apenas nas agências reguladoras, mas no conjunto da administração. Esse é um compromisso que o governo vem buscando honrar e implementar, tendo adotado medidas concretas para fortalecer a participação da sociedade civil no processo de elaboração do Plano Plurianual, como ocorreu em 2003 e 2007, e que deverá ser regulamentado para o futuro. Trata-se de uma marca da administração pública no Brasil, em nível municipal. As experiências de orçamento participativo têm sido extremamente importantes para dar aos cidadãos a oportunidade de participar das decisões no que se refere à alocação de recursos.

Finalmente, um desafio que se destaca, no caso brasileiro, é o próprio desenho das instituições regulatórias, que introduz uma variável fundamental na divisão do poder. Apesar de a experiência pátria ter começado em 1996, quando foi introduzido o desenho institucional de agências autônomas e com garantias para seus dirigentes no que se refere a mandato fixo, trata-se de uma inovação ainda em fase de elaboração e implementação.

O desenho do Estado no Brasil é também, de fato, muito complexo, o que coloca como dificuldade a comparação internacional. O Brasil é uma

República Federativa composta por 27 unidades, inclusive o Distrito Federal, com três poderes constitucionalmente harmônicos e independentes entre si, e onde não se admite a delegação de competências legislativas, exceto no que se refere às leis delegadas e às medidas provisórias. O Poder Executivo brasileiro é, historicamente, bastante fragmentado internamente, pela existência de grande número de ministérios e secretarias na administração direta. Ademais, há uma quantidade significativa de órgãos, fundações, autarquias, empresas estatais, beirando mais de duas centenas de entidades diferentes, e um setor “quase estatal”, parte dele oriundo da estrutura corporativa do Estado Novo, além de instituições de controle nos poderes Legislativo e Judiciário e no Ministério Público, que atuam, frequentemente, tensionando a forma como o Poder Executivo se comporta.

Em relação às agências reguladoras, o Projeto de Lei nº 3.337, de 2004, não responde – e nem poderia responder – pela totalidade das soluções dos problemas da agenda regulatória do Brasil. Existe ainda hoje um conjunto grande de instituições que exercem funções regulatórias, mas não são, formalmente, agências reguladoras. Por isso, o alerta da OCDE de que a reforma regulatória não pode ser exclusiva para as agências reguladoras, mas é uma abordagem integral do processo regulatório no governo como um todo. Há no governo federal diversas instituições que exercem essas funções e que não são, legalmente, agências reguladoras. As próprias agências reguladoras que existem atualmente ainda têm um nível de disparidade institucional naquilo que poderia ser chamado de isomorfismo institucional imperfeito. Ou seja, o modelo foi copiado, mas não adequadamente adaptado e, naquilo que foi copiado, a implantação se deu de forma diferenciada, sem razoabilidade suficiente, entre as dez agências reguladoras que foram criadas a partir de 1996. Daí a necessidade de alguns ajustes e adequações nesse modelo.

Quando, em 2003, foi implementado um grupo de trabalho interministerial, coordenado pela Casa Civil, com essa finalidade, buscou-se identificar no modelo e no processo de implementação desse as suas virtudes e defeitos. Entre os problemas identificados, verificou-se: a precariedade dos instrumentos utilizados na implementação das agências, inclusive a incompletude e improvisação do modelo; o pouco uso dos instrumentos de transparência e consulta pública, uma prática ainda não tão disseminada; o

baixo grau de *accountability*, diante de seus *stakeholders* e, particularmente, diante da sociedade; o elevado risco de captura, consequência do baixo nível de autonomia técnica e decisória e da ausência de quadros profissionalizados naquela ocasião; o nível insuficiente da qualidade da regulação *vis à vis* os parâmetros internacionais usualmente considerados; a absorção indevida de competências de formulação de políticas pelas agências, em alguns casos, decorrente, em parte, da omissão dos ministérios e da adoção de uma perspectiva de esvaziamento ministerial; a disponibilidade de recursos humanos ainda insuficiente, tanto nas agências quanto nos ministérios; e a impropriedade do uso do poder concedente conferido por lei às agências reguladoras.

Essa estruturação funcional incompleta não poderia produzir os melhores resultados. Um dos elementos nesse processo que mais chamaram a atenção foi a inadequação dos quadros de pessoal nas agências e nos ministérios, o que exigiu medidas mais rápidas e urgentes, em se tratando de uma questão fundamental. Verificou-se, ainda, outras questões como a falta de cooperação entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência, e a insuficiência dos instrumentos de controle social e de controle de gestão.

O preço dessa incompletude é a qualidade da regulação que, no Brasil, ainda não atingiu patamares adequados quando considerada em perspectiva comparada, apesar das dificuldades de comparação entre sistemas políticos e administrativos distintos. Em uma abordagem mais abrangente, feita a cada ano pelo Banco Mundial e que classifica os países de acordo com indicadores de governança, o Brasil está em situação inferior à de países latino-americanos como a Colômbia e o México e bem distante do Chile, que não tem agências reguladoras autônomas como normalmente são entendidas essas instituições.

O modelo de agências reguladoras vem, portanto, sendo objeto de revisão no Projeto de Lei nº 3.337, enviado ao Congresso em 2004, e que visa, exatamente, resolver alguns desses problemas, entre eles a revisão das competências das agências, a redefinição e a qualificação do conceito de autonomia, buscando atender ao princípio de que a agência deve ter autonomia técnica e capacidade para exercer as funções de regulação e fiscalização que lhe são típicas. A definição de políticas, portanto, não cabe às agências reguladoras.

Importante para a redução dos riscos de captura e aumento da integridade no ambiente administrativo, particularmente nas agências reguladoras, é o Projeto de Lei (PL) nº 7.528, de 2006, em tramitação no Congresso, que trata das questões relativas a conflito de interesses. Já aprovado pela Comissão de Trabalho, de Administração e de Serviço Público da Câmara dos Deputados, o PL trabalha essa questão de forma mais abrangente, estabelecendo um prazo maior para inibir o *revolving doors*, passando de quatro meses para um ano o período de quarentena. Apesar do tema já ter sido objeto de enfrentamento nas agências reguladoras, desde sua criação⁸, a proposta em exame no Congresso vem dar tratamento mais adequado e abrangente às situações de conflito de interesses que, nos setores regulados, são ainda mais problemáticas.

As perspectivas atuais do Projeto de Lei nº 3.337, de 2004, são no sentido de se concluir a sua negociação e votação com a maior brevidade possível, a depender, evidentemente, do calendário da Câmara dos Deputados, que tem sido bastante difícil de prever. Trata-se de um projeto prioritário para o governo, incluído entre as propostas do Programa de Aceleração do Crescimento, e já exaustivamente negociado, mas que não conseguiu ser apreciado conclusivamente.

Há a necessidade de incorporação de sugestões e contribuições oriundas de diversos setores, tais como a Câmara Americana de Comércio, Federação da Indústria de São Paulo e outros segmentos. São assuntos a serem negociados em plenário para a aprovação do PL, voltados, especialmente, à melhor definição do escopo das agências, melhor conceituação de regulação e de sua abrangência, à questão da autonomia orçamentária, entre outros aspectos que ainda precisam ser mais bem equacionados no campo da redação.

Finalmente, tem-se a Proposta de Emenda à Constituição nº 81, de 2003, já aprovada em primeiro turno no Senado Federal, que trata de incorporar na Constituição um novo artigo (175-A) com a previsão da existência de agências reguladoras como entidades sujeitas a regime autárquico especial, destinadas ao exercício de atividades de regulação, fiscalização e aplicação de sanções com vistas ao funcionamento adequado dos mercados e da estruturação de serviços e bens públicos.

Os princípios que essas instituições deveriam observar no seu funcionamento, definidos pela emenda, são aqueles que, tradicionalmente, respondem

a essa natureza, como a proteção do interesse público; a defesa da concorrência e do direito do consumidor; a promoção da livre-iniciativa; a prestação de contas; a impessoalidade, transparência e publicidade; a autonomia decisória, administrativa e financeira; a decisão colegiada; a notória capacidade técnica e reputação ilibada para o exercício das funções de direção; a estabilidade e previsibilidade das regras; enfim, um conjunto de princípios inquestionáveis no que se refere ao interesse da sociedade.

Entre os principais desafios a serem enfrentados para obter uma melhoria da governança regulatória no Brasil, destacam-se, portanto, o aumento da legitimidade, capacidade e transparência das instituições regulatórias, de modo que a sociedade tenha os melhores instrumentos para atendimento de seus interesses. A clareza de papéis, limites e responsabilidades das instituições reguladoras, nos termos da Constituição Federal, é um elemento primordial, evitando-se, assim, os conflitos entre atores burocráticos em um ambiente fragmentado e complexo.

É também fundamental a definição clara e precisa da extensão e dos limites da autonomia das agências reguladoras naquilo que elas efetivamente precisam para bem exercer as suas funções, compatíveis com o sistema constitucional. É necessário buscar, ainda, o aperfeiçoamento dos mecanismos de coordenação, supervisão e implementação da análise de impacto regulatório, que somente poderá se viabilizar como resultado de um processo de envolvimento e parceria entre as instituições de governo e a sociedade. Finalmente, é preciso promover o aperfeiçoamento e a consolidação normativa, de modo a reduzir a obsolescência dos marcos regulatórios e também do conjunto normativo. A ampliação dos esforços para que se promova a simplificação administrativa e a redução dos excessos burocráticos é essencial.

Com o enfrentamento desses desafios, um novo patamar de desenvolvimento da governança regulatória no Brasil poderá ser alcançado e serão superados gargalos institucionais para que a qualidade da regulação no país atinja níveis superiores e compatíveis com o grau de desenvolvimento de nossa democracia.

No entanto, o aperfeiçoamento das instituições, inclusive no campo da regulação, é uma tarefa contínua e permanente, pois sua evolução deverá acompanhar o desenvolvimento econômico, político e social do Brasil.

Notas

- ¹ Mais detalhes sobre o processo histórico de implementação das agências podem ser vistos em: Pó, Marcos Vinicius e ABRÚCIO, Fernando Luiz. Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, jul./ago., 2006. Disponível em: (<http://www.scielo.br/scielo.php>).
- ² BRASIL. Presidência da República. Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial. *Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no Atual Arranjo Institucional Brasileiro*. 2003.
- ³ Idem.
- ⁴ T.E. As instituições de supervisão têm desempenhado um papel chave no processo de reforma da regulação, trabalhando como ‘motores da reforma’, mantendo uma abordagem integral do governo, coordenando internamente a administração. O principal papel das instituições de supervisão é assegurar a qualidade da regulação. A qualidade é assegurada por meio da supervisão, controle e coordenação do sistema e do programa de regulação. Os reguladores são forçados a demonstrar e justificar a relevância de suas ações regulatórias (ações novas e existentes), usando mecanismos de avaliação e *accountability*. Instituições de supervisão defendem e promovem reformas, e encorajam os ‘defensores’ da regulação, que incluem as instituições não governamentais, a apoiar melhorias no sistema regulatório. Em um ambiente de desafios e de reformas, as instituições necessitam de recursos humanos competentes e de desenvolver suas capacidades; as instituições de supervisão oferecem assessoria técnica e apoio em todo governo. In: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Background Document on Oversight Bodies for Regulatory Reform*. Apr. 2008, 11 p.
- ⁵ HOOD, Christopher. Transparency. In: *Encyclopaedia of Democratic Thought*. London: Routledge, 2001, p. 700-704.
- ⁶ LINDSTEDT, Catharina & NAURIN, Daniel. *Transparency Against Corruption – A Cross-Country Analysis*. Paper presented at the “IPSA 20th World Congress”, Fukuoka, Japan, 9-13 July 2006. Disponível em: http://www.qog.pol.gu.se/research/reports/Lindstedt_Naurin.pdf.
- ⁷ Responsividade (*responsiveness*) é o atributo que indica se agentes públicos respondem ou não às demandas do sistema político, do processo decisório e dos mecanismos de controle, ou seja, se o administrador público está sujeito à responsabilização quando não observa a vontade do administrado. Para Dahl, a responsividade contínua do governo às preferências dos cidadãos é uma característica-chave da democracia (1971, apud MANIN, PRZEWORSKI e STOCKES, 1999, p.4). Segundo Manin, Przeworski e Stokes (1999, p.9), “*a government is ‘responsive’ if it adopts policies that are signaled as preferred by citizens. These signals include public opinion polls, various forms of direct political campaigns, and the like; and, during elections, votes for particular platforms. Hence, the concept of responsiveness is predicated on the prior emission of messages by citizens*”. Segundo as Nações Unidas, a governança responsiva emerge como uma tendência mundial, uma vez que o Estado não é mais o único locus de poder na sociedade: “*With the State no longer the single locus of power in society, the meaning and importance of the concept of accountability in public management have expanded considerably. Senior officials, for example, are increasingly expected to be responsive to the needs and demands of various stakeholder groups in society. The old notion of bureaucratic insulation is gradually giving way to new and more responsive forms of governance.*” (UNITED NATIONS, 2005, p.22).
- ⁸ A Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que instituiu a Aneel, previu no seu art. 9º um período de “quarentena” de 12 meses, durante o qual o ex-dirigente estaria impedido de

prestar, direta ou indiretamente, independentemente da forma ou natureza do contrato, qualquer tipo de serviço às empresas sob sua regulamentação ou fiscalização, inclusive controladas, coligadas ou subsidiárias, incorrendo, em caso de infração à vedação, na prática do crime de advocacia administrativa. A Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, que criou a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, estabeleceu, no seu art. 14, regra semelhante para seus ex-diretores, vedando por doze meses, após o término do mandato ou exoneração do cargo, a prestação, direta ou indireta, de qualquer tipo de serviço a empresa integrante da indústria do petróleo ou de distribuição. A Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, fixou para todas as agências reguladoras federais uma “quarentena” uniforme de quatro meses após o término do mandato ou exoneração, durante a qual o ex-diretor ficaria proibido de prestar serviços a empresas do setor regulado pela respectiva agência.

Bibliografia

- BRASIL. Presidência da República. Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial. *Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no Atual Arranjo Institucional Brasileiro*. 2003.
- HOOD, Christopher. Transparency. In: *Encyclopaedia of Democratic Thought*. London: Routledge, 2001, p. 700-704.
- LINDSTEDT, Catharina & NAURIN, Daniel. *Transparency Against Corruption – A Cross-Country Analysis*. Paper presented at “the IPSA 20th World Congress”, Fukuoka, Japan, p.9-13, July 2006. Disponível em: http://www.qog.pol.gu.se/research/reports/Lindstedt_Naurin.pdf.
- MANIN, Bernard; PRZEWORKI, Adam & STOKES, Susan. Introduction. In: PRZEWORKI, Adam; STOKES, Susan & MANIN, Bernard (ed.), *Democracy, Accountability and Representation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 1-27.
- ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Relatório sobre a Reforma Regulatória no Brasil*. Paris e Brasília, 2008.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Background Document on Oversight Bodies for Regulatory Reform*. Paris, Apr. 2008, 11 p.
- PÓ, Marcos Vinicius e ABRÚCIO, Fernando Luiz. Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, jul./ago. 2006. Disponível em: (<http://www.scielo.br/scielo.php>)
- UNITED NATIONS. Department of Economic and Social Affairs. Division for Public Management and Development Management. *Civil Participation and Pro-poor Budgeting*. United Nations: New York, 2005.

* Luiz Alberto dos Santos é graduado em Comunicação Social pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, é mestre em Administração pela Universidade de Brasília e doutor pelo Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas (CEPPAC/UnB). Atua como subchefe de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil da Presidência da República e é membro da carreira de Consultor Legislativo do Senado Federal.

A VISÃO DOS ÓRGÃOS CENTRAIS

Marcelo Ramos

A visão do Ministério da Fazenda

A princípio pode parecer que a função de regulação, com ou sem desafios, é um tema alheio à esfera de preocupações do Ministério da Fazenda. No entanto, a Lei nº 10.623 de maio de 2003, que “*dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências*”, define em seu art. 24, inciso XII, as áreas de competência do Ministério da Fazenda:

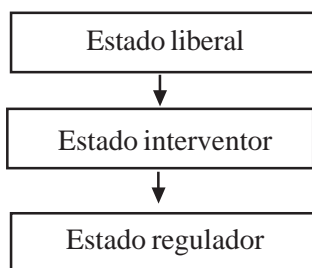
XII – Ministério da Fazenda:

- a) moeda, crédito, instituições financeiras, capitalização, poupança popular, seguros privados e previdência privada aberta;
- b) política, administração, fiscalização e arrecadação tributária e aduaneira;
- c) administração financeira e contabilidade públicas;
- d) administração das dívidas públicas interna e externa;
- e) negociações econômicas e financeiras com governos, organismos multilaterais e agências governamentais;
- f) preços em geral e tarifas públicas e administradas;**
- g) fiscalização e controle do comércio exterior;
- h) realização de estudos e pesquisas para acompanhamento da conjuntura econômica;**
- i) autorização, ressalvadas as competências do Conselho Monetário Nacional [...]

Vemos que o Ministério da Fazenda tem interesse direto no aspecto das tarifas e preços públicos e privados, tanto do ponto de vista da eficiência microeconômica quanto em relação aos impactos macroeconômicos. Essa preocupação continua, embora, de fato, as privatizações dos anos 1990 e a liberalização econômica de modo geral tenham alterado profundamente o papel do Ministério na condução da política econômica quanto a preços.

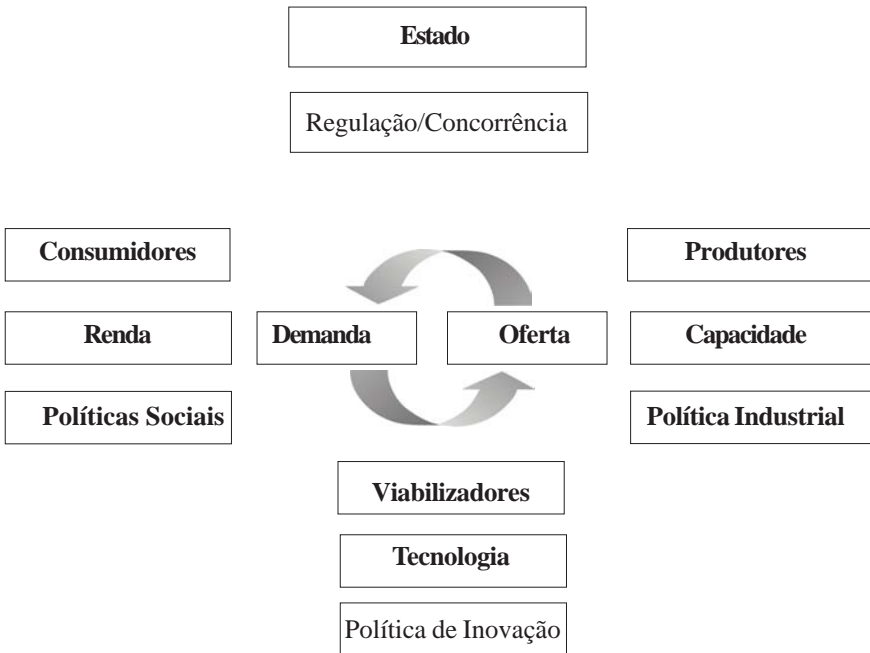
Metamorfoses do aparato estatal

Por força de vários movimentos econômicos e sociais verificados nos países desenvolvidos desde o início da década de 1980 (principalmente as eleições de Ronald Reagan à Presidência nos Estados Unidos e de Margaret Thatcher como primeira-ministra na Inglaterra), ocorreu uma vasta mudança nas relações entre os agentes econômicos dos países centrais e, em particular, entre o Estado e o mercado. O Estado liberal, que depois da Depressão dos anos 1920-30 e da Segunda Guerra havia refluído e sido substituído por um Estado marcadamente interventor (movimento que se reproduziu nos países em desenvolvimento), transformou-se em um Estado regulador, que não intervinha diretamente no mercado, mas definia, em muitos casos, as regras a serem seguidas pelos agentes econômicos:



Logo demonstrou-se patente, entretanto, que o Estado regulador era muito mais complexo que o Estado mínimo proposto por algumas correntes liberais mais ortodoxas. Tornava-se, assim, necessário conceber teórica e praticamente formas de governar esse novo papel do Estado.

A relação entre Estado e agentes econômicos nas modernas sociedades de mercado é necessariamente complexa. O Estado regulador atua em várias frentes, usando políticas sociais, industriais e de inovação (além da regulação propriamente dita) no intuito de atingir seus objetivos:



O Estado brasileiro há muito age em várias dessas frentes. Na política social, além daquelas consagradas na Constituição, como a seguridade social, o atual governo dispõe de diversos programas:

- **Bolsa Família:** combate a exclusão social com um programa de transferência direta de renda, mediante condicionalidades, para famílias em situação de pobreza e extrema pobreza;

- **Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE):** promove investimentos com qualidade para avançar sobre a maior restrição do desenvolvimento de longo prazo: a capacitação dos brasileiros;

- **Mais Saúde:** ataca carências imediatas e constrói capacidade futura.

- **Mais Cultura:** amplia o acesso aos bens e serviços culturais e meios necessários para a expressão simbólica, promovendo a autoestima,

o sentimento de pertencimento, a cidadania, o protagonismo social e a diversidade cultural.

Além desses, há programas mais recentes, como o Minha Casa Minha Vida, na área de habitação.

O atual governo também atua fortemente na área da inovação científica e tecnológica, por meio de vários programas, como:

- **Programa de Incentivos ao Setor da TV Digital** (isenção de IPI, PIS/Cofins e Cide – MP);

- **Programa de Incentivos ao Setor de Semicondutores** (isenção de IRPJ, IPI, PIS/Cofins e Cide – MP);

- **Aumento do valor de isenção para microcomputadores** (de R\$ 2,5 mil para R\$ 4 mil).

Na política industrial, o atual governo criou o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), um programa de desenvolvimento que visa promover a aceleração do crescimento econômico, o aumento do emprego e a melhoria das condições de vida da população brasileira, consistindo em um conjunto de medidas destinadas a incentivar o investimento privado, aumentar o investimento público em infraestrutura e remover obstáculos burocráticos, administrativos, normativos, jurídicos e legislativos ao crescimento. Para tanto, as medidas do PAC estão organizadas em cinco blocos:

- Estímulo ao crédito e ao financiamento;
- Desoneração e aperfeiçoamento do Sistema Tributário;
- Investimento em infraestrutura;
- Melhora do ambiente de investimento;
- Medidas fiscais de longo prazo.

Evidentemente, todos os cinco blocos são importantes do ponto de vista do crescimento e desenvolvimento econômico do país, mas queremos realçar aqui, em especial, as medidas dedicadas à melhora do ambiente de investimentos, vitais para o aumento da competitividade nacional. São elas:

- Envio de projeto de lei com a regulamentação do Artigo 23 da Constituição, que rege a definição de competência ambiental, para agilizar a concessão de licenças a projetos de infraestrutura;

- Projeto de lei do Gás Natural;
- Projetos de lei do Marco Legal das Agências Reguladoras;
- Projeto de Reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

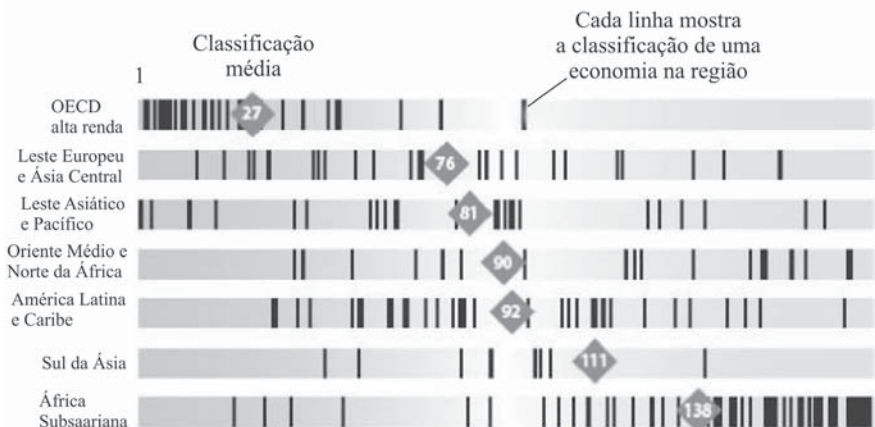
Das duas últimas, trataremos em detalhe mais adiante neste trabalho.

Um dos desafios existentes para a regulação em geral é a capacidade de aquilatar em que grau e extensão medidas regulatórias contribuem, ou podem contribuir, para o aumento da competitividade de um país. Existem estudos internacionais que fazem o *benchmarking* entre diferentes nações no que diz respeito à sua atratividade para investimento. Entre os mais populares está o “Fazendo Negócios” (*Doing Business*), mantido pelo Banco Mundial, que se trata de um estudo comparativo quanto à facilidade para fazer negócios. Nele, analisam-se dez diferentes dimensões: abertura de empresas, obtenção de alvarás de construção, contratação de funcionários, registro de propriedades, obtenção de crédito, proteção a investidores, pagamento de impostos, comércio internacional, cumprimento de contratos e fechamento de empresas.

O quadro a seguir, retirado do relatório 2009 do “Fazendo Negócios”, mostra a situação global de 181 países segundo sua região do globo:

Figura 1.1: Quais são as regiões que dispõem de uma das regulamentações mais favoráveis aos negócios?

DB 2009 classificação sobre a facilidade de fazer negócios (1-181)



Fonte: Banco de dados do Doing Business

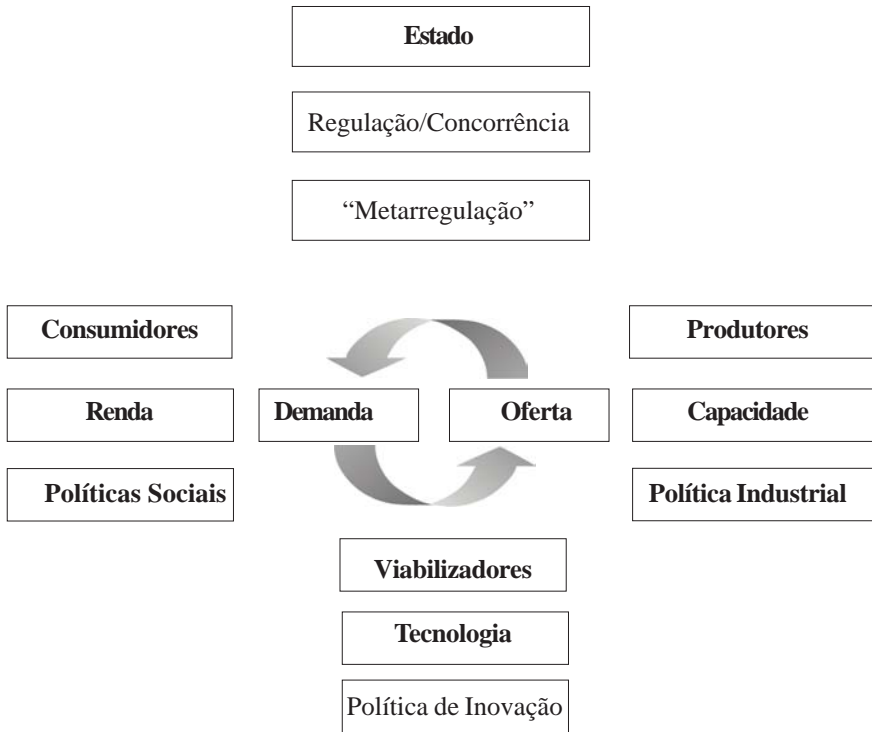
O Brasil ficou em 126º lugar no ranking global, galgando uma posição em relação a 2008 – ainda bem abaixo da média dos países da América Latina e Caribe, que é 92. A seguir, vemos um quadro com a evolução do Brasil nos itens que compõem o ranking:

Fazendo Negócios			
Facilidade de...	Ranking em 2009	Ranking em 2008	Mudança
Fazer negócios (colocação geral)	125	126	+1
Abertura de empresas	127	125	- 2
Obtenção de alvarás de construção	108	105	- 3
Contratação de funcionários	121	120	- 1
Registro de propriedades	111	115	+4
Obtenção de crédito	84	79	- 5
Proteção a investidores	70	66	- 4
Pagamento de impostos	145	138	- 7
Comércio internacional	92	98	+6
Cumprimento de contratos	100	103	+3
Fechamento de empresas	127	134	+7

Por mais polêmicos que sejam – e há críticas bem fundamentadas a tais tipos de rankings –, estudos como esse auxiliam o país a comparar-se com outros e a aprimorar sua sensibilidade sobre onde e como melhorar o seu ambiente regulatório. A ideia básica é de que a regulação, por mais meritórios que sejam seus objetivos, em geral também cria custos.

A dimensão metarregulatória

No entanto, a atividade dos reguladores nem sempre é bem vista pelos outros agentes econômicos, que desconfiam de ingerências indevidas no processo regulatório. Por esse motivo é que surgiu um discurso sobre como produzir regulação, isto é, um discurso metarregulatório, que se propõe a normatizar a melhor maneira de produzir regulação.



Neste processo, historicamente dispensou-se atenção especial à necessidade de minorar o chamado déficit de legitimidade, percebido devido à ação de órgãos relativamente autônomos e não eleitos – as agências reguladoras – concebidos para regular a atividade econômica em um contexto de previsibilidade e respeito a contratos. É dessas preocupações que emana o conceito de governança regulatória:

Governança regulatória é o desenvolvimento sistemático e a implementação de políticas gerais sobre como o governo utiliza seus poderes regulatórios.¹

A governança regulatória envolve mecanismos que restringem o comportamento discricionário dos governos: a criação de um sistema regulatório transparente e previsível que seja sustentável no tempo.²

Outra preocupação, além do tema legitimidade, tem a ver com a questão da competitividade. O Estado regulador pode ceder à tentação de regular em excesso, ou sem a apropriada reflexão a respeito das

consequências da regulação sobre o ente regulado e a sociedade em geral, impondo assim custos desnecessários à atividade econômica. Dessa constatação emergiram os vários conceitos de *smart regulation* (regulação apropriada) e reforma regulatória, definidos pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) como “mudanças que melhorem a qualidade regulatória, isto é, que aumentem seu desempenho, custo-efetividade, ou qualidade legal da regulação”.³

Com o tempo, organismos internacionais como a OCDE procuraram sintetizar todas essas vertentes em princípios gerais de governança. Um bom exemplo é o catálogo dos Princípios da Boa Governança Regulatória publicados pela OCDE em 2004⁴; são eles:

- **Accountability** – o governo é capaz de mostrar em que medida suas ações e decisões são consistentes com objetivos claramente definidos e legitimados;

- **Transparência** – as ações, decisões e o próprio processo decisório governamental estão abertos a um nível apropriado de escrutínio por outras partes do governo, da sociedade civil e, em algumas ocasiões, por governos e instituições estrangeiros;

- **Eficiência/efetividade** – o governo busca produzir serviços públicos de qualidade, ao menor custo, e zela para que o desempenho esteja de acordo com as intenções originais dos formuladores de política;

- **Responsividade** – o governo tem capacidade e flexibilidade para responder rapidamente às mudanças sociais, levando em conta as expectativas da sociedade civil para identificar o interesse público geral e disposto a reexaminar criticamente o papel do governo;

- **Visão de Futuro** – o governo é capaz de antecipar problemas baseando-se em dados correntes e tendências, e de elaborar políticas que levem em conta custos futuros e mudanças antecipadas (de ordem demográfica, econômica e ambiental, por exemplo);

- **Império da lei** – o governo aplica isonomicamente e de modo transparente as leis, regulações e códigos.

Tais princípios terminaram por cristalizar-se em uma norma global que incorpora um discurso metarregulador, isto é, que visa estabelecer os parâmetros fundamentais de uma boa prática regulatória. Essa norma global,

atualmente, está plasmada no que os organismos internacionais acordaram chamar de *regulatory impact analysis* (RIA), ou seja, a análise de impacto regulatório (AIR), definida pela OCDE⁵ como “o processo sistemático de identificação e quantificação de benefícios e custos importantes que provavelmente serão consequência da adoção de uma regulação proposta ou de uma opção de política”.

Mais do que um método, a AIR é um processo para a tomada de decisões regulatórias, baseado em um exame sistêmico e consistente de impactos potenciais derivados da regulação governamental. Em termos propriamente metodológicos, pode se basear em diversas técnicas comparativas, como a análise de custo-benefício, a análise de custo-efetividade, a análise de impacto nos negócios, entre outras. Seus principais benefícios são os seguintes:

- **Mandato legislativo** – a avaliação melhora a busca de objetivos determinados pela lei ao se aplicar a várias alternativas regulatórias;

- **Responsabilização (accountability)** – a avaliação sujeita os formuladores de normas a um crivo objetivo, revela os custos incorridos pela sociedade com a adoção da norma, expõe as opções de política e colabora para evitar que a burocracia persiga agendas ocultas;

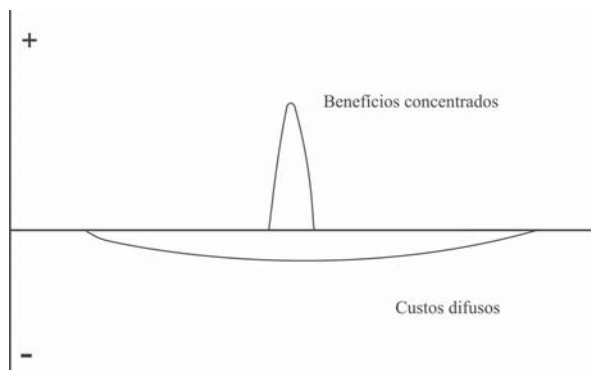
- **Devido processo legal** – a avaliação mantém os procedimentos para elaboração de normas abertos à inspeção pública, inclusive aos proponentes de políticas alternativas;

- **Expertise** – a avaliação faz com que os experts justifiquem suas opiniões sobre por que regular de uma forma e não de outra; chamam a atenção para lacunas na informação;

- **Eficiência** – a avaliação conduz a uma regulação mais efetiva ao favorecer estratégias que minimizem os custos para um dado nível de benefícios.

Além disso, como aponta o jurista e teórico da regulação Cass Sunstein, o uso da AIR é mais democrático, porque em um contexto no qual certos agentes visam auferir benefícios concentrados, um procedimento que sistematize e apresente os custos difusos a serem suportados pela sociedade pode diminuir o poder das grandes corporações em moldar as normas regulatórias.

O gráfico a seguir ilustra esse raciocínio:



A AIR já tem uma história relativamente longa em alguns países e nos últimos anos tem sido adotado em várias jurisdições, reflexo talvez da emergência de certo consenso sobre a necessidade de se aplicar bons princípios regulatórios.

Nos Estados Unidos, por exemplo, as agências pertencentes ao Poder Executivo devem reportar-se ao *Office of Information and Regulatory Affairs* (Oira), uma entidade criada em 1980 pelo *Paperwork Reduction Act*. A Oira é parte do OMB (*Office of Management and Budget*), um órgão ligado à Casa Branca (Presidência), e sua missão é rever a regulação federal segundo os princípios da análise custo-benefício. Sua competência emana de sucessivas ordens executivas:

- EO 12.291 (Reagan, 1982) – Exigência de uso de análise custo-benefício pelas agências reguladoras;
- EO 12.498 (Reagan, 1986) – Exigência de que as agências reguladoras apresentem um Plano Regulatório Anual e abracem os princípios da análise custo-benefício;
- EO 12.866 (Clinton, 1994) – Exigência de que as agências reguladoras também avaliem as condições custo-benefício de normas alternativas;
- EO 13.422 (GW Bush, 2007) – Exigência de que reguladores federais demonstrem a existência de uma falha de mercado antes de propor uma nova regulamentação.

Na Europa, a *Better regulation* emerge como proposta do encontro europeu de Edimburgo, em 1992. Em julho de 2001, um *White Paper* sobre

governança da Comissão Europeia estabelece a melhoria da qualidade da regulação como um objetivo.

Em seguida, a Comissão Prodi adota o *Action Plan for Better Regulation* em junho de 2002, sendo que, em março de 2005, a União Europeia (EU) relança a melhoria regulatória sob a égide da “estratégia de Lisboa” e adota como política o texto *Better Regulation for Growth and Jobs in the European Union*, que define três objetivos:

- Utilização de avaliações de impacto na análise de novas propostas regulatórias;
- Revogação ou readequação de algumas normas vigentes;
- Simplificação da legislação vigente.

Finalmente, em 2006, procedeu-se a uma revisão estratégica da melhoria regulatória no âmbito comunitário. Ao final daquele ano, foi criado o *Impact Assessment Board (IAB)*, na Secretaria-Geral da Comissão Europeia, e foram atualizadas as normas gerais para a avaliação de impacto regulatório publicadas em 2003. A função principal do IAB é supervisionar a qualidade das análises de impacto produzidas pelos demais órgãos da comissão durante a proposição de novas políticas públicas.

Outros países logo seguiram o exemplo, implementando também processos de análise de impacto regulatório. Essa corrida é estimulada por “casos de sucesso”, como descrito em um relatório preparado em 2007 pela Oira norte-americana. Alguns detalhes do relatório:

- Estima-se que os benefícios anuais propiciados pelas normas regulatórias revisadas pelo OMB de 1996 a 2006 alcancem entre US\$ 99 bilhões e US\$ 484 bilhões, com custos anuais estimados entre US\$ 40 bilhões e US\$ 46 bilhões;
- O custo médio anual das normas regulatórias que entraram em vigor nos seis anos anteriores ao relatório caiu 47% em 20 anos;
- Os benefícios médios anuais das normas regulatórias que entraram em vigor nos seis anos anteriores ao relatório mais que dobraram nos últimos oito anos;
- Os benefícios das normas regulatórias que entraram em vigor entre 2002 e 2006 excederam os custos em mais de três vezes.

A serem críveis, tais dados mostram que a adoção da análise de impacto regulatório tem, de fato, o potencial de incrementar razoavelmente a competitividade de um país.

No Brasil, o discurso metarregulatório também não é uma novidade. Ainda no início da segunda metade da década de 1990, o Governo Fernando Henrique Cardoso procurou, por meio do Conselho da Reforma do Estado, tratar de alguns dos desafios que se colocam para a criação de um ambiente regulatório adequado:

- Em maio de 1996, o Conselho da Reforma do Estado propôs à Câmara de Reforma do Estado da Presidência da República a recomendação “Construção do marco legal dos entes reguladores”;

- Esse documento diagnosticava “a necessidade de estabelecimento de critérios gerais para a criação de entidades de fiscalização e regulação de serviços públicos, em regime de concorrência, no âmbito da administração federal”;

- Possibilitou a constituição das agências reguladoras, mas não completou o processo de estabelecer uma política para o “governo como um todo”, a supervisão da qualidade regulatória ou coordenação.

Esse esforço, porém, não foi à frente, com a agenda de melhoria regulatória sendo praticamente esquecida no segundo mandato de Fernando Henrique Cardoso – situação agravada com a extinção do Ministério da Administração e Reforma do Estado, no início de 1999.

Foi preciso esperar o início do séc. XXI para que esta agenda fosse retomada entre nós.

O papel do Ministério da Fazenda

Como vimos, o acompanhamento da conjuntura econômica é também uma tarefa do Ministério da Fazenda, sendo exercida basicamente pela Secretaria de Política Econômica (SPE), no que diz respeito ao acompanhamento da inflação, e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), com um foco maior no aumento da eficiência do sistema de preços a partir das ferramentas de que esta secretaria dispõe. De fato, o Decreto nº 6.764 de fevereiro de 2009, que “aprova a estrutura regimental e o quadro

demonstrativo dos cargos em comissão e das funções gratificadas do Ministério da Fazenda, e dá outras providências”, define um amplo leque de competências para a Seae. Relativamente à questão regulatória, as mais importantes são as expostas nos seguintes incisos, do artigo 23:

“I) propor, coordenar e executar as ações do Ministério, relativas à gestão das políticas de regulação de mercados, de concorrência e de defesa da ordem econômica;

II) assegurar a defesa da ordem econômica, em articulação com os demais órgãos do Governo encarregados de garantir a defesa da concorrência, e para tanto:

a) emitir pareceres econômicos relativos a atos de concentração no contexto da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994;

b) proceder a análises econômicas de práticas ou condutas limitadoras da concorrência, instruindo procedimentos no contexto da Lei nº 8.884, de 1994; e

c) realizar investigações de atos ou condutas limitadores da concorrência no contexto da Lei nº 9.021, de 30 de março de 1995 e da Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000;

III) acompanhar a implantação dos modelos de regulação e gestão desenvolvidos pelas agências reguladoras, pelos ministérios setoriais e pelos demais órgãos afins, manifestando-se, dentre outros aspectos, acerca:

a) dos reajustes e das revisões de tarifas de serviços públicos e de preços públicos;

b) dos processos licitatórios que envolvam a privatização de empresas pertencentes à União; e

c) da evolução dos mercados, especialmente no caso de serviços públicos sujeitos aos processos de desestatização e de descentralização administrativa; [...]

VII) promover o funcionamento adequado do mercado, e para tanto:

a) acompanhar e analisar a evolução de variáveis de mercado relativas a setores e produtos ou a grupo de produtos;

b) acompanhar e analisar a execução da política nacional de tarifas de importação e exportação, interagindo com órgãos envolvidos com a política de comércio exterior;

c) adotar, quando cabível, medidas normativas sobre condições de concorrência para assegurar a livre-concorrência na produção, comercialização e distribuição de bens e serviços;

d) compatibilizar as práticas internas de defesa da concorrência e de defesa comercial com as práticas internacionais;

e) avaliar e manifestar-se acerca dos atos normativos e instrumentos legais que afetem as condições de concorrência e eficiência na prestação de serviços, produção e distribuição de bens; e

f) propor, avaliar e analisar a implementação das políticas de desenvolvimento setorial e regional; [...]

XI) promover a articulação com órgãos públicos, setor privado e entidades não-governamentais também envolvidos nas atribuições mencionadas nos incisos I a VIII deste artigo.”

Em março de 2007, o governo federal instituiu, com a publicação do Decreto nº 6.062, o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG). O Ministério da Fazenda dele participa, sendo um dos membros de seu Comitê Gestor. Embora para alguns possa ter parecido que o decreto surgiu como um relâmpago em céu azul, trata-se na verdade de um desenvolvimento natural de uma trajetória bem estabelecida do Governo Lula no que diz respeito à agenda regulatória do país.

Em setembro de 2003, a Casa Civil da Presidência da República concluiu um amplo estudo sobre as agências reguladoras intitulado “Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro”⁶. Em 2007, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) finalizou um relatório, contratado pelo governo brasileiro, sobre a reforma regulatória no país, intitulado “Brasil: Fortalecendo a governança para o crescimento”⁷.

Fruto dos esforços de um grupo de trabalho interministerial, o diagnóstico de 2004 focou sua atenção no funcionamento das agências reguladoras, contemplando temas como independência e/ou autonomia, mandato de dirigentes, controle social, fortalecimento dos ministérios formuladores de políticas, entre outros. Esse diagnóstico serviu como base de subsídios para a elaboração do Projeto de Lei nº 3.337, que “dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras, entre outras provi-

dências”. Conhecido como Lei das Agências Reguladoras, o projeto foi enviado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional em 13 de abril de 2004.

O relatório da OCDE de 2007, por sua vez, foi moldado como uma revisão interpares, na qual especialistas da Organização avaliaram algumas agências reguladoras brasileiras e o conjunto do ambiente regulatório nacional. O trabalho é na verdade um extenso diagnóstico, com amplo conjunto de recomendações divididas em duas partes. A primeira, que diz respeito à capacidade governamental em assegurar regulação de alta qualidade, propõe estas recomendações ao governo brasileiro:

- Ampliar esforços para integrar uma aproximação “do governo como um todo” para o apoio de uma qualidade regulatória no mais alto nível político;
- Implantar capacidades institucionais para a qualidade regulatória;
- Melhorar os mecanismos de coordenação e esclarecer responsabilidades para a qualidade regulatória;
- Implantar a Análise de Impacto Regulatório como uma ferramenta eficaz da qualidade regulatória;
- Melhorar a qualidade do estoque regulatório a fim de assegurar a consecução eficiente dos objetivos econômicos e sociais;
- Melhorar a transparência e ampliar a participação social nos processos regulatórios.

A segunda parte concentra-se nas opções políticas acerca das autoridades reguladoras, sugerindo as seguintes medidas:

- Consolidação da autonomia e do estatuto das autoridades reguladoras brasileiras;
- Fortalecer a estrutura estratégica para o planejamento e tomadas de decisão nos setores regulados;
- Fortalecer os mecanismos de prestação de contas sociais sem prejudicar a autonomia das autoridades;
- Sistematizar a cooperação com autoridades de defesa da concorrência;
- Melhorar os mecanismos de coordenação em setores específicos;
- Maior fortalecimento dos mecanismos de coordenação em vários níveis para fortalecer a segurança e o desempenho;
- Fortalecer alguns dos poderes das agências reguladoras brasileiras;

- Considerar as mudanças institucionais e legais para modernizar processos de recursos, possivelmente designando juízes especializados e estruturas recursais.

Como se vê, trata-se de uma agenda extremamente ambiciosa, calcada na sofisticação institucional alcançada por alguns dos países membros da OCDE, cuja consecução integral por parte do governo brasileiro exigiria, na maior parte dos casos, uma ação decisiva do Poder Executivo, do Poder Legislativo e até do Judiciário.

Uma análise dos objetivos do PRO-REG nos mostra que o programa aborda uma parte considerável das recomendações da OCDE. Segundo seu decreto de criação, o programa visa “contribuir para a melhoria do sistema regulatório, da coordenação entre as instituições que participam do processo regulatório exercido no âmbito do governo federal, dos mecanismos de prestação de contas e de participação e monitoramento por parte da sociedade civil e da qualidade da regulação de mercados”. Trata-se de agenda com elevada aderência a alguns dos temas sugeridos pelo estudo da OCDE. Importante notar, entretanto, que o decreto apenas declara intenções do governo brasileiro, em vez de instituir ele mesmo medidas com efeito imediato no ambiente regulatório. O núcleo central do decreto jaz no seguinte conjunto de diretrizes:

- Mobilizar os órgãos e entidades da administração pública envolvidos no processo regulatório;
- Coordenar e promover a execução de estudos e pesquisas e formular propostas a serem implementadas no âmbito dos órgãos e entidades envolvidos no processo regulatório;
- Identificar e propor a adoção de modelo de excelência em gestão regulatória, bem assim elaborar os instrumentos necessários a sua implementação; e
- Apoiar tecnicamente os órgãos e entidades da administração pública na implementação das medidas a serem adotadas.

De fato, o PRO-REG é essencialmente um programa de pesquisas que visa trazer subsídios a uma possível ação do governo federal no sentido de aprofundar a reforma regulatória no Brasil. Essas pesquisas estão em andamento e o *funding* vem de um contrato com o Banco Interamericano

de Desenvolvimento (BID). Portanto, com sua participação no PRO-REG, o Ministério da Fazenda atua, em conjunto com seus órgãos parceiros, no fortalecimento do ambiente regulatório nacional, empreitada que poderá, espera-se, colaborar decisivamente no aumento da competitividade econômica do país.

Além disso, o Ministério da Fazenda atua mais diretamente na melhoria regulatória. Como vimos, são objetivos do PAC obter a aprovação no Congresso de dois projetos de lei alterando o ambiente institucional onde se dá a regulação e a defesa da concorrência. Ambas as medidas terão efeitos sobre a ação da Secretaria de Acompanhamento Econômico.

Hoje, de forma geral, a Secretaria de Acompanhamento Econômico atua em três esferas: promoção e defesa da concorrência; regulação econômica e acompanhamento de mercados. Em matéria de defesa da concorrência, cabe à Seae: a análise de atos de concentração; a análise de condutas anticoncorrenciais e a promoção da concorrência.

O projeto de lei de reforma do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) no Congresso estipula que a Seae passará a centralizar suas atenções na discussão *ex ante* dos marcos regulatórios, elaborará estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos e poderá propor a revisão de normativos que afetem a livre-concorrência.

Já o projeto de lei (PL) das agências reguladoras afetará a Seae da seguinte forma:

- A Seae passará a opinar previamente, de maneira consultiva, sobre as minutas de normas e regulamentos das agências reguladoras no que tange aos impactos nas condições de concorrência dos setores regulados;
- O projeto define o padrão de interação dos órgãos de defesa da concorrência com as agências reguladoras e explicita-lhes as funções.

Em antecipação à aprovação deste PL, a Seae se estruturou internamente para facilitar a interlocução com os entes reguladores, tendo redefinido a estrutura interna de forma a refletir as várias áreas de atividade regulatória, instituindo coordenações gerais para tratar dos assuntos de transportes, energia, saúde, telecomunicações, entre outros.

A Seae já possui acordos ou convênios de cooperação técnica com vários órgãos reguladores, como a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a Agência Nacional de Cinema (Ancine) e o Banco Central, bem como com um órgão atuante na questão regulatória, o Ministério Público Federal. A Seae também procura se aproximar de centros de excelência em pesquisa e formação nessas atividades-fim, tais como o Núcleo de Estudos em Competição e Regulação do Setor Aéreo (Nectar/ITA), o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e o Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada (Cepea/Esalq).

Além disso, a Seae já experimenta a utilização de um Roteiro de Análise Concorrencial de Normas Regulatórias, ou Guia de Avaliação da Concorrência. Esse roteiro foi inicialmente desenvolvido no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), tendo sido traduzido para o português por aquele órgão e adaptado para o português brasileiro pela Seae, que também atuou no desenvolvimento do roteiro nas reuniões da OCDE. O referido guia já é aplicado em duas coordenações-gerais da Seae: Coordenação Geral de Comunicação e Mídia (setor de telecomunicações, mídia, redes de aquisição e processamento de pagamentos e postal); e Coordenação-Geral de Economia da Saúde (medicamentos e planos de saúde).

O principal objetivo do Guia de Avaliação da Concorrência é eliminar ou minorar barreiras desnecessárias à competição nos mercados, regulados ou não, sempre que possível – isto é, quando tal intenção não conflita diretamente com as metas da regulação, uma vez que a concorrência, não sendo um fim em si, é um meio de obter eficiência econômica, mas não é o único objetivo de política econômica. O guia já está sendo utilizado para analisar: normas regulatórias propostas pelas agências reguladoras; projetos de lei; outras normas que venham a ser postas em consulta pública por entes governamentais que não sejam agências reguladoras.

Via de regra, uma análise concorrencial completa da norma regulatória deve ser implementada se a proposta tiver ao menos um dos seguintes efeitos: 1) limite o número ou a gama de ofertantes; 2) limite a capacidade dos ofertantes de competir; 3) reduza os incentivos dos ofertantes em competir de maneira vigorosa.

A utilização preliminar do guia na Seae já permite a elaboração de alguns resultados descritivos. Em particular, já é possível fazer uma análise

dos problemas concorrenciais mais encontrados nos projetos de lei. O quadro abaixo tabula o percentual de ocorrências por tipo de problema (esta análise não abordou normas propostas por agências reguladoras):

Problema	% das ocorrências
Limitação do número de fornecedores	43%
Limites à capacidade de competir	57%
Redução do incentivo a competir vigorosamente	0%

Cabe observar finalmente que existe uma relação inextricável entre a análise concorrencial de normas regulatórias e a análise de impacto regulatório. Diz o próprio texto da OCDE que introduz o Guia de Avaliação da Concorrência:

Evidentemente, há uma relação muito forte entre a avaliação da política de concorrência e a AIR: os objetivos de ambos os instrumentos de política refletem um elevado grau de congruência. Os Princípios Orientadores para a Qualidade e Desempenho da Regulamentação, da OCDE, estabelecem que os impactos na concorrência devem ser incorporados nos processos de revisão da regulamentação em vigor e de avaliação de nova regulamentação (Guia de Avaliação da Concorrência, versão 1.0, 2007, OCDE).

Portanto, devemos de fato conceber a relação entre análise concorrencial de normas regulatórias e análise de impacto regulatório da forma sugerida pelo diagrama a seguir:



De fato, o mesmo documento da OCDE chama a atenção para o caráter complementar entre a análise concorrencial de normas regulatórias e a AIR:

Geralmente, as análises custo-benefício realizadas no âmbito da AIR estabelecem comparações entre resultados prováveis, com base no ambiente econômico e regulamentar existente, não admitindo variações nos grandes parâmetros que afetam estes ambientes. Por contraste, a avaliação da política de concorrência é orientada para o futuro. Esta análise debruça-se sobre o impacto de alterações concretas das condições de mercado sobre o grau de intensidade da concorrência e, portanto, sobre as consequências possíveis para a eficiência econômica e para o bem-estar dos consumidores.

Assim concebida, pode-se dizer que no Brasil já existe, de fato, um embrião de AIR, representada pela análise concorrencial correntemente exercida pela Seae.

Desenvolvimentos futuros

Há certa expectativa de que a eleição de Barack Obama como presidente dos Estados Unidos traga uma renovação quanto ao tema da análise do impacto regulatório (AIR). Isso porque, apesar de largamente usado em todo mundo, o *regulatory impact analysis* (RIA) ainda encontra seu usuário principal no arranjo de revisão regulatória dos Estados Unidos. Ao mesmo tempo, a ala esquerda do partido democrata ressent-se do tratamento dado à questão regulatória durante os anos Bush, e pressiona por uma revisão completa da maneira pela qual é feita a supervisão regulatória, em particular, quanto ao uso da análise custo-benefício.

Surpreendendo os analistas, porém, Obama escolheu, para liderar a Oira, o jurista Cass Sunstein, um professor universitário que há longo tempo milita na questão do RIA e é um defensor da análise custo-benefício. Sunstein é autor de um livro sobre a análise de impacto regulatório no qual se revela um defensor da análise-custo benefício. Notabilizou-se recentemente por sua autoria, em conjunto com o economista Richar Thaler, de um livro onde propõe o que chama de

“paternalismo libertário”, que consiste em usar os achados da economia comportamental para elaborar uma regulação mais inteligente, menos invasiva.

A princípio parece que o presidente Obama favorece esta abordagem, uma vez que no seu memorando de 30 janeiro 2009, dirigido aos chefes de departamentos executivos e agências governamentais federais, solicitou que enviassem observações a serem consideradas na elaboração de uma nova *Executive Order* sobre o papel da supervisão regulatória nos Estados Unidos, englobando:

- O relacionamento entre a Oira e as agências;
- Orientações quanto à transparência e abertura de informações;
- Engajamento do público a participar nos processos regulatórios das agências;
- Sugestões quanto ao papel da análise custo-benefício;
- Observações sobre o papel das considerações distributivas, equidade, e a preocupação com os interesses das futuras gerações;
- Identificação de métodos capazes de garantir que a revisão regulatória não atrase indevidamente o processo;
- Clarificação do papel das ciências do comportamento na formulação da política regulatória;
- Identificação das ferramentas mais capazes de atingir os objetivos públicos do processo regulatório.

Ainda não se pode antever ao certo as consequências de tal mudança – se é que ela de fato se concretizará – para a agenda global da melhoria regulatória e para o discurso metarregulatório em geral. O fato é que no Brasil ainda há, de qualquer forma, uma longa trilha a ser percorrida no sentido da melhoria regulatória, e o Ministério da Fazenda espera estar pronto para contribuir para a sua consecução, seja pelo PRO-REG ou por suas competências específicas.

Notas

- ¹ Organisation for Economic Co-operation and Development. Review of Regulatory Governance in South East Europe. OECD (2003).
- ² GUTIÉRREZ, Luis H. Regulatory Governance in the Latin American Telecommunications Sector. Universidad del Rosario, s/d.
- ³ Organisation for Economic Co-operation and Development. Indicators of Regulatory Management Systems. OECD (2007).
- ⁴ JACOBZONE, S.; CHOI, C. and MIGUET, C.. Indicators of Regulatory Management Systems. OECD Working Papers on Public Governance, OECD Publishing, 2007/4.
- ⁵ Ibid.
- ⁶ Disponível em: http://www.bndes.gov.br/clientes/federativo/bf_bancos/e0002334.pdf
- ⁷ Disponível em: http://api.ning.com/files/G1W13V1oZWYlt77iNZVh3jGB*V8Lp*b6uxQbO1RRvbZEW-UPIE3Oh555yZaGM7E6E0b7UsjeR6DHiGRBIvB29cGHyzpJ94pR/080604_REG_Peer_OCDE.pdf

* Marcelo Ramos é membro da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental desde 1996 e atua como coordenador-geral de Comunicação e Mídia da Secretaria de Acompanhamento Econômico no Ministério da Fazenda. Bacharel, mestre e doutor em Engenharia de Produção pela Universidade Federal do Rio de Janeiro/COPPE.

TERCEIRA PARTE
DESAFIOS DA REGULAÇÃO NO BRASIL

A REGULAÇÃO DAS TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL: PASSADO, PRESENTE E DESAFIOS FUTUROS

Simone Henriqueta Cossetin Scholze e

Miriam Wimmer

Introdução

Constatar a rapidez da evolução tecnológica e a ampla disseminação das tecnologias de informação e comunicação tornou-se, atualmente, quase lugar-comum. Mais importante, contudo, é a realização do potencial transformador de tais serviços, tanto no que diz respeito a aspectos econômicos quanto sociais. A disseminação de termos como sociedade da informação e sociedade do conhecimento, bem como os esforços mundiais em direção à redução do chamado hiato digital, revelam o caráter estratégico das telecomunicações. Com efeito, as telecomunicações foram historicamente consideradas fator de impulso do progresso e do desenvolvimento, o que explica sua submissão à regulação estatal e, em tempos passados, a assunção pelo próprio Estado da responsabilidade direta pela prestação desses serviços.

No Brasil, ao longo da última década, verificou-se significativa expansão dos serviços de telecomunicações. Esse crescimento se deu com arrimo em um mercado sujeito à regulação setorial, construído em torno da convivência harmônica de serviços explorados em regime público e em regime privado¹, prestados por empresas privadas sujeitas a disciplina regulatória específica. Deu-se, igualmente, sob a égide da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97 ou LGT), uma norma inovadora, que abriu espaço para a substituição do modelo autárquico, de prestação direta de serviços pelo Estado, por um modelo calcado nos conceitos de privatização, liberalização e regulação setorial por uma agência dotada de autonomia em relação à administração central.

O modelo de regulação por agências reguladoras independentes é uma experiência relativamente recente no Brasil. O embrião desse modelo surgiu em 1995, no contexto do processo de reforma do Estado quando, por meio de uma série de emendas constitucionais, foram introduzidas mudanças relativas à liberalização econômica e à abertura ao capital estrangeiro de setores de infraestrutura. Com fundamento em previsão constitucional e legal explícita, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) foi criada em 1997, com a missão de regular um setor recém-privatizado.

É oportuno, passados pouco mais de dez anos de criação da agência, em um momento em que se discutem estratégias de fortalecimento e aprimoramento da regulação no Brasil, deter-se sobre as lições, os obstáculos e as possibilidades da regulação do setor de telecomunicações. Este artigo se propõe a descrever e avaliar a situação atual da regulação das telecomunicações sob a perspectiva de seu órgão regulador, traçando um panorama de sua evolução, diagnosticando alguns dos desafios colocados para o futuro e examinando os caminhos a serem percorridos.

Sobre a Anatel

Origem e fundamentos legais

Embora a atividade de regulação econômica no país não seja recente, é possível localizar a origem das agências reguladoras, considerando o conceito tal como ele é hoje entendido, na segunda metade da década de 1990. Naquele momento, encontrava-se em discussão amplo projeto de reforma do Estado, que tinha por eixo central a ideia de instituir um reposicionamento do Estado na economia, pela redução de seu escopo de ação, reservando, em princípio, os serviços não exclusivos para a propriedade pública não estatal e a produção de bens e serviços voltados ao mercado para a iniciativa privada. Em paralelo, buscava-se modernizar a administração pública por meio de uma política de profissionalização do serviço público e pela introdução de uma cultura gerencial baseada na avaliação do desempenho. Essas diretrizes foram explicitadas nos objetivos do Plano Diretor de Reforma do Estado de 1995.

Os serviços de telecomunicações eram, àquele momento, prestados predominantemente² pelas empresas integrantes da sociedade de economia mista Telebrás, criada em 1972, com funções, entre outras, de planejamento dos serviços públicos de telecomunicações, em conformidade com as diretrizes expedidas pelo Ministério das Comunicações, e de promoção, por meio de subsidiárias ou associadas, da implantação e exploração de serviços públicos de telecomunicações, no território nacional e no exterior³.

Segundo a lógica vigente à época, em conformidade com a Constituição de 1988 e com o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62), competia à União explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, bem como a própria rede pública de telecomunicações⁴. Essa lógica tinha suas origens na ideologia do Estado do Bem-Estar Social, que se orientava pela visão do Estado como provedor direto de variadas prestações de interesse coletivo, e também, em alguma medida, na doutrina de segurança nacional.

Na década de 1990, entretanto, em um cenário mundial de retração do Estado na realização direta de atividades econômicas, intensificaram-se os movimentos conducentes à desestatização e liberalização da economia brasileira. O Programa Nacional de Desestatização (PND), criado pela Lei nº 8.031/90, colocou as privatizações no centro das reformas econômicas, orientando-se por propósitos como o de transferir à iniciativa privada atividades “indevidamente exploradas pelo setor público” (artigo 1º, inciso I da Lei nº 8.031/90 e artigo 1º, inciso I da Lei nº 9.491/97), contribuir para o saneamento das finanças públicas e incentivar a modernização do parque industrial do país.

No caso das telecomunicações, em razão da vedação constitucional à exploração dos serviços por empresas privadas, foram necessárias reformas mais profundas. Assim, em fevereiro de 1995, foi encaminhada ao Congresso a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 03/1995, apresentando o projeto de flexibilização do monopólio estatal sobre as telecomunicações, que pretendia, desse modo, estimular o aumento dos investimentos no setor. Interessante notar que, em sua formulação original, a PEC não cogitava abolir o conceito de rede pública de telecomunicações explorada pela União,

mas tão somente flexibilizar a restrição que impunha ao governo federal a exclusiva exploração dos serviços públicos de telecomunicações, por empresas sob controle acionário estatal.

Contudo, como resultado das discussões parlamentares, o texto final aprovado foi além do que havia sido inicialmente proposto. A redação final estabeleceu não apenas a abertura do setor à competição, mas também, eliminou a referência à rede pública e previu a criação de um órgão regulador para o setor⁵:

Constituição Federal de 1988

Art. 21 Compete à União:

XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.

A abertura de espaço para o fim do monopólio estatal sobre as telecomunicações provocou mudanças rápidas. Ainda em 1995, foi enviado ao Congresso Nacional o projeto de lei que viria a se tornar a Lei nº 9.295/96, também conhecida como Lei Mínima, que viabilizou a abertura à competição de segmentos de mercado com alta atratividade para os investimentos privados, como a telefonia móvel celular, os serviços via satélite e os serviços limitados. Pouco depois, em dezembro de 1996, iniciou-se a tramitação do Projeto de Lei nº 2.648/1996, que viria a ser convertido na LGT sete meses depois, em julho de 1997. Na respectiva exposição de motivos, destacam-se os cinco pilares básicos que orientaram a iniciativa: a) fortalecer o papel regulador do Estado e eliminar seu papel de empresário; b) aumentar e melhorar a oferta de serviços; c) em um ambiente competitivo, criar oportunidades atraentes de investimento e de desenvolvimento tecnológico e industrial; d) criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do país; e) maximizar o valor de venda das empresas estatais de telecomunicações sem prejudicar os objetivos anteriores⁶.

A criação da Anatel não se deu, portanto, de forma isolada, mas no contexto de amplas reformas estatais que vinham sendo articuladas desde o

início da década de 1990. A agência foi concebida como uma entidade integrante da administração indireta, dotada de personalidade jurídica própria, vinculada a um ministério supervisor, porém caracterizada por alto grau de autonomia e independência, responsável pela decisão, em última instância, sobre as matérias de sua competência⁷. À entidade foram atribuídas inúmeras competências relativas ao setor de telecomunicações, incluindo a expedição de normas sobre a prestação dos serviços, o licenciamento, a fiscalização e aplicação de sanções às empresas, a defesa dos interesses dos usuários, a arrecadação e aplicação de suas receitas, a aprovação de seu regimento interno e a administração do espectro radioelétrico.

Apesar de os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens – rádio e televisão abertos – terem permanecido sob a jurisdição do Ministério das Comunicações, todo o setor de televisão por assinatura (o que inclui TV a cabo, televisão por satélite – DTH e televisão por micro-ondas – MMDS) foi posto sob a regulação da Anatel, que ficou, adicionalmente, encarregada tanto da elaboração dos planos de canais de radiodifusão quanto da fiscalização, no que se refere aos aspectos técnicos das respectivas estações.

Assim, a tarefa de organização da exploração dos serviços de telecomunicações atribuída à Anatel pela LGT não se limita à normatização e padronização técnica de infraestruturas de redes de telecomunicações, mas tem por escopo, sobretudo, a regulação de diferentes modalidades de serviços aos consumidores, inclusive no que diz respeito à defesa do usuário e à qualidade do serviço, à promoção da universalização dos serviços prestados em regime público e à criação de um ambiente competitivo.

Da estrutura da agência

Para adequadamente se desincumbir das múltiplas e complexas responsabilidades que a lei lhe atribuiu, a Anatel foi estruturada, inicialmente, em cinco superintendências, responsáveis por serviços prestados em regime público, serviços prestados em regime privado, comunicação de massa, radiofrequência e fiscalização e administração geral. Mais tarde, em 2001, foi criada a sexta superintendência da agência – a SUN –, encarregada dos temas ligados à universalização. A estrutura da Anatel está definida em seu

Regulamento, aprovado pelo Decreto nº 2.338/1997, bem como em seu Regimento Interno, aprovado pela Resolução da Anatel nº 270/2001.

Em respeito à delicada lógica de freios e contrapesos que dá suporte ao elevado grau de autonomia da agência, sua direção compete a um órgão colegiado, integrado por cinco conselheiros diretores, escolhidos e nomeados pelo presidente da República e aprovados pelo Senado Federal para mandatos não coincidentes. A impossibilidade legal de demissão *ad nutum* dos dirigentes e a lógica de mandatos não coincidentes permitiria, em tese, uma implementação mais efetiva de políticas de longo prazo, sem excessivas interferências governamentais impulsionadas por motivações político-partidárias. Na prática, é conhecido o fato de que a agência tem enfrentado longos períodos com seu quadro diretor incompleto, o que dificulta a tomada de decisões estratégicas e retarda o trabalho cotidiano.

Quanto ao quadro de pessoal da Anatel, vale notar que a previsão inicial era de que as agências reguladoras teriam suas relações de trabalho regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho, ou seja, o quadro de pessoal seria composto por empregados públicos, servidores requisitados e ocupantes de cargos comissionados, não por servidores públicos estatutários concursados para exercício exclusivo nas agências. A Anatel contou, inicialmente, com um quadro de pessoal formado por funcionários do sistema Telebrás, bem como por servidores cedidos de outros órgãos e entidades integrantes da administração pública federal direta, indireta e fundacional, sobretudo do Ministério das Comunicações. Ademais, foram realizadas contratações temporárias de funcionários.

Entretanto, em decisão liminar no julgamento da ADIn nº 2.310-1/DF, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a adoção do regime de emprego público para funções de controle e fiscalização das agências reguladoras, destacando a necessidade de que os servidores gozassem das devidas garantias institucionais, notadamente a da estabilidade, para que fossem asseguradas sua atuação equidistante e sua imunidade a aspectos políticos. Assim, em 2004 e 2006 foram realizados concursos públicos para preenchimento de cargos de Especialistas e Técnicos em Regulação de Serviços Públicos de Telecomunicações, bem como de Analistas e Técnicos Administrativos. O terceiro concurso realizar-se-á em março de 2009. A

incorporação de quadro próprio de servidores, alicerçado sobre uma base altamente experiente e qualificada, permite a transição gradual e o desenvolvimento consistente de uma cultura institucional.

Encontra-se atualmente em discussão proposta de reestruturação da agência para fazer frente à convergência de serviços e tecnologias. A intenção de levar a cabo tal proposta foi formalizada em uma meta de curto prazo – a ser realizada até 2010 – aprovada no contexto do Plano Geral de Atualização da Regulamentação, conforme se examinará a seguir.

Das competências quanto às políticas setoriais

Traço distintivo da Anatel é a especial relação de circularidade que caracteriza a dinâmica de proposição e implementação de políticas públicas de telecomunicações. Embora seja costumeiro traçar uma distinção rígida entre formulação de políticas públicas e sua implementação, reservando-se, em geral, a primeira etapa à administração direta – no caso, ao Ministério das Comunicações – e a segunda à agência reguladora, no setor das telecomunicações a divisão de tarefas entre as duas entidades assume contornos menos retilíneos, na medida em que à Anatel cabe não apenas a implementação das políticas definidas pelos poderes Legislativo e Executivo, mas também sua propositura.

A agência possui amplos poderes normativos para o disciplinamento da outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações, assim como para a expedição de normas e padrões relativos a equipamentos, produtos e redes. Entretanto, a LGT define quatro tópicos específicos que, por suas fortes implicações políticas, econômicas e sociais, devem ser objeto de regulamentação pelo Executivo, por meio de decreto presidencial. São elas: a) instituição ou eliminação da prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado; b) aprovação do Plano Geral de Outorgas do Serviço de Telecomunicações prestado no regime público (PGO); c) aprovação do Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico prestado no regime público (PGMU); e d) autorização de participação de empresa brasileira em organizações ou consórcios intergovernamentais destinados ao provimento de meios ou à prestação de serviços de telecomunicações.

Apesar de a titularidade da competência ser inequívoca, a mesma LGT reserva à agência o papel de “elaborar e propor ao presidente da República, por intermédio do ministro de Estado das Comunicações”, a adoção das medidas acima elencadas, submetendo previamente à consulta pública as três primeiras. A Anatel deverá, ademais, rever periodicamente o Plano Geral de Outorgas e o Plano Geral de Metas para a Universalização, submetendo-os, por intermédio do ministro das Comunicações, ao presidente da República, para aprovação. Por fim, o Conselho Diretor da agência possui a competência legal para “propor o estabelecimento e alteração das políticas governamentais de telecomunicações”⁸.

Dessa forma, de acordo com o desenho institucional traçado pela LGT, a vinculação entre ministério e agência não deve se resumir a uma relação linear ou hierárquica de formulação de políticas, pelo primeiro, e de implementação, pelo segundo. Antes, assume uma configuração mais sofisticada na qual, respeitadas as competências de cada instância, verifica-se uma relação de complementaridade e influência recíproca entre pautas políticas e especialização técnica.

Das competências relativas à competição e do relacionamento com entidades de defesa da concorrência

É predominante o entendimento, na doutrina administrativista, de que não existe, nos setores sujeitos à regulação setorial, imunidade às regras da concorrência ou às de defesa do consumidor. Embora haja quem defenda que a legislação setorial, de natureza verticalizada, exclua logicamente a incidência das regras horizontais (ou transetoriais) – como, por exemplo, as regras concorrenciais, consumeiristas e mesmo ambientais –, a própria dinâmica econômica e social se encarregou de demonstrar que esse tipo de isenção não poderia prosperar.

O reconhecimento de que a regulação geral e a regulação setorial devem coexistir harmonicamente nos diversos setores da economia suscita o problema de saber de que modo tais esferas de regulação devem articular-se. Não é possível imaginar que os órgãos responsáveis pela regulação setorial não devam ocupar-se da defesa da concorrência ou da defesa do consumidor: a regulação setorial pode e deve servir também para promover a

concorrência e proteger o consumidor. A complementaridade na atuação dos órgãos responsáveis por uma e por outra esfera de regulação é imprescindível. Embora haja matérias em que não restam dúvidas sobre a titularidade da competência – por exemplo, a fixação de preços é uma atividade típica de um órgão regulador setorial, enquanto o controle de práticas colusivas é tipicamente responsabilidade das autoridades antitruste –, há também casos em que a competência poderia ser exercida tanto por uma autoridade quanto por outra, como, por exemplo, quando se trata de garantir o acesso às infraestruturas essenciais à prestação de determinado serviço. Em suma, pacificada a incidência das regras horizontais sobre os setores regulados, a questão é definir de que forma elas devem incidir sobre setores que possuem, naturalmente, algumas especificidades em relação às atividades econômicas gerais, e de que forma devem ser articuladas as competências dos diversos órgãos e entidades envolvidos.

As distinções entre as normas gerais e as normas setoriais específicas de telecomunicações se explicam, entre outros motivos, pela diferença de racionalidade que orienta órgãos reguladores e órgãos de defesa da concorrência. Classicamente, a regulação é entendida como uma expressão da intervenção do Estado na economia e se justifica quando é necessária a emulação de um regime de concorrência, para a proteção contra falhas de mercado e a defesa dos interesses dos consumidores.

No plano econômico, a regulação desempenha, em geral, um papel de controle *preventivo*, pois influi diretamente sobre a formação das estruturas de mercado. Já os órgãos antitruste exercem um controle prioritariamente *repressivo* das condutas anticoncorrenciais, cobrindo todos os setores da economia. Sua atuação busca defender os interesses da coletividade, ao evitar que empresas limitem ou falseiem a competição, dominem mercados, aumentem arbitrariamente seus lucros ou exerçam da forma abusiva posição dominante.

Enquanto, por um lado, os órgãos incumbidos da regulação de determinado setor exercem funções *prudenciais*, destinadas a formular normas e a zelar pela sua observância, nos limites fixados pelo Poder Legislativo, os órgãos de defesa da concorrência possuem uma natureza principalmente *adjudicativa*, isto é, aplicam normas legais preestabelecidas, zelando pela

economia como um todo, aplicando sanções e fiscalizando a obediência à legislação de defesa da concorrência.

Nessa linha, estudos da OCDE (1999) descrevem as dificuldades associadas à transição de um regime de monopólio estatal para um regime de liberalização, em que os mercados passaram a estar progressivamente submetidos a uma ordem jurídica concorrencial. São destacados cinco aspectos das diferenças de racionalidade, de cultura institucional e de experiência entre órgãos reguladores e órgãos de defesa da concorrência:

- Enquanto os reguladores setoriais visam atenuar os efeitos do poder de mercado (ex: antigos monopólios estatais, agora privatizados), os órgãos de defesa da concorrência buscam a redução do poder de mercado que afete negativamente a competição. Essa diferença de perspectivas tende a afetar significativamente a visão sobre em que medida o poder de mercado pode ser tolerado em nome do interesse coletivo.

- Reguladores setoriais tipicamente impõem condições e monitoram o comportamento dos agentes de mercado, enquanto os órgãos de concorrência, em face de concreta ou potencial violação da ordem econômica, aplicam remédios estruturais.

- Enquanto os reguladores setoriais tendem a impor condicionamentos *ex ante*, os órgãos de concorrência em geral têm uma abordagem *ex post*.

- A atividade dos reguladores setoriais tem uma natureza mais interventiva e exige um fluxo contínuo de informações, enquanto os órgãos de defesa da concorrência têm atuação mais pontual, recolhendo informações apenas quando necessário para atuar em casos concretos.

- As metas atribuídas aos órgãos reguladores setoriais são mais amplas, o que faz com que tenham de decidir, com maior frequência, em face de duas ou mais metas conflitantes.

Marques, Almeida e Forte (2005, p.195-196) identificam alguns dos principais problemas decorrentes da sobreposição de competências regulatórias e concorrenciais, entre os quais têm destaque a multiplicação de controles sobre uma mesma prática; a possibilidade de escolha do regulador mais favorável (*forum shopping*); a inconsistência na aplicação de regras da concorrência por órgãos diferentes; a incompatibilidade de

objetivos; e a falta de competência dos órgãos antitruste para decidir sobre matérias tecnicamente mais complexas.

É imperativa, portanto, a necessidade de coordenação entre as atividades de regulação setorial e as atividades de regulação geral, para permitir uma aplicação coerente dos dois regimes diferentes que traduza segurança jurídica para o investidor e proteção dos interesses da coletividade.

No caso das telecomunicações, a própria LGT e a regulamentação posterior expedida pela agência definiram, de forma bastante robusta, os mecanismos de interação da regulação com a concorrência. A lei é clara ao enunciar a incidência dos princípios de livre-concorrência e de repressão ao abuso do poder econômico, mas determina que as normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações “apenas quando não conflitarem com o disposto na lei” (artigo 7º da LGT). A Lei Geral de Telecomunicações é, portanto, norma especial em relação à Lei Brasileira de Defesa da Concorrência (Lei nº 8.884/94 ou LBDC).

Isso significa que a interpretação e a aplicação do modelo legal de competição do setor de telecomunicações encontram-se subordinadas aos escopos institucionais e às normas que regem o equilíbrio de mercado fixados na LGT e definidos pela Anatel, só subsidiariamente podendo-se aplicar conceitos e instrumentos desenvolvidos pelas normas gerais do direito da concorrência (XAVIER, 2003, p.32).

A Anatel possui normas específicas – e, em alguns casos, divergentes das normas gerais de direito concorrencial – para aferir a existência de relações de controle ou coligação societária e para identificar a existência de posição dominante de mercado. O controle societário, por exemplo, no setor de telecomunicações não se submete às disposições gerais da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76), mas é disciplinado pela Resolução nº 101/99 da Anatel, cujos critérios são, inclusive, mais rigorosos que os critérios legais.

A agência utiliza, ainda, a figura do poder de mercado significativo para estabelecer determinadas restrições *ex ante* com vistas à proteção da concorrência. Esse conceito, embora sem contrariar a noção de posição dominante empregada na LBDC, adapta-a às condições específicas do setor de telecomunicações. A interação da agência reguladora com os órgãos de

defesa da concorrência também é bem definida no que diz respeito ao controle de atos de concentração e de condutas anticompetitivas.

Por determinação legal, os atos de concentração no setor de telecomunicações devem ser submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) por intermédio da Anatel, que realiza a instrução do processo. A decisão final, do ponto de vista concorrencial, é do Cade. Os procedimentos para apresentação de atos de concentração ao Cade são disciplinados pela Norma nº 04/98, da Anatel.

Entretanto, a LGT determina também que algumas operações societárias, que possam resultar em transferência de controle de prestadora de telecomunicações ou em transferência de seu instrumento de outorga, têm sua validade condicionada à anuência prévia da Anatel, a qual somente será concedida se a operação não for prejudicial à competição e não colocar em risco a prestação do serviço. Nesses casos, a decisão tem cunho eminentemente regulatório – embora também sejam levados em conta aspectos concorrenciais – e a decisão final compete exclusivamente à Anatel.

Um ato de concentração no setor de telecomunicações deve submeter-se a dois tipos de controle distintos: a) concorrencial, com o escopo de verificar se da operação pretendida não resultarão efeitos adversos sobre a concorrência; e b) regulatório, para apurar se a operação não viola as regras setoriais, não trará prejuízo ao mercado de telecomunicações e não colocará em risco a prestação do serviço⁹.

Quanto ao controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica no setor de telecomunicações, a Anatel é dotada de competência para acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante do setor de telecomunicações, instaurando procedimentos administrativos para apuração de infrações à ordem econômica e remetendo-os ao Cade para julgamento.

Vale observar que as condutas, atos ou contratos que implicarem descumprimento de legislação ou regulamentação específica do setor de telecomunicações serão julgados pela Anatel, não cabendo recurso ao Cade. Entretanto, quando tais condutas, atos e contratos configurarem hipótese de infração à ordem econômica, conforme definido na legislação concorrencial

específica, serão submetidos, pela Anatel, ao Cade, para julgamento no âmbito de sua competência.

Essa clara definição de esferas de responsabilidade teve o condão de estabelecer uma situação de equilíbrio entre a regulação setorial e a atuação antitruste. Assim, a interação da Anatel com os demais órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tem sido marcada pela cooperação e pelo respeito mútuo às esferas de competência de cada entidade.

É nesse sentido que, apesar de a legislação atribuir à Anatel a competência de “decidir, em último grau, sobre as matérias de sua alçada”, em linha com sua caracterização legal como autarquia de regime especial, dotada de autonomia e independência do ponto de vista do exercício de suas competências finalísticas, a presente gestão vem-se empenhando na construção de diálogos produtivos com todos os órgãos direta ou indiretamente envolvidos nas questões sob responsabilidade da agência, dentro e fora do âmbito governamental.

Do controle social e da participação popular

O elevado grau de autonomia e independência decisória que caracteriza as agências reguladoras tem como corolário lógico e necessário um alto grau de permeabilidade às demandas e aos interesses da sociedade nos processos de tomada de decisão, bem como um rigoroso sistema de prestação de contas que permita o exercício do controle social. No setor de telecomunicações, a própria LGT estabelece diversos mecanismos formais de participação e controle, que têm sido implementados e aperfeiçoados nas práticas da agência.

Em obediência ao princípio da publicidade e transparência, que deve orientar a ação administrativa, a Lei Geral de Telecomunicações impõe que todos os documentos e processos não sigilosos sejam disponibilizados na Biblioteca da Anatel, para consulta por qualquer interessado, sem formalidades¹⁰. Além disso, a Anatel busca divulgar e manter atualizado seu portal na internet, no qual é possível consultar todos os atos normativos da agência.

Quanto à participação procedimental no processo decisório da Anatel, a LGT e o Regimento Interno determinam a obrigatoriedade de consulta pública antes da edição de atos normativos, pelo prazo mínimo de dez dias¹¹.

A agência deve analisar e responder a todos os comentários e sugestões enviados durante o período de consulta pública, explicando os motivos para adoção ou rejeição das propostas oferecidas. Adicionalmente, em temas de grande repercussão social, a agência adota a prática de realização de audiências públicas, para esclarecimento e oitiva da sociedade, a exemplo das audiências e da sessão públicas, realizadas ao longo de 2008, relativas ao debate e à aprovação da revisão do Plano Geral de Outorgas do Serviço de Telecomunicações prestado no regime público (PGO) e do Plano Geral de Atualização da Regulação em Telecomunicações (PGR).

Ainda no que se refere à participação da sociedade nas decisões do Conselho Diretor, existe o Comitê de Defesa dos Usuários de Serviços de Telecomunicações, criado em 1999, pela Resolução 107, “com a finalidade de assessorar e subsidiar o Conselho Diretor da Anatel no exercício de suas competências legais em matéria de defesa e proteção dos direitos dos usuários de serviços de telecomunicações”.

Em março de 2008, o regimento interno do comitê foi republicado com alterações na composição, nas atribuições e no funcionamento do órgão. O novo documento acrescentou, nas atividades do comitê, a função de propor diretrizes para promover a informação e a educação dos usuários, visando sua maior participação nas decisões regulatórias da agência.

O Comitê de Defesa dos Usuários de Serviços de Telecomunicações passou a contar com a presença de um representante da Secretaria Especial de Direitos Humanos, ligada à Presidência da República, e de um representante do Ministério das Comunicações. Da Anatel, farão parte do órgão, além dos membros atuais, o ouvidor, os chefes das assessorias parlamentar, de comunicação social e da auditoria interna, bem como todos os superintendentes, que poderão ser convocados em razão dos assuntos em pauta.

No que se refere aos mecanismos institucionalizados de controle social, saliente-se a presença de um ouvidor independente, nomeado pelo presidente da República para mandato de dois anos, admitida uma recondução¹². Ademais, a agência conta com um Conselho Consultivo, integrado por representantes indicados pelo Senado Federal, Câmara dos Deputados, Poder Executivo, entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações, entidades representativas dos usuários e entidades representativas

da sociedade. O Conselho Consultivo tem funções opinativas e de aconselhamento, cabendo-lhe também apreciar os relatórios anuais do Conselho Diretor, requerer informações e fazer proposições acerca das decisões do Conselho Diretor¹³.

Por fim, além de se submeter à regular fiscalização dos diversos órgãos de controle interno e externo, a agência realiza prestação de contas aos poderes Legislativo e Executivo, por meio da elaboração de relatório anual de atividades, destacando o cumprimento da política setorial¹⁴.

Desafios

Descrita sucintamente a estrutura que conforma a regulação das telecomunicações no Brasil, é oportuno passar ao exame dos desafios concretos enfrentados pela Anatel, tanto de ordem finalística quanto no que diz respeito à sua gestão e funcionamento.

Quanto às atividades-fim

O artigo 2º da LGT define os princípios gerais que devem orientar a atuação da agência. São eles: a) garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas; b) estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira; c) adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários; d) fortalecer o papel regulador do Estado; e) criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo; e f) criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do país. É a realização desses macro-objetivos institucionais que representa o permanente desafio da agência.

Contudo, em um setor dinâmico como o de telecomunicações, é natural que o foco das atenções se altere com o tempo, dando-se, em determinados períodos, maior ênfase a um ou mais dos princípios acima enumerados.

Assim, durante a primeira fase de atuação da agência, logo após a privatização das empresas integrantes do Sistema Telebrás, os esforços da Anatel voltaram-se, de forma decisiva, para a necessidade de universalização dos serviços de telecomunicações, ampliando o acesso de toda a população aos serviços, a preços e tarifas razoáveis.

As vencedoras do edital de desestatização do Sistema Telebrás adquiriram, junto com as empresas privatizadas, a rede pública de telecomunicações preexistente e a elas, na qualidade de concessionárias do serviço telefônico fixo comutado (STFC), foram impostas ambiciosas metas de universalização e de qualidade. Ademais, como condição para a entrada em novos mercados competitivos, como o de telefonia móvel, por exemplo, foi exigido que as concessionárias antecipassem o cumprimento das metas de universalização para 31 de dezembro de 2001. Em decorrência de dispositivo legal, tais metas de universalização são revistas e ampliadas a cada cinco anos.

É possível afirmar que a ação da agência relativa à universalização tem sido bem-sucedida. De fato, verificou-se notável expansão na oferta de serviços, tanto no que diz respeito a acessos individuais quanto a terminais de uso público (TUPs), os conhecidos “orelhões”. Mais recentemente, a agência determinou aos vencedores da licitação para prestação de serviços de telefonia móvel de terceira geração (3G) o cumprimento de extensos compromissos de atendimento, com o objetivo de assegurar a ampla disseminação da cobertura móvel e das tecnologias mais avançadas ao longo de todo o território nacional, modelo inovador que tem despertado a atenção internacional, sobretudo no contexto dos países em desenvolvimento.

No que se refere à competição, porém, deve-se reconhecer que ainda há necessidade de avanços, em especial com respeito à telefonia fixa. O primeiro Plano Geral de Outorgas – aprovado à época da privatização pelo Decreto nº 2.534/98 – previu a divisão do país em três regiões para a outorga de concessões de telefonia local, e mais uma região, abrangendo todo o território nacional, para a prestação de serviços de longa distância nacional e internacional. Em cada região, haveria, durante determinado período, um duopólio, ou seja, uma empresa concessionária prestando serviços em concorrência com uma empresa autorizada (também conhecida como

empresa espelho). Posteriormente, deu-se a liberalização completa do setor, deixando de haver limite ao número de prestadoras de telefonia fixa em regime privado. Esperava-se, assim, fomentar um ambiente competitivo na telefonia fixa, prevendo-se a existência de dois (ou mais) concorrentes de peso em cada região.

Apesar dos esforços, e ao contrário da telefonia móvel e de longa distância, em que se implementou efetiva concorrência, não foram verificados aumentos significativos nos níveis de competição, mantendo-se a situação de domínio das concessionárias. Novas alterações foram feitas ao Plano Geral de Outorgas ao final de 2008, abrindo espaço para aquisições e consolidações empresariais que, espera-se, terão efeitos positivos sobre a dinâmica competitiva do mercado.

Ultrapassado o primeiro decênio da agência e considerando o sucesso das políticas de universalização dos serviços, suas atenções voltam-se agora com mais intensidade e consistência para áreas outrora carentes de atenção, como a proteção e defesa do usuário e a competição.

Em 2008, foi publicada uma inovadora resolução da Anatel, o Plano Geral de Atualização da Regulamentação (PGR), que, após consulta pública e tomando por base os princípios regulatórios previstos ou decorrentes da legislação setorial, definiu as metas regulatórias de curto, médio e longo prazos a serem atingidas pela Anatel durante os próximos dez anos.

A elaboração do PGR partiu da convicção de que a agência deveria assumir papel proativo e antecipar-se em termos de reflexão econômica e jurídica necessária ao controle e à orientação dos processos tecnológicos. Nesse sentido, o PGR reflete um inédito e arrojado planejamento para o curto, médio e longo prazos. Entre os princípios que fundamentaram sua elaboração, estão: a ampliação da oferta e do uso de serviços e das redes de telecomunicações; o incentivo aos modelos de negócios sustentáveis e à competição; a aceleração do desenvolvimento econômico e social e da redução das desigualdades regionais; e o fortalecimento do papel regulador do Estado.

O PGR resultou de acurados estudos conduzidos pela equipe técnica da Anatel, seguidos de exame e deliberação do corpo dirigente, no sentido de equacionar as demandas governamentais com a necessidade de atualizar o marco regulatório. Esses estudos estão disponíveis no portal da agência na internet.

Verdadeiro instrumento de planejamento estratégico, entre as metas de curto prazo contempladas pelo PGR, vale destacar: a promoção de parcerias com os órgãos oficiais de proteção e defesa do consumidor; a realização de estudos e elaboração de propostas que visem à adoção de princípios de qualidade percebida pelos usuários nos serviços de telecomunicações, à melhoria do procedimento de atendimento às reclamações dos usuários e ao aprimoramento dos procedimentos de fiscalização com o foco no usuário; a revisão dos contratos de concessão, com foco no atendimento de áreas rurais e de fronteira, bem como na oferta de planos especiais para pessoas de baixa renda; e a elaboração do Plano Geral de Metas de Competição (PGMC).

Ação particularmente importante do PGR, no contexto do novo cenário de convergência tecnológica, diz respeito à previsão de regulamentação para fomento à pesquisa, desenvolvimento e produção de tecnologia nacional em telecomunicações, com avaliação de fixação de obrigação de investimento em P&D no Brasil para os grupos com poder de mercado significativo e desenvolvimento de novos processos de certificação de produtos que favoreçam a inovação e o desenvolvimento tecnológico.

Quanto às metas de médio prazo, destacam-se os propósitos de adequação das obrigações para os serviços de telecomunicações no sentido de possibilitar:

- a) A oferta de planos específicos de banda larga, inclusive para população de baixa renda;
- b) A revisão e atualização de aspectos específicos da regulamentação relativa a serviços móveis (SMP), serviços fixos (STFC), Serviços de Comunicação Multimídia (SCM) e Serviços de Interesse Restrito (SCR);
- c) A realização de estudos sobre o uso de radiofrequências voltados à identificação de novas faixas, considerando a demanda pela mobilidade plena;
- d) A revisão dos regulamentos de remuneração de redes de todos os serviços, com o objetivo de estimular a competição e os investimentos na expansão e modernização das redes e ampliar o tráfego inter-redes e a regulamentação da neutralidade de redes.

Por fim, as ações de longo prazo, cujo tempo de implementação será de até dez anos, incluem a regulamentação de um modelo convergente de

outorgas para exploração de serviços e redes de telecomunicações; a revisão da regulamentação de televisão por assinatura; a revisão da regulamentação relativa aos fundos setoriais, Fust e Fistel; e a realização de estudos sobre as questões relativas ao reaproveitamento do espectro atualmente utilizado para transmissões de TV analógica quando do desligamento dessas transmissões em razão da migração para a TV digital. Cada ação prevista no PGR será objeto de procedimento normativo específico, inclusive com a respectiva realização de consulta pública.

A gestão da agência busca, assim, priorizar as ações que visam atender às políticas públicas estabelecidas para o setor, bem como aquelas necessárias para a atualização e complementação do arcabouço regulatório. Entende-se como central para a excelência regulatória a agilidade e a realização de análises prospectivas para responder à evolução da tecnologia, além de interação cada vez mais próxima com outras entidades do governo, entre elas o Ministério das Comunicações e o Ministério da Justiça, entidades de defesa do consumidor, a Agência Nacional do Cinema e do Audiovisual e o Cade.

Embora o debate sobre PGR e PGO tenha sido impulsionado por uma demanda específica do Ministério das Comunicações, a Anatel já vinha há algum tempo, e com especial intensidade a partir da gestão Sardenberg, realizando estudos e tomando medidas com relação à atualização da regulamentação setorial, movida pela percepção de que um cenário de convergência requer o aperfeiçoamento dos instrumentos regulatórios de que a agência dispõe.

Nesse sentido, a Anatel tem mantido aberta a interlocução com diversos atores dos poderes Executivo e Legislativo, com órgãos de controle, com o setor empresarial e com a sociedade civil, de modo a assegurar que as mudanças em discussão sejam instrumentais na consecução de um quadro regulatório que favoreça o equilíbrio entre atração de investimentos, competição sustentável e benefícios aos usuários.

Vale notar que as interações com tais agentes têm sido pautadas pelo respeito mútuo e pelo reconhecimento da competência soberana da Anatel de “decidir, em último grau, sobre as matérias de sua alçada”, em linha com sua caracterização legal como autarquia de regime especial, dotada de autonomia e independência.

Quanto à estrutura e à atuação da agência

Alcançar os objetivos acima descritos depende não apenas de um planejamento estratégico, como o que a agência realizou recentemente, mas também de uma estrutura operacional adequada e do fortalecimento e manutenção de capacidades institucionais que assegurem o nível adequado de qualidade regulatória. Depende, portanto, de alguns elementos que escapam ao âmbito de controle imediato da Anatel, como, por exemplo, dotação orçamentária adequada sem excessivos contingenciamentos, manutenção de um conselho diretor completo, garantia de quadro de pessoal qualificado e adequadamente remunerado, bem como respeito à independência decisória da agência.

Observados esses elementos, a própria Anatel possui ferramentas para assegurar a qualidade regulatória. Mencione-se, por exemplo, a prática de avaliação de pessoal e da instituição, a que poucos órgãos públicos brasileiros estão sujeitos. A aferição do cumprimento de indicadores e metas permite não apenas avaliar o desempenho da agência e melhorar a qualidade regulatória, mas também determinar parcela da gratificação dos servidores. Os tipos de indicadores considerados referem-se à quantidade de produção, qualidade de produção e produtividade, considerando temas como licenciamento dos serviços de telecomunicações, instrução de processos administrativos, elaboração de regulamentos, fiscalização e atendimento aos usuários.

No que diz respeito à capacitação de servidores, a Anatel já realizou parcerias acadêmicas com universidades públicas brasileiras, oferecendo a seus servidores a possibilidade de realização de programas de pós-graduação e mestrados ligados à regulação de telecomunicações. Ademais, foram realizadas ações de ambientação para novos servidores, permitindo-lhes ter contato com as diversas frentes de atuação da agência. Discute-se presentemente a criação do Centro de Estudos e Desenvolvimento de Regulação em Telecomunicações (Cedra) vinculado diretamente à Anatel, por meio do qual serão oferecidos programas continuados de capacitação com ações relacionadas à missão e aos objetivos estratégicos da agência.

A estruturação do Cedra reflete a orientação da atual administração da Anatel de torná-la referência nacional e internacional no que diz

respeito à regulação de telecomunicações. Inscreve-se junto a outras iniciativas empreendidas com o objetivo de modernizar a agência, especialmente os esforços de planejamento estratégico, refletidos no PGR, a recomposição dos níveis salariais da carreira, a publicação da portaria de progressão e promoção dos servidores, recentemente publicada, e a realização do terceiro concurso público.

A criação do centro de estudos traduz igualmente a necessidade de dar caráter perene à experiência amalhada, nos mais de dez anos de existência da agência, e também ao patrimônio herdado do sistema Telebrás, que deve ser valorizado e transmitido às novas gerações de reguladores, representadas pelos servidores concursados.

Com o Cedra, disporá a Anatel, a curto prazo, de um *think-tank* em matéria de estudos, desenvolvimento e capacitação em regulação do setor de telecomunicações, devendo levar em conta as metas institucionais da organização e, também, as preocupações mais amplas associadas ao desenvolvimento econômico e social do país.

Neste momento, em que o cenário global e nacional é marcado por numerosos desafios regulatórios de um setor em rápida evolução tecnológica e de crescentes demandas da sociedade, em que as telecomunicações brasileiras ganham novos e mais complexos contornos, o Cedra deverá representar um lócus de estudos e pesquisa aplicada, de capacitação individual e corporativa, que permitirá à Anatel fortalecer-se e confirmar seu pioneirismo no campo da regulação no Brasil, além de possibilitar a disseminação dessa experiência internamente e no exterior.

É oportuno mencionar que a Anatel estabeleceu como uma de suas principais metas, no que concerne à condução de suas relações internacionais, o fortalecimento da cooperação técnica entre os países do Sul. O centro estará, portanto, fortemente voltado para a cooperação técnica com outros países, especialmente aqueles com o quais o Brasil possui identificação cultural e crescentemente econômica, como os da América Latina e da Comunidade de Países de Língua Portuguesa (CPLP), com o intuito de fomentar trocas de experiências regulatórias que aperfeiçoem o conhecimento jurídico, econômico, de engenharia e de gestão em regulação.

Essa orientação internacional da agência reflete-se concretamente nas recentes assinaturas de memorandos de entendimento com a Autoridade Independente de Comunicações da África do Sul e a revisão do memorando com o Instituto Nacional das Comunicações de Moçambique, em outubro de 2008. O Brasil também assumiu, ao final daquele ano, a Presidência do Foro Latino-americano de Entes Reguladores de Telecomunicações (Regulatel), por ocasião da XI Plenária do Foro, realizada conjuntamente com a VII Cúpula de Presidentes dos Reguladores Europeus e Latino-americanos, em Lima, no Peru.

Tais mecanismos de cooperação bilateral e multilateral têm-se mostrado extremamente eficazes para estimular o debate sobre as questões mais pungentes do cenário de telecomunicações. Encorajam a participação de países que não possuem voz ativa em outros foros internacionais, facilitam o contato com as demais instâncias multilaterais do setor e permitem a efetiva cooperação técnica e o intercâmbio de experiências sobre telecomunicações.

Conclusão

O decênio de existência da Anatel e da LGT permite-nos fazer um balanço desse período, que se iniciou com as privatizações do setor, e motivamos a planejar ações para os próximos anos. Saímos de aproximadamente 18 milhões de acessos à telefonia fixa há uma década, para os 42 milhões atuais. Graças aos programas de universalização, hoje 100% dos municípios brasileiros – mais de 5.500 – têm acesso à telefonia fixa. Avançamos de 520 mil terminais de telefones públicos instalados para 1,1 milhão. Desde o início das operações do serviço móvel, o número de acessos cresceu de 4,5 milhões, em 1997, para quase 150 milhões hoje, alcançando 60% dos municípios brasileiros.

Graças à visão social adotada pela Anatel no atual modelo, existe hoje a garantia de que pelo menos 2% dos telefones públicos sejam adaptados para cada tipo de necessidade especial. Além disso, e em razão de recente decreto presidencial, um programa com recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Fust) contemplará com amplos benefícios as instituições de assistência às pessoas com

deficiência auditiva. Os registros históricos mostram outros avanços. No ano passado, quando a agência completou dez anos, 166 aldeias indígenas dispunham de telefone público e, várias delas, de acessos individuais/residenciais.

Nesse decênio, a telefonia fixa chegou também a 386 assentamentos rurais, a quatro arquipélagos, a 77 núcleos habitacionais localizados em áreas remotas e a 122 localidades situadas em zonas de fronteira. São alguns reflexos de planos e de regulamentos preparados pela agência, norteados para atender necessidades e anseios da população também de baixa renda.

A Anatel vem empreendendo ações com vistas à difusão e massificação de outros serviços, como os de telefonia móvel e de banda larga. Essa notável expansão foi diretamente impulsionada pelos Planos Gerais de Metas para a Universalização implantados pela agência e pelos bem-sucedidos editais de licitação de radiofrequências, que têm permitido tirar expressivos contingentes populacionais do isolamento, com a abertura de caminhos para a inclusão social e digital. O uso dessa tecnologia abrirá horizontes para a ampliação dos serviços de banda larga móvel em mais de 3,8 mil municípios, nos próximos anos. Em virtude dos compromissos de abrangência estabelecidos pela Anatel, todos os 1.836 municípios que ainda não dispõem de telefonia móvel passarão a contar com esse serviço.

Por esse somatório de fatores, o país ocupa hoje a 5ª posição no ranking mundial de plantas de telefonia celular. Na frente do Brasil, a China, os Estados Unidos, a Rússia e a Índia; após o Brasil, Japão, Alemanha, Itália, França e Inglaterra, entre outros. Esses avanços extraordinários foram possíveis, em grande medida, graças à ação regulamentar da Anatel.

Por fim, deve-se dar destaque a iniciativas recentes, como os esforços para conectar com banda larga 55 mil escolas, permitindo, por meio de profícua parceria entre setores público e privado, a abertura de novos horizontes para a inclusão digital. As ações da Anatel nesse sentido representam importantes passos para o aprofundamento das premissas de justiça social que orientam o país.

Sendo as telecomunicações um fator indutor do desenvolvimento econômico e social, sua regulação requer, nos termos da lei, um esforço

integrado entre a Anatel e os órgãos do Poder Executivo, de modo a alcançar-se um quadro regulatório que favoreça o equilíbrio entre atração de investimentos, competição sustentável e benefícios aos usuários, o qual facilite economias de escala, geradoras de ganhos econômicos e bem-estar social.

É pacífico o reconhecimento, em todos os níveis governamentais e pela sociedade, da importância da regulação. Não se trata de mero paliativo temporário, destinado a vigorar apenas enquanto não “chegar” a competição, mas permanente mecanismo de preservação da concorrência, de estímulo à expansão de redes e serviços e, sobretudo, de atendimento e defesa do consumidor.

Vale notar que as agências reguladoras não receberam um tratamento sistemático por parte do legislador, existindo significativas diferenças entre elas, refletindo uma abordagem assistemática e a possibilidade de aprendizado com as experiências de sucesso.

As transformações ocorridas na última década no campo das telecomunicações e a profunda evolução tecnológica, comportamental e empresarial indicam a oportunidade e conveniência da adoção de providências regulatórias que ensejem, não somente suprir as deficiências diagnosticadas no passado e no atual contexto, mas também identificar desafios e priorizar novos objetivos para o futuro.

A tarefa de regular um setor sensível como o de telecomunicações, com amplas e conhecidas implicações não apenas no mercado, mas no cotidiano das pessoas, requer adequada consideração pelo delicado equilíbrio que deve existir entre competências técnicas e valorações políticas, de modo a assegurar estabilidade, uniformidade e eficiência na execução das políticas públicas.

Notas

¹ No setor de telecomunicações, a Lei Geral de Telecomunicações (LGT) estabeleceu uma diferenciação entre serviços prestados em regime público, outorgados por concessão e sujeitos a metas de universalização e obrigações de continuidade; e serviços prestados em regime privado, mediante autorização, sujeitos a um regime de maior liberdade econômica. Atualmente, o único serviço prestado em regime público é o Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC).

² Para além das empresas integrantes do Sistema Telebrás, existiam quatro empresas independentes, sendo três estatais (a CRT, controlada pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul; a Sercomtel, pela Prefeitura de Londrina; e a Ceterp, pela Prefeitura de Ribeirão Preto) e uma privada (a Cia. de Telecomunicações do Brasil Central).

³ Art. 2º § 3º, Lei nº 5.792/72.

⁴ Cfr. art. 21, XI da Constituição de 1988, em sua redação original:

“Art. 21 Compete à União:

XI – explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União”.

⁵ Pesquisadores como Ramos (2000, p.178) chamam a atenção para o paradoxo de que apenas as telecomunicações em sentido estrito foram contempladas pelas reformas, mantendo-se intacto e fora do alcance da nova agência reguladora o quadro normativo vigente para a radiodifusão. Até hoje, a lei que regula a radiodifusão remonta a 1962.

⁶ Cfr. Exposição de Motivos nº 231/96 MC: “Documento de encaminhamento da Lei Geral das Telecomunicações, comentando-a”.

⁷ LGT. Art. 8º Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

[...]

§ 2º A natureza de autarquia especial conferida à agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

Art. 9º A agência atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.

⁸ Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9472, de 16/07/97):

Art. 19 À agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

I – implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações;

[...]

III – elaborar e propor ao presidente da República, por intermédio do ministro de Estado das Comunicações, a adoção das medidas a que se referem os incisos I a IV do artigo anterior, submetendo previamente à consulta pública as relativas aos incisos I a III;

[...]

XXX – rever, periodicamente, os planos enumerados nos incisos II e III do artigo anterior, submetendo-os, por intermédio do ministro de Estado das Comunicações, ao presidente da República, para aprovação;

[...]

Art. 22 Compete ao Conselho Diretor:

III – propor o estabelecimento e alteração das políticas governamentais de telecomunicações;

Regulamento da Anatel (Decreto nº 2.338, de 07/10/97):

Art. 16 À agência compete [...]:

I – implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações fixada na Lei e nos decretos;

Art. 35 Compete ao Conselho Diretor, sem prejuízo de outras atribuições previstas na Lei, neste Regulamento ou no Regimento Interno:

[...]

IV – propor o estabelecimento e alteração das políticas governamentais de telecomunicações;

V – exercer o poder normativo da agência relativamente às telecomunicações, nos termos do art.17;

[...]

XIII – deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos;

XIV – exercer o poder de decisão final sobre todas as matérias da alçada da agência.

⁹ Vale notar que nem todos os setores têm essa interação tão claramente definida. No setor financeiro, por exemplo, é conhecido o conflito de competências entre o Cade e o Banco Central relativo à aprovação de operações de concentração no setor financeiro. A falta de clareza quanto à divisão de competências no setor já produziu extenso contencioso administrativo e judicial, envolvendo inclusive a discussão acerca da força vinculativa dos pareceres normativos da Advocacia Geral da União (AGU).

¹⁰ LGT. Art. 39 Ressalvados os documentos e os autos cuja divulgação possa violar a segurança do país, segredo protegido ou a intimidade de alguém, todos os demais permanecerão abertos à consulta do público, sem formalidades, na Biblioteca.

Parágrafo único. A agência deverá garantir o tratamento confidencial das informações técnicas, operacionais, econômico-financeiras e contábeis que solicitar às empresas prestadoras dos serviços de telecomunicações, nos termos do regulamento.

¹¹ LGT. Art. 42 As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca.

¹² LGT. Art. 45 O ouvidor será nomeado pelo presidente da República para mandato de dois anos, admitida uma recondução.

Parágrafo único. O ouvidor terá acesso a todos os assuntos e contará com o apoio administrativo de que necessitar, competindo-lhe produzir, semestralmente ou quando oportuno, apreciações críticas sobre a atuação da agência, encaminhando-as ao Conselho Diretor, ao Conselho Consultivo, ao Ministério das Comunicações, a outros órgãos do Poder Executivo e ao Congresso Nacional, fazendo publicá-las para conhecimento geral.

¹³ LGT. Art. 33 O Conselho Consultivo é o órgão de participação institucionalizada da sociedade na agência.

Art. 34 O Conselho será integrado por representantes indicados pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, nos termos do regulamento.

Parágrafo único. O Presidente do Conselho Consultivo será eleito pelos seus membros e terá mandato de um ano.

Art. 35 Cabe ao Conselho Consultivo:

I – opinar, antes de seu encaminhamento ao Ministério das Comunicações, sobre o plano geral de outorgas, o plano geral de metas para universalização de serviços prestados no regime público e demais políticas governamentais de telecomunicações;

II – aconselhar quanto à instituição ou eliminação da prestação de serviço no regime público;

III – apreciar os relatórios anuais do Conselho Diretor;

IV – requerer informação e fazer proposição a respeito das ações referidas no art. 22.

¹⁴ LGT. Art. 19 À agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

[...]

XXVIII – elaborar relatório anual de suas atividades, nele destacando o cumprimento da política do setor definida nos termos do artigo anterior;

XXIX – enviar o relatório anual de suas atividades ao Ministério das Comunicações e, por intermédio da Presidência da República, ao Congresso Nacional.

Referências bibliográficas

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução nº 516, de 30 de outubro de 2008*. Plano Geral de Atualização da Regulamentação de Telecomunicações – PGR. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>, consultado em janeiro de 2009.

_____. *Resolução nº 270, de 19 de julho de 2001*. Regimento Interno da Agência Nacional de Telecomunicações. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>, consultado em janeiro de 2009.

_____. *Resolução nº 195, de 07 de dezembro de 1999*. Aprova a Norma nº 7/99-Anatel – Procedimentos administrativos para apuração e repressão das infrações da ordem econômica e para o controle de atos e contratos no setor de telecomunicações. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>, consultado em janeiro de 2009.

_____. *Resolução nº 101, de 04 de fevereiro de 1999*. Aprova o Regulamento para Apuração de Controle e de Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>, consultado em janeiro de 2009.

_____. *Resolução nº 76, de 16 de dezembro de 1998*. Aprova a Norma nº 04/98-Anatel – Procedimento para apresentação dos atos de que tratam o art. 54 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, e os §§ 1º e 2º, do art. 7º, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, por intermédio da Anatel, para apreciação do Cade. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>, consultado em janeiro de 2009.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: julho de 2008.

_____. *Decreto nº 2.338, de 07 de outubro de 1997*. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: janeiro de 2009.

_____. *Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997*. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional 8, de 1995. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17. jul. 1997. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 6. out. 2006.

_____. *Exposição de Motivos nº 231/96 MC*. Documento de encaminhamento da Lei Geral das Telecomunicações, comentando-a. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>, consultado em janeiro de 2009.

_____. *Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994*. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: julho de 2008.

_____. *Lei nº 5.792/72, de 11 de julho de 1972*. Institui política de exploração de serviços de telecomunicações, autoriza o Poder Executivo a constituir a empresa Telecomunicações Brasileiras S/A. – TELEBRÁS, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: julho de 2008.

_____. *Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962*. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05. out. 1962. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: julho de 2008.

_____. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, Brasília, novembro de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em julho de 2008

MARQUES, Maria M. L.; ALMEIDA, João P. S. de; FORTE, André M. Regulação setorial e concorrência. *RDPE* ano 3, nº 9, pp. 187-205, 2005.

OECD. *Relationship between Regulators and Competition Authorities*. Paris: Competition Policy Roundtables, 1999.

RAMOS, Murilo C. *Às margens da estrada do futuro. Comunicações, políticas e tecnologia*. Brasília: Coleção FAC editorial eletrônica, 2000.

XAVIER, Helena de A. L. *O regime especial da concorrência no direito de telecomunicações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

* Simone Henriqueta Cossetin Scholze é superintendente-executiva da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) desde 2007. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília. Funcionária de carreira do Ministério da Ciência e Tecnologia desde 1987, com experiência profissional em órgãos como o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e o Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (Inpe). Entre fevereiro de 2003 e dezembro de 2006, serviu à Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), em Paris, como chefe da Coordenação de Ética da Ciência e Tecnologia.

**Miriam Wimmer é especialista em Regulação de Serviços Públicos de Telecomunicações da Anatel e assessora da superintendente-executiva. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, mestre em Direito Público pela mesma instituição e doutoranda em Comunicação na Universidade de Brasília. É pesquisadora do Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (Getel/UnB) e tem experiência profissional no setor de telecomunicações desde 2001.

SOBRE PETRÓLEO, BANCOS, CRISE E REGULAÇÃO

Luís Eduardo Duque Dutra

Qual a relação entre o petróleo e a crise financeira? Como explicar que o preço do petróleo tenha despencado de seu pico histórico e que tenha sido dividido por três no último semestre de 2008? Em paralelo, a crise imobiliária se transformou em crise financeira, que contaminou o sistema bancário e, por fim, a economia real. Esses eventos estão relacionados?

Antes disso, como explicar o rápido aumento de preço do petróleo? Em 1973 e entre 1978 e 1981, os choques do petróleo se inseriram em um processo de mudanças nas finanças e na economia internacional. O primeiro choque sucedeu o fim do dólar lastreado pelo ouro e inaugurou uma prolongada estagflação, novidade em termos econômicos. O segundo choque foi seguido pela crise ocasionada pela dívida dos países não industrializados, pela década perdida na América Latina, pela falência do Estado *keynesiano* e a sua substituição pelo Estado mínimo. Será que a rapidez e a dimensão das mudanças atuais e a experiência dos choques anteriores indicam que devemos esperar o pior?

De que forma a indústria petrolífera e a banca internacional se relacionam para, ao perder o rumo, impor crises sucedidas por reordenações profundas, seja na esfera produtiva, seja na esfera financeira? Por fim, o que isso tem a ver com a regulação? Em que medida as agências falharam? Tem coelho neste mato e, mais importante, até aqui tem pouca reflexão sobre o assunto, embora coincidências não existam e semelhanças chamem a atenção na história econômica.

As crises e a prosperidade recente

O estudo das crises financeiras mundiais ensina que sua anatomia não muda, desde a crise das tulipas que revelou a falência do mercantilismo

holandês no início do século XVII. Amsterdã se fez praça financeira, ao sugar a riqueza ibérica extraída das colônias latino-americanas. Antes, no século XV, os fundamentos da nação espanhola foram alavancados pelo capital genovês e veneziano. Este o fizera na busca de melhores oportunidades, após a derrocada do capital norte-italiano durante a primeira metade do século XIV¹.

Muito depois, em 1929, o capitalismo conheceu sua maior crise econômica. A aposta na alta das ações, financiada por empréstimos sem lastro, ou de baixa qualidade, criou uma bolha especulativa que, ao estourar, atingiu o sistema bancário. Bastou as ações caírem para os devedores não honrarem seus compromissos. Eram muitos e, à medida que o boato corria e a informação se disseminava, as filas nos bancos para resgatar os depósitos aumentavam. Houve uma corrida pelos depósitos e o sistema bancário ruiu².

Até 1929, o conhecimento sobre o fenômeno não permitia um tratamento adequado. Os custos sempre foram altos, a crise comercial italiana e a falência do mercantilismo holandês, cada uma a seu tempo, deslocaram geograficamente o núcleo do capitalismo. É verdade que abriram novas eras, mas à custa de algumas décadas, por vezes séculos, de estagnação. Em 1929, não foi diferente, a fragilidade das soluções e a falta de coordenação postergaram *ad infinitum* qualquer solução, incentivaram o protecionismo exacerbado, irmão do nacional-socialismo, que se alastrou pelo mundo e desaguou na II Guerra Mundial. Assim diagnosticou J.M.Keynes, cujas soluções, seja para a regulação do fluxo internacional do capital, seja para política fiscal e monetária, passaram a ser aplicadas a partir do final da guerra³. É interessante observar, como o faz Stiglitz, que o Fundo Monetário Internacional (FMI), o *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), o Banco Mundial e os Bancos de Reconstrução só assumem, como doutrina, a ortodoxia monetária a partir do início da década de 1980, junto com a eleição de Reagan e Thatcher. Em seguida, aderem ao Consenso de Washington. Até então, a orientação era francamente *keynesiana*, em prol do desenvolvimento com participação ativa do Estado.⁴

Com o conhecimento adquirido depois de Keynes, não se evitaram as crises financeiras. Elas são inerentes e recorrentes ao sistema produtivo, já constataria a escola clássica, no século anterior. Em compensação, as crises

ficaram localizadas e foram limitadas no tempo, à exceção da estagflação que sobreveio aos choques de petróleo da década de 1970 e determinou o estancamento do crédito internacional durante a década seguinte, prejudicando especialmente os países menos industrializados. Mais recentemente, em 1989, o *default* dos *Savings & Loan* (fundos de previdência e saúde privada californianos); a partir de 1992, os ataques especulativos; em 1998, o estouro da bolha das dívidas russa e asiáticas; e, em 2001, o fim da bolha da internet são eventos que acabaram contornados com relativa rapidez. A era Clinton foi de prosperidade e o juro baixo, fixado pelo Federal Reserve System (Fed), foi parte da explicação. Financiada pela poupança externa, a expansão do regime de acumulação norte-americano – dominado pelo interesse do acionista – parecia não ter fim. Depois da virada do milênio e do tropeço em 2001, a economia americana (e mundial) embarcou no período de melhor desempenho no pós-guerra.

Os indicadores da prosperidade recente são muitos. A riqueza mundial cresceu 70% entre 2000 e 2007; 60% em termos per capita⁵. A abertura comercial é inegável: medido pela soma das exportações e importações de bens tangíveis, o fluxo de trocas internacionais cresceu 11% ao ano, em média, entre 2000 e 2005. Em período mais recente, entre 2003 e 2006, o comércio cresceu ainda mais, 16,7%, e aumentou 14% em 2007. Ademais, a riqueza gerada é também de natureza pós-moderna: a exportação de mercadorias intangíveis (serviços) simplesmente triplicou (218%) entre 2000 e 2007, o acesso ao telefone cresceu 2,5 vezes e à internet 3,5, no mesmo período. É um resultado considerável para um impulso iniciado em meados da década de 1980, que atravessou as crises financeiras da década seguinte e que experimentou uma aceleração nos primeiros anos do século XXI.

Em termos absolutos, a conquista é resumida pela queda da pobreza. Dados atualizados (agosto de 2008) de pesquisa do Banco Mundial (www.worldbank) calculam que, em 1981, um em cada dois habitantes da terra era miserável (renda menor que US\$ 1,25 por dia); em 2005, um em cada quatro (ver Figura 1). É verdade que o grande passo foi dado na China, onde os mais pobres eram 835 milhões, em 1981, e 207 milhões, em 2005, quatro vezes menos.

A aceleração recente foi obtida sem inflação. No mundo, em 2000, o aumento geral dos preços foi de 4,7% e, em 2007, chegou a ser menor, 4,3% – fato ímpar na História, graças à queda de preço dos produtos manufaturados produzidos na Ásia. E os preços de matérias-primas e insumos industriais estavam em franca ascensão. O petróleo foi multiplicado por dez, o cobre por cinco e o carvão por um pouco menos, entre 1999 e 2007. Assim, pela primeira vez, os termos de troca mudaram em favor dos países em desenvolvimento (e não só dos exportadores de petróleo). Todos cresciam, até a África! Uma vez que os fundamentos eram sãos, a expectativa de prosperidade indefinida embalou as apostas.

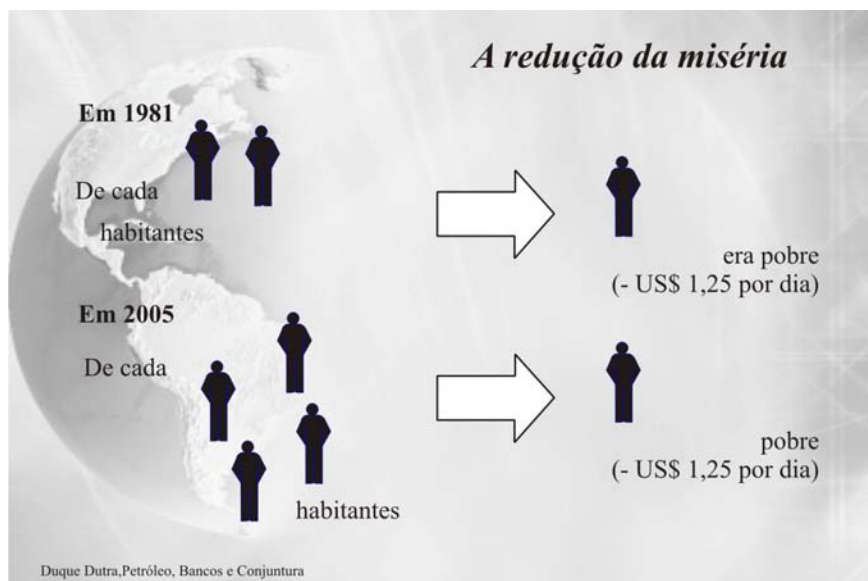


Figura 1

Alta de preços e renda petrolífera

Os primeiros sinais de esgotamento surgiram em agosto de 2007. Decorrente do aumento de preços dos produtos agrícolas e do repasse da alta de preços do petróleo e de outros minerais, a carestia nos países pobres anunciava tempos mais difíceis. A este ponto, cabe uma pergunta inicial,

cuja resposta é esclarecedora: “Por que a repercussão ocorreu tão tarde?”. Durante a década de 1970, os aumentos do petróleo (quase que imediatamente) paralisaram a economia e geraram um surto inflacionário. Entre 1999 e 2006, os preços do petróleo foram multiplicados por seis, sem que qualquer impacto fosse sentido nos países importadores, além dos aumentos nos preços dos combustíveis.

A maior eficiência energética, por um lado, e a mudança da estrutura produtiva, por outro, explicam a queda da elasticidade renda da demanda energética. Em resumo, os motores gastam menos e a riqueza depende menos deles. São os serviços que fazem a fortuna e não mais a transformação industrial. No mundo pós-moderno, é a informação que gera o valor. Ela é intangível, não tem peso, seu transporte é barato, seu tratamento não demanda muita energia. Ao contrário, a eficiência computacional é cada vez maior. Por isso, para gerar o mesmo valor, nos países ricos, é preciso cinco, talvez, dez vezes menos calorías do que no início da década de 1970. Isso explica por que o aumento dos preços foi sentido apenas quando multiplicado por dez, em relação a 1999; ou seja, só a partir de 2007.

Se, diferentemente dos choques anteriores, o impacto foi retardado, o que se repetiu foi a transferência de renda forçada, gerada pela alta de preços. Esse é um aspecto fundamental para o entendimento da dinâmica das finanças mundiais cuja falência presenciamos⁶. A inflação esteve localizada, primeiro, na cadeia petrolífera. O oligopólio bastante concentrado de fornecedores de equipamentos e serviços aproveitou-se da elevada demanda das petroleiras e, a partir de 2003 e 2004, elevou seus preços. Em seguida, o repasse dos custos alastrou-se para outros setores energéticos (geração elétrica, carvão e biomassas) e produtivos intensivos em energia, como a petroquímica, os fertilizantes, a siderurgia e o transporte.

Em termos estritamente monetários, se alguém perde, alguém ganha e o que se perde é o que se ganha; trata-se de um jogo de soma nula. Além disso, se todos sabem quem perde – o consumidor –, vale ressaltar que não são apenas as petroleiras e seus fornecedores que ganham. Surpreendentemente, elas são as que menos ganham com a alta de preço. Nunca houve lucros iguais na História, como nos últimos quatro anos. As quatro grandes parapetroleiras não ficaram muito atrás. A fortuna do petróleo sempre foi

ostensiva por sua magnitude. Mas, hoje, as petroleiras respondem por menos que 1/10 da produção e menos que 1/20 das reservas. São os países grandes produtores que dispõem do maior poder de mercado, graças à participação crescente de suas exportações e reservas de custos bem inferiores a todos os outros. São eles – e não as multinacionais do petróleo – que fixaram, até agosto de 2008, os preços elevados e, para agravar a situação, foi sobre este movimento que a especulação financeira se apoiou para acelerar a alta.

Assim, em razão do domínio do mercado e dos baixos custos, era natural que os maiores beneficiados fossem os estados exportadores do Oriente Médio. Mas não foram apenas os estados árabes que ganharam. Países exportadores e importadores repartiam, cada um, dois quintos do total da renda petrolífera. A menor parte, o outro quinto, era o que restava para produtores e seus fornecedores⁷. Após a virada do milênio, a alta dos preços do petróleo, o aprofundamento dos desequilíbrios macroeconômicos e a luta pela apropriação dos excedentes, embora atingissem magnitudes nunca vistas, pareciam relativamente bem acomodados pelo sistema financeiro, sua globalização e crescente liberalização. Tratava-se precisamente do sucesso da nova economia.

Certo é que, para os países importadores, o aumento de preço do petróleo bruto contribuiu para reduzir o déficit fiscal. A ciência da tributação e a teoria microeconômica explicam: a demanda por combustíveis é inelástica em relação aos preços (pouco sensível às suas variações) e, por isso, a taxa de importações e sobre o consumo são todas *ad valorem* (uma percentagem fixa do preço). Por um lado, os aumentos de preço não inibem, na mesma proporção, a queda do consumo e, assim, elevam a receita fiscal. Por outro, quanto maior o preço sobre o qual incide o tributo, maior a arrecadação por litro. A ganância fiscal dos países importadores só encontra paralelo com a voracidade dos países exportadores. Por intermédio da tributação da renda extraordinária na boca do poço de petróleo e gás, eles puderam acumular alguns trilhões em reservas no novo milênio.

Se os lucros das petroleiras e seus fornecedores são os maiores da história do capitalismo, nada se compara à opulência dos Emirados Árabes, ou da reconstrução do Kuwait. Sem os petrodólares, não se poderia financiar o bolivarianismo de Hugo Chavez, ou o nacionalismo iraniano, muito menos a

recuperação da soberania russa. O crescimento dos fundos soberanos norueguês e saudita foram outros exemplos. Houve um profundo deslocamento da riqueza, em benefício de alguns poucos: os exportadores de matérias-primas, situados à periferia do capitalismo.

Neste mundo globalizado e sem barreiras à mobilidade do capital, o fluxo financeiro gerado pelo excedente petrolífero descreve um longo circuito. A poupança asiática e as rendas minerais financiaram o aumento do consumo americano, seja do Estado, a fazer guerra no Oriente Médio e no Afeganistão, seja das famílias americanas, como o Estado, crescentemente endividadas. Eram essas mesmas famílias que pagavam cada vez mais por seus combustíveis. Em um ambiente de rápida valorização dos ativos, de ganhos financeiros, de queda dos preços dos produtos manufaturados e eletrônicos, e de expansão do crédito a juros baixos, a crescente fatura energética *per si* não inviabilizava o crescimento. Não comprometia, igualmente, nem os ganhos, nem a confiança das famílias norte-americanas.

A contínua elevação do preço foi o fator determinante para a gradual reversão das prioridades da regulação na indústria de O & G (*oil and gas*). A ganância fiscal, que perdera força entre 1983 e 1999, com os baixos preços, é retomada e fortemente aguçada. Além disso, a consolidação dos ativos petroleiros, em cada vez mais empresas, deixara de ser um problema de defesa econômica para se tornar uma ameaça à segurança do abastecimento, como demonstraram as manipulações da Enron e da Automated Export System (AES), que ocasionaram a crise energética californiana em 2001. O petróleo e o gás natural voltaram a ser uma questão de Estado. A energia retornava, assim, ao topo da agenda política, seja nos países importadores, seja nos países exportadores.⁸

Com preços mais altos e custos ocultos em ascensão, com petroleiras estatais ditando as regras e algumas poucas petroleiras privadas cada vez maiores, com o Estado retomando o controle das reservas e o aumento da disputa pelo excedente petrolífero, tornou-se anacrônica a defesa do livre-mercado. Uma posição que fora dominante, na pauta dos reguladores de energia nas duas últimas décadas do século passado, passa a ser questionada. Os crescentes custos de transações, relacionados à volatilidade dos preços

e à perigosa dependência a alguns poucos fornecedores, retiram a maior parte da vantagem de ir ao mercado para comprar e vender.

No longo prazo, a única estratégia admissível é a integração de ativos complementares, de forma a assumir o controle das diferentes atividades da cadeia de realização do valor da mercadoria. Esse tipo de reação ocorre tanto com as petroleiras, privadas ou estatais, quanto com os estados, importadores ou exportadores. Aquelas procuram proteger seus lucros no longo prazo e estes, garantir o abastecimento e a soberania nacional. Além do ressurgimento da natureza geopolítica do petróleo e do gás (e a reboque, da energia), o que predomina na pauta do regulador do século XXI é o reconhecimento da natureza irreversível dos danos ambientais causados pela queima dos combustíveis. De todo o modo, são esses dois temas – segurança do abastecimento e dano ambiental – que, no lugar da busca pela concorrência, chamam a atenção do Estado. A qualquer preço acima de US\$ 40 o barril, o que importa é a apropriação do excedente gerado por um recurso escasso, mal distribuído e não renovável.

Em certo momento da atual crise, é interessante observar que os primeiros a vir em socorro dos bancos, instituições financeiras e conglomerados em dificuldade foram os fundos que acumularam excedente petrolífero. Nada mais natural, na medida em que a grande parte da poupança mundial fora lá acumulada. É oportuno lembrar que, consequência do processo de transferência de renda, a perda do controle de empresas vitais ao capitalismo de certas nações gerou discussões parlamentares sobre a soberania e o poder econômico ocidentais, que se deterioravam frente a outros, distantes da tradição judaico-cristã. Depois de tanta euforia, observaram-se, então, pela primeira vez, as ameaças à hegemonia do capitalismo norte-americano.

Todo esse movimento de capital foi interrompido abruptamente, quando da percepção de que a crise, iniciada em meados de 2007, aprofundar-se-ia. Desde julho de 2008, com exceção da capitalização do UBS, os fundos se retraíram quanto a novas aquisições. Depois disso, os aportes para salvar a banca são feitos exclusivamente pelos bancos centrais e o fisco das nações industrializadas. Em resumo, uma parte da fonte de financiamento secou e as transferências de renda foram abruptamente estancadas desde julho

passado. Vale notar que, se protegidas da forte desvalorização dos ativos que se desenha para os próximos anos, as rendas petrolíferas acumuladas nesses fundos serão imprescindíveis para financiar a retomada econômica e, muito provavelmente, ao custo do prosseguimento do processo de perda do controle ocidental sobre o capital.

Na indústria de energia, diante das seguidas evidências, a busca pelo livre-mercado foi perdendo sentido. A mudança dos tempos não disse respeito apenas à crise californiana e aos preços elevados. Naquele início de século e de milênio, outros sinais reforçavam esse sentimento. Reduzida à regulação normativa, a ausência do Estado gerou o caso Enron. A maior empresa de gás natural norte-americana – exemplo de sinergia entre atividades de óleo, gás, geração elétrica, usinas nucleares, telecomunicações e informática; referência em matéria de valorização acionária e cujos dirigentes eram bajulados pelos governos indiano, brasileiro e argentino – em menos de um ano, foi à bancarrota, após a descoberta de fraudes de todos os tipos.

Iniciou-se aí a volta do pêndulo em direção a uma regulação efetiva. Não bastava mais apenas monitorar os agentes e fiscalizar o respeito às regras da competição. Tornou-se necessário intervir, revigorar o planejamento e garantir a oferta de longo prazo. Para tanto, o Estado restabeleceu os meios para determinar a divisão da renda petrolífera, aumentando sua parte na apropriação, e para ditar as políticas energéticas de conservação e industrial que, há duas décadas, tinham caído em desuso. Assim, na energia, a regulação voltou a ser institucional no sentido original do termo. Contudo, no mundo, nas finanças internacionais e na imprensa em geral, o discurso liberal e a regulação em prol da concorrência continuaram dominantes até 2007.

Regulação e instituições, as diferentes visões

Nos moldes aqui encontrados, as agências são de concepção recente, embora as primeiras tenham surgido a partir do final do século XIX, nos Estados Unidos, para a regulação do transporte interestadual. A consolidação dos bancos centrais como instituições que regulam o mercado de moedas – talvez a mais emblemática ilustração do que seja um regulador – aconteceu

a partir da década de 1930. O estudo da regulação e a difusão do termo ocorreram desde então. Muitos economistas poderiam ser citados, mas aqui propomos dois deles para encabeçar a lista, tanto pelas suas importâncias quanto pelas diferenças: Keynes e Commons⁹. Os dois foram contemporâneos e ambos fizeram escola. O primeiro é muito conhecido, inclusive fora do meio econômico, como o criador do *keynesianismo*. O segundo, ao contrário, é raramente lembrado, até mesmo por economistas que se autointitulam institucionalistas.

Para Keynes, o livre-mercado era incapaz de regular a oferta e a demanda agregada; isto é, o conjunto de todos os mercados que formam a economia de um país. Quanto mais ricas, poupam mais e gastam menos. Assim, as nações têm uma crônica deficiência de demanda – a produção é maior que o consumo –, o que resulta em desemprego elevado. Só o Estado pode agir para regular a demanda de forma a evitar a subutilização dos recursos e garantir o pleno-emprego. O papel da moeda e do crédito, da regulação do mercado monetário, da administração das expectativas e do ordenamento do fluxo internacional do capital são pontos centrais de uma obra acadêmica em que se baseou a construção de toda a economia do pós-guerra.

A regulação diz respeito aos contratos, regras, convenções, instituições e tudo mais que enquadra iniciativas em torno de um objetivo econômico-social. Se é verdade que a atuação do Estado sobre a economia tornou-se cada vez mais institucionalizada e que os organismos multilaterais foram erguidos diretamente dos ensinamentos de Keynes, quem primeiro colocou toda a dimensão institucional da economia e fez disso o centro de seus estudos foi Commons. Os interesses dos grupos econômicos, dos cidadãos, dos trabalhadores, dos eleitores, dos comerciantes, dos profissionais liberais, dos servidores públicos são intermediados por instituições; isto é, por arranjos formais e informais, por regras e convenções, em um espaço prédefinido, onde o embate e a solução dos conflitos de interesses são o fim précipuo.

Regular é ordenar a economia da ação coletiva e, para isso, existem diferentes mecanismos, entre os quais o livre-mercado. Para além da competição, existem diversos tipos de coordenação das atividades produtivas. Ao trazer a importância da dimensão jurídico-administrativa dos contratos para a solução dos conflitos gerados na produção e distribuição da renda,

Commons propõe as bases da escola institucionalista no pensamento econômico.¹⁰

A prática da regulação das agências – muitas vezes denominadas comissões, conselhos e até departamentos – alcançou inicialmente a oferta de bens particulares em sua natureza. Quatro situações podem ser destacadas: a) os bens livremente acessíveis (praias, costas, parques, jardins, rios etc.); b) os bens públicos (saúde, educação, vigilância sanitária, previdência, segurança aérea, inteligência militar, garantia de qualidade, entre outros); c) os serviços de utilidade pública (água, esgoto, gás, luz, combustíveis etc.); e d) a moeda e o crédito, objetos de regulação dos bancos centrais e ministérios da Fazenda. Em todas elas, um aparato jurídico-administrativo detalhado em códigos, regulamentos e especificações foi elaborado de forma a definir os direitos e deveres dos agentes (em sua atuação no mercado) e do Estado (em sua condução). Nesses mercados, são os reguladores que fazem valer as normas e muitas vezes as editam, mesmo que não portem o nome de agências. Esses mercados foram, por muito tempo, objeto de estudo apenas de acadêmicos e alguns poucos curiosos. Apesar disso, a riqueza da experiência norte-americana com o *Federal Energy Regulatory Commission (Ferc)* e a *Tennessee Valley Authority (TVA)*, a partir da década de 1930, foi particularmente bem-sucedida. Em torno dessa *práxis* em regulação, que se assenta a teoria institucionalista.

Na forma como são conhecidos atualmente, a noção de regulação e o papel do regulador ganharam importância a partir da década de 1970. Ambos tiveram suas gestações nas universidades norte-americanas no decorrer da década anterior, na medida em que alguns já anteviam o esgotamento do estado *keynesiano*. Contribuíram também os avanços teóricos na microeconomia trazidos por novos conceitos, como a assimetria de informação, a seleção adversa e o risco moral, as teorias alternativas à racionalidade comportamental, a nova teoria dos jogos, análises sobre o risco etc.

Dentro de sua visão da economia como ciência dura, Thomas Khun¹¹ diria que ocorrera uma revolução, pois o antigo paradigma *marshalliano* fora superado. Em certos casos, que finalmente não são poucos, os mercados falham em apreciar o exato valor dos bens. Cabe ao Estado sinalizar de modo que a conduta do agente integre (ou considere) riscos, custos e

benefícios antes ignorados. A teoria da regulação ganha em robustez metodológica, em refinamento conceitual e em poder explicativo. Surge, então, uma escola neoinstitucionalista, já reconhecida por ganhar alguns prêmios Nobel e por conseguir relevante penetração nos domínios políticos, administrativos e jurídicos.

O “neo” se justifica por novos posicionamentos em relação ao institucionalismo original. A visão das transações era contratual, mas o contrato, estabelecido entre os vários grupos, era uma obra social, o que resultava em compromissos definidos segundo regras e convenções. Em certo sentido, tratava-se de um pacto social. Sua definição e suas consequências eram os objetos de estudo, no exato contraponto da atual visão, estritamente privada. Os objetos de estudo continuam sendo a transação (seja ela mercantil ou não) e o ambiente no qual ela é realizada, mas, agora, a partir da visão essencialmente jurídica do contrato: definido entre duas partes, podendo ou não afetar terceiros. As instituições não refletem as relações de força e sim pairam acima delas. A ideologia é livre-cambista em nova roupagem – neoliberal. O Estado interventor é substituído pelo regulador, as empresas públicas e estatais são privatizadas e as concessões de serviços públicos são geridas por agências. Essas devem gozar de independência e completa autonomia para lidar com monopólios e oligopólios privados em bases técnicas; ou seja, sem interferência política. Existiria assim uma fronteira entre a ciência (ou a técnica) econômica e a política, ao menos na administração pública de certos mercados.

As origens do liberalismo

Deve ser ainda mais intrigante para um físico, ou matemático, uma ciência em que, além de plena de dúvidas e contradições, as ideologias fazem do pensamento um movimento pendular ao longo do tempo. Muitos não qualificariam de ciência algo tão vacilante. Durante quase 30 anos, após a vitória dos aliados na Segunda Guerra, o Estado intervencionista foi um modelo seguido em todo o mundo. O petróleo é emblemático a esse e outros propósitos. A descoberta dos acordos de Achnacary, estabelecidos entre as

Sete Irmãs, levava a que praticamente todos os países constituíssem estatais de petróleo¹².

Do lado da previdência, da saúde, do desemprego e dos mais pobres, foram criados auxílios e transferências que contribuíram para o estabelecimento de um estado de “bem-estar social” nas Ilhas Britânicas, no norte da Europa, e no Japão. As políticas industriais eram conduzidas a partir de medidas protecionistas, créditos subsidiados, encomendas públicas dirigidas, controle de preços e renúncias fiscais. Sempre de acordo com planos diretores (e não apenas indicativos) de desenvolvimento, com uma visão de longo prazo. As políticas fiscais, monetárias e cambiais eram coordenadas com o objetivo de reconstruir as economias centrais destruídas pela guerra, enquanto na periferia o objetivo era substituir as importações. Nas últimas três décadas do século passado, tudo isso caiu em desuso. A partir de 1970, perdeu fôlego o intervencionismo, enquanto o liberalismo novamente ganhou corpo; perseguia-se o Estado mínimo.

Do ponto de vista teórico, para chegar a ser dominante, o pensamento liberal precisou despir-se de seu absolutismo, característico até 1930. Fez-se necessário admitir as falhas de mercado e algum papel para o Estado. Do ponto de vista político, foi preciso a conjunção de alguns fatores – a falência do modelo anterior, o fim da Guerra-Fria e a recente globalização – para a construção de um consenso novamente favorável ao livre-mercado. Essa é uma revisão que merece ser feita para o bom entendimento do que é regular.

Na Inglaterra, o liberalismo remonta, ao final do século XVII e início do seguinte, aos *Ensaio de aritmética econômica*, de Willian Petty (1680) e ao *Discurso sobre o comércio exterior, a moeda e o juro*, de David Hume (1752), que buscavam as leis naturais que regem os fenômenos sob a terra. Na França, o liberalismo é identificado ao “... *laissez faire les hommes, laissez passer les marchandises...*” de Vincent de Gournay, que viveu entre 1712 e 1759, e de Jean Baptiste Say, o pai da teoria quantitativa da moeda. A primeira escola do pensamento francês (os fisiocratas) é visceralmente livre-cambista, assim como Adam Smith, o primeiro da escola inglesa clássica e o pai da ciência. Nos dois primeiros capítulos da *Riqueza das nações*, ele resume as relações entre a divisão do trabalho e o livre-mercado.

As pesquisas de Adam Smith começam em um ponto bem anterior e distante do problema econômico. Discute os sentimentos morais e se até, em particular, a um deles. O egoísmo é um sentimento que pode ser reprovável moralmente, mas tem lá suas razões de ser. O homem é o lobo do homem, teria dito John Locke; ele é capaz de matar o semelhante por simples posse. Isso justifica o poder coercitivo do rei e a necessidade de se impor a ordem, a polícia e as prisões. Adam Smith se perguntou qual seria a lei natural para justificar o egoísmo e foi encontrar, ao final, o oposto do absolutismo do Estado. A resposta veio a partir do estudo da divisão do trabalho e de seus impactos com a Revolução Industrial, que se iniciava na Inglaterra no final do século XVIII. Ao longo da vida, cada um de nós encontra o dom que nos foi legado pela natureza, Acabamos fazendo o que melhor sabemos fazer e, assim, poderemos trabalhar menos e produzir mais. Por interesse em ter mais posses, indivíduos, empresas e países se especializam naquilo em que foram bem dotados, naquilo em que dispõem, naturalmente, de uma “vantagem-custo”. Conclui-se que o egoísmo tem uma função social positiva: ele impele à especialização.

Observando uma fábrica de alfinete, ele constata ainda que quanto maior a escala da produção, mais fácil é organizá-la em tarefas especializadas. Nas manufaturas de então, estava antevendo as linhas de produção das fábricas do século XX. A divisão do trabalho surge como a fonte maior dos ganhos de produtividade. Metade do problema estava resolvida, com a descoberta da fonte da riqueza: o aumento do rendimento do trabalho. Ocorre, porém, que o excedente gerado de riqueza pouco serve, se cada um só produz uma mercadoria. Teríamos sapateiros, açougueiros, agricultores e pastores afogados em estoques cada vez maiores. Era fundamental que os excedentes gerados pela especialização fossem trocados. Assim, a outra metade do problema encontra solução: as trocas permitem a distribuição entre todos da riqueza gerada pela divisão do trabalho. Não há por que obstruí-las, ao contrário. A liberdade do comércio é condição absolutamente necessária para a riqueza das nações, das empresas e dos indivíduos.¹³

A mão invisível, que regula os mercados, também revela a lei natural e a pureza da obra divina, porque, como argumentava Isaac Newton a propósito de suas três leis: quem mais poderia elaborá-las tão perfeitas, a

não ser Ele? Nos fenômenos econômicos, a mão invisível repousa na ideia de que a competição entre os produtores baixa os preços, desde que haja liberdade das trocas, dos fluxos de capitais e das informações. David Ricardo e John Stuart Mill refinaram o liberalismo clássico, sempre apoiados em uma teoria de valor objetiva: o trabalho é que gera valor. Quanto mais elaborada, mais valor tem uma peça.

Porém, ocorre que, apoiado na mesma teoria do valor trabalho, Thomas Malthus foi muito mais cético e todos conhecem suas previsões sobre a pressão demográfica e a necessidade do controle da natalidade. Era um pastor que, pela fé protestante, condenava fortemente o sexo. Com a mesma teoria de valor, o último dos clássicos, Karl Marx, acabou revelando a superioridade do capitalismo sobre todos os outros modos de produção conhecidos e também suas contradições. A extração da mais-valia relativa do trabalhador ou, em termos mais atuais, o progresso tecnológico é o que permite a contínua elevação da produtividade, é a fonte da reprodução ampliada do capital, ou da prosperidade material. O problema é que a exploração das massas de trabalhadores pelo capital é insustentável no longo prazo e não mudará por si só, daí a necessária revolução.

Nascida como o alicerce do liberalismo clássico, com Marx, a teoria do valor-trabalho definitivamente perdera o foco. Entre o final do século XIX e o início do seguinte, diversas escolas econômicas procuraram teorias alternativas para explicar o que é o valor, sempre tendo em mente sublinhar as vantagens da liberdade das trocas. Surge, assim, a teoria subjetiva do valor. Segundo a nova teoria, esse depende de dois fatores em conjunto: a utilidade e a raridade. Não tem valor o que é útil, mas não é raro, como a água do mar. E a utilidade depende de cada um, alguns querem mais, outros menos e os motivos podem ser os mais diversos. Existindo demanda e sendo raro, forma-se um mercado que, tendo os preços livres, naturalmente encontrará seu ponto de equilíbrio. A teoria microeconômica neoclássica forneceu os métodos, os conceitos e as análises que subsidiaram o liberalismo no século XX. O raciocínio é extremamente abstrato e facilmente transposto em álgebra e cálculo matemático, o que lhe deu uma robustez teórica e retórica só vista mais tarde em poucos domínios dessa ciência, como a economia monetária, a engenharia econômica e as finanças.

O ponto de partida metodológico é o cálculo feito na margem. O que é importante para empresários e compradores não é o que foi produzido ou comprado até aqui, mas a última e a próxima unidade. Quanto ela acrescenta à satisfação dos objetivos de cada um? Quanto ela custa? O resultado da comparação entre benefício e custo determina a decisão. Em termos matemáticos, os economistas nada mais fizeram do que colocar o foco na análise das taxas de mudança. Para tanto, bastou aprender a derivar e formular duas premissas sobre o comportamento dos consumidores e dos produtores: maximizar a utilidade e o lucro, respectivamente.

Desse modo, fez-se um modelo em que, graças à competição, o equilíbrio ocorre naquele ponto no qual o custo médio é mínimo, o que significa que a alocação dos recursos escassos é ótima. Quando a receita marginal (a contribuição da última unidade produzida) for igual ao seu custo marginal (o custo de produção da última unidade) e ambos forem iguais ao preço do mercado, existe a garantia de que a competição é plena. Todos os produtores operam no menor custo possível e não se apropriam de lucros acima do normal. Vendem ao menor preço possível em benefício dos consumidores. Algum lucro extraordinário, ou lucro econômico puro, atrairia novos empresários, a produção da indústria aumentaria, o que forçaria a queda de preços. Assim, entendida como a plena mobilidade dos fatores e do preço, a liberdade de negócios é uma condição *sine qua non* para a obtenção desse resultado final, definido como aquele de ótima alocação dos recursos escassos.

Indiscutivelmente, a formalidade do raciocínio fez os modelos econômicos ganharem, seja no esclarecimento dos fenômenos do mercado, seja na didática de sua exposição, com uma lógica acessível a físicos, matemáticos e engenheiros. Aí, contudo, reside a fonte de um grave reducionismo teórico: a elegância do raciocínio fascina, mas não deve entorpecer. Depois dos *Princípios de Economia* de Alfred Marshall, editado em 1901, todo livro de microeconomia traz um estudo do comportamento do comprador, do vendedor, seguido da análise das diferentes configurações de mercados possíveis: concorrência, oligopólio e monopólio. Ao longo do século XX, foi possível adicionar configurações mais sutis: duopólios, concorrência oligopolística, mercados com empresas líderes, oligopólios muito ou pouco concentrados.

A análise comparativa entre os mercados tem o mesmo ponto de partida e o de chegada: a concorrência é o modelo de referência e a solução ótima, como demonstram os cálculos. Implícito está o objetivo dos pensadores de despir a ciência econômica de sua conotação ideológica. A disputa pelo excedente gerado, a luta de classes, um conceito caro à economia política, estava de vez superado. Em termos mais modernos, a alocação ótima desconsidera os fatores distributivos. Metodologicamente, o importante é a separação daquilo que é técnico, do político.

Busca-se fazer uma ciência pura, na forma colocada por Thomas Khun e o marginalismo serve como paradigma. Primeiro, o princípio ou dogma – a concorrência baixa o preço –, em seguida, o método – estatístico e matemático – e, por fim, o conceito – de equilíbrio na margem – sustentam um arcabouço teórico coeso, coerente e exclusivo. Uma ilustração pura do que é paradigma. Aliás, ele é único nas ciências sociais, justamente o que a distinguiria das demais e a igualaria às ciências duras, ou exatas. Embora a História e a Filosofia da Ciência devam a Thomas Khun a leitura paradigmática da evolução do conhecimento científico e uma brilhante visão da estrutura das revoluções científicas, a partir daquela perspectiva, e embora os modelos econômicos estejam apoiados cada vez mais nos cálculos e na crescente capacidade computacional, poucos são os economistas que enquadrariam sua ciência como uma ciência exata e não social. Poucos também concordariam que os domínios da economia e da política são independentes, ou que assim devam ser tratados.

O liberalismo contemporâneo e suas conquistas

Não bastou dar consistência científica aos argumentos em favor do livre-mercado. A partir de 1960, o renascimento do liberalismo deveu muito ao eco que obteve o pensamento de dois economistas em particular: Milton Friedman e Frederick van Haiek. Sem entrar em uma estéril discussão sobre dois acadêmicos cuja proximidade era apenas ideológica, uma boa síntese do ensinamento e do radicalismo de ambos seria: o melhor tamanho do Estado é o mínimo, uma vez que o burocrata sempre terá uma solução pior que o mercado. Enquanto a imprensa especializada lhes concedia a posição de

“gurus”, dois dirigentes políticos de expressão encamparam a integralidade do discurso econômico de Friedman e Hayek: Ronald Reagan, eleito presidente dos Estados Unidos, em 1979; e Margareth Thatcher, que no ano seguinte assumiu o cargo de primeira-ministra na Inglaterra. Não é exagero afirmar que eles mudaram a História.

A antiga e a nova potência ocidental, ambas e ao mesmo tempo, ingressaram em um profundo processo de reformas estruturais. As detalhadas regulamentações, o controle de preço e produção, os arcabouços regulatórios e arranjos institucionais arcaicos, de feições cartoriais, foram desmantelados nos transportes aéreo, ferroviário e rodoviário. Em meados da década de 1980, o alcance das reformas amplia-se para o setor energético, siderúrgico, bancário, de telecomunicações, saneamento, entre outros. Em todos eles, ocorreram desregulamentações, privatizações e o Estado ficou limitado a uma participação residual. O objetivo era reduzir as barreiras à entrada, aumentar a mobilidade dos fatores, contestar monopólios e oligopólios estabelecidos e instigar a concorrência. A intervenção econômica foi substituída pela regulação dos mercados, a atuação passou a ser horizontal e, assim, ganhava uma tonalidade microeconômica jamais vista, em substituição às políticas industriais e ao dirigismo setorial dominantes até então.

A dimensão teórica da nova política liberal deve ser sublinhada. Regular passou a ser, essencialmente, a defesa da concorrência em todas as atividades produtivas e, em matéria de política econômica, acabou resumindo-se a uma bula de três itens: perseguir o superávit fiscal, conter a expansão da moeda e liberar o câmbio. Naquelas atividades em que existem falhas de mercado, o Estado deve compensá-las por meio de sinalizações e fornecimento de informações. Nos monopólios e oligopólios naturais, em geral estratégicos, como energia, telecomunicações, infraestrutura portuária, rodoviária e ferroviária, água e esgoto, siderurgia e cimento, o papel do Estado deve ser a contestação permanente do poder de mercado dos grandes produtores ¹⁴. A liberdade de iniciativa é concedida a todos e trata-se de impedir o abuso econômico. Indiscriminadamente, os códigos e regras são abolidos ou reformulados e, no sentido de dar maior liberdade aos agentes, as atividades produtivas são concedidas à iniciativa privada e passam a ser reguladas por agências.

Em termos de política econômica, os menores gastos de governo permitem não só a redução dos impostos, mas também um orçamento superavitário, o que estava combinado com a eliminação de qualquer controle de câmbio e uma política monetária neutra, que proporcionasse a liquidez necessária e, sobretudo, não interferisse no mercado de capitais. Quem deve zelar pela liberdade dos negócios são justamente os reguladores e, para tanto, agências, comissões e bancos centrais precisam ser independentes. Não devem estar sujeitos à captura, nem por parte dos agentes produtivos, nem dos governos eleitos. Para serem imunes a qualquer captura, devem dispor de qualificação profissional à altura da complexidade técnica dos setores; possuir poder de polícia, ao menos de fiscalização; e também poder de legislar ou de ditar as regras, em assuntos como especificações, qualidade e segurança. Acima de tudo, ao regular, eles devem considerar que qualquer solução burocrática, pretensamente técnica, será pior que o livre-mercado.

O cenário político internacional não podia ser mais favorável à disseminação das reformas estruturais e à nova onda liberal. Não era apenas nas duas economias centrais que profundas mudanças se anunciavam. Na periferia, a democracia, as eleições livres e os princípios republicanos avançavam sobre tradicionais regimes autoritários. Na América do Sul, continente onde as oligarquias locais se mantiveram no poder durante as décadas de 1960 e 1970, apoiadas nas forças armadas, na década seguinte, os regimes militares caíram um a um. Desde os anos 1990, a democracia e a república impuseram-se como os sistemas político e de administração pública para imensa maioria dos latino-americanos. Sem embargo, essas transformações não foram fatos isolados. No decorrer dos anos 1970, na Península Ibérica e na Grécia, as últimas ditaduras do velho continente sucumbiram à democratização. À leste, na década seguinte, nas mãos de M. Gorbachov e sob a sua Perestroika, o império soviético desfez-se por completo. Ao fazê-lo, na Europa Oriental, abriu-se um extenso e fértil domínio no qual arranjos institucionais correspondentes ao Estado mínimo e, portanto, apenas regulador, proliferavam. A amplitude do movimento alcançava até mesmo a China, onde Deng Xiaoping dava os primeiros passos em direção ao “socialismo de mercado” e, assim, promovia a abertura da economia chinesa para o mundo. Era incontestável

que, em política e nos negócios, o liberalismo ganhara espaço; tornara-se hegemônico.

É interessante como as ondas de crescimento são bem marcadas ao longo do tempo. Elas refletem a dinâmica cíclica da economia, que não cabe aqui revisar. De todo o modo, poucos duvidariam que o desempenho verificado durante “os 30 anos gloriosos”, que se seguiram à II Guerra Mundial, poderia se repetir. Considerando a estagnação combinada com inflação, que marcou a década de 1970, e o fato de a prosperidade não ter sido para todos, durante a década seguinte, dificilmente os 30 próximos anos (após 1975) poderiam candidatar-se a ser brilhantes. Contudo, contrariando o ceticismo ainda vigente no início da década de 1990, foi exatamente o que ocorreu. Particularmente, no último terço do período recente, as conquistas econômicas foram significativas: a formação da riqueza mudou profundamente e o desempenho econômico mundial foi ímpar. Não há como não vincular essa prosperidade ao liberalismo em sua nova roupagem.

Especuladores e banqueiros, a anatomia da crise

Especuladores são cruciais para o bom funcionamento dos mercados. Banqueiro ganha emprestando dinheiro de terceiro, não uma, mas muitas vezes e, sem crédito, não há crescimento. Embora ninguém goste de especuladores e banqueiros, poucos entendem seus papéis. E não é difícil apreender que, se a função de ambos está na raiz das fases de prosperidade, a disfunção deles gera a crise. Ao comprar na baixa e vender na alta, o especulador age contramare; quando todos vendem, é ele que compra, quando todos compram, é ele quem vende. Na contramão, ele impõe limites à alta e à baixa. É justamente quando até eles seguem a manada, que o pânico se instala e os mercados colapsam.

Os bancos, por seu turno, multiplicam a moeda e, ao fazê-lo, alavancam a economia, criando as oportunidades de crescimento. De um depósito de 100 moedas, o banco guarda 20 para o cliente atender sua despesa cotidiana e empresta 80 a um segundo cliente. Deixa em caixa 16 para atender às necessidades imediatas deste segundo e empresta 64 para um terceiro. Deixa

em caixa 13 moedas para este terceiro e empresta o restante para um quarto... No limite, se a cada operação de crédito, o encaixe for de 20% para cada 100 moedas de ouro depositadas, o banco criará mais 500 moedas escriturais. Esse mecanismo – o multiplicador bancário – permite que um empresário, com apenas parte do capital, levante uma fábrica; com um adiantamento, contrate importações e exportações; e compre um carro de luxo, com uma pequena entrada; tudo ao mesmo tempo. Ao multiplicar o dinheiro, o banco alavanca os negócios.

A competência do especulador está em ganhar com as diferenças, a do banqueiro é a de gerir o encaixe e o risco de crédito. Ambos são movidos pela ganância e buscam incessantemente novas oportunidades. A formação das bolhas especulativas e seus estouros são fenômenos recorrentes do processo. Suponha que, em um primeiro tempo, o investimento inicial seja de 100, todo em capital próprio, e que, no período seguinte, o resultado seja 120. A uma taxa de juros de 2%, esse investimento já apresenta um retorno confortável de 20%. Imagine agora que o investimento próprio seja de apenas 10 moedas e as outras 90 sejam emprestadas. A taxa de lucro do capital próprio foi multiplicada por dez, graças à engenharia financeira do investimento alavancado por empréstimo. A taxa passou a espantosos 200%.

Naturalmente, quanto mais baixo o juro e mais alavancada a economia – o que pressupõe farta liquidez, como a proporcionada pela poupança asiática e as rendas minerais acumuladas no último ciclo de prosperidade –, maior será a retroalimentação no processo, o que explica a contínua valorização dos ativos: ações nas bolsas, papéis da dívida imobiliária, da dívida russa, preços das matérias-primas no mercado futuro, casas e terrenos no leste dos Estados Unidos, ou na costa espanhola, ou simplesmente tulipas na Holanda do século XVII. A cadeia, ou pirâmide, de empréstimos passa a se sustentar no retorno da alta dos preços, que se descolam crescentemente da esfera produtiva. A bolha se desfaz quando os preços começam a cair. Os empréstimos deixam de ser honrados, entre os tomadores, as perdas se sucedem, a busca por liquidez se aguça e o movimento de venda se alastra, gera mais queda, mais perda e mais inadimplência.

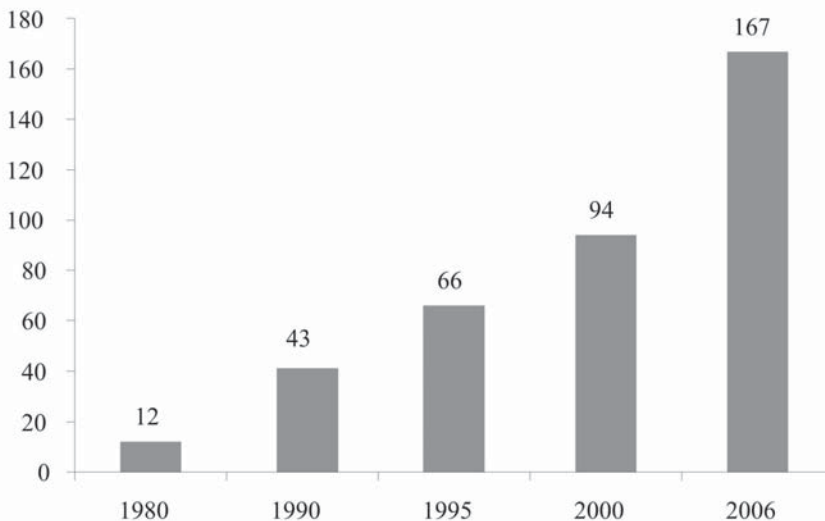


Figura 2

Pouco mudou na anatomia das crises. O déficit comercial e fiscal, os juros baixos nos Estados Unidos, conjugados à prosperidade do século XXI, no resto do mundo, davam um contorno francamente favorável à valorização dos ativos. (ver Figura 2). Na microeconomia, outros fatores convergiam: a engenhosidade financeira sem limites e apoiada em novos recursos informáticos e de telecomunicação; o fim do *Glass Stegall Act*, em 1999, que liberou os limites de crédito dos bancos de investimentos americanos; e a pouca eficácia do *Sarbanes-Oxley Act*, o que estava fora do balanço (os créditos podres) continuou nos esqueletos só descobertos após a dissecação contábil. Tal lei não impediu também a confusão entre interesses de certificadores, financiadores, bancos de investimentos e finalmente bancos comerciais¹⁵. A mitigação dos riscos, na verdade, disseminou-os e escondeu-os, o que ainda hoje dificulta o dimensionamento da desalavancagem que se seguiu ao estouro da bolha imobiliária. De fato, como o das tulipas na praça de Amsterdã, este mercado tinha pouca importância para a economia americana.

De todo o modo, a euforia foi proporcional à ousadia da oferta de créditos: 1/60 era a taxa de alavancagem das instituições imobiliárias *Fredie Mac* e *Fennie Mae*; 1/30 era a taxa para os bancos de investimentos, o que explica a rapidez com que foram contaminados. A menor alavancagem dos bancos comerciais americanos (0,1 ou 1/10) apenas retardou a contaminação do sistema bancário, como demonstrou o socorro ao Citigroup no final de novembro de 2008. No mundo, a expansão do setor financeiro vem de longe. Ela foi contínua e, com o tempo, ganhou velocidade frente à ampliação da riqueza mundial. Em 1980, os ativos correspondiam ao PIB mundial; em 2000, já representavam quase três vezes o PIB; e quase três vezes e meia, em 2006. Por sua vez, os contratos de derivativos, que tanto marcaram a expansão recente, somavam US\$596 trilhões, mais de dez vezes o PIB mundial, segundo o BIS.

Crescimento dos ativos financeiros, trilhões de US\$



Fonte: McKinsey Database

Da falência do *Lehman Brothers*, em 15 de setembro, à intervenção do Citigroup, no final de novembro, o pânico se apoderou dos mercados. Trouxe a destruição de valores e a contração do crédito que, por sua vez,

afetou aplicações financeiras, investimentos produtivos, comércio internacional e o consumo das famílias. Ao não socorrer o *Lehman Brothers*, instituição centenária, o governo Bush esteve à beira de uma crise sistêmica. É o efeito dominó: só na semana entre 6 e 10 de outubro de 2008, o Dow Jones caiu 18%; o Ibovespa, 20%; o CAC 40, 22%; e o Nikkei, 24%. Entre meados de 2007 – no pico da cotação – e o dia 9 daquela semana de outubro, a bolsa de Nova York perdeu US\$ 8,5 trilhões dos US\$ 21 trilhões de referência. Contudo, quem perde mais é o mundo. Embora a ciência econômica tenha feito progresso considerável no seu entendimento das crises e os custos não se contem mais em décadas, eles ainda são expressivos. As experiências recentes com as crises cambiais, observadas na primeira metade da década de 1990, sugerem que as perdas podem variar entre um décimo e um quinto da riqueza, apenas no primeiro ano após sua eclosão. É de US\$ 6 trilhões a US\$ 12 trilhões a menos em um PIB mundial de cerca de US\$ 54 trilhões. Se a estimativa estiver correta, em dezembro de 2008, o maior valor já terá sido ultrapassado, somente com os aportes públicos para impedir a falência da banca, e nada sugere que tenhamos alcançado o fundo do poço.

No limiar de mudanças definitivas

Não se pode negar que o estudo sobre a regulação evoluiu bastante desde 1930. Provavelmente, a microeconomia e as finanças tenham sido as grandes beneficiadas da renovação teórica que foi proporcionada à ciência. Não é certo, contudo, que os pioneiros se reconhecessem nos desdobramentos que ganharam corpo a partir de 1970. Também não é essa a única concepção elaborada pelo pensamento econômico sobre qual a função das instituições e o que é regulação. Retornando a Thomas Khun, agora para contradizê-lo, diferentemente das ciências “duras”, que evoluem sob paradigmas e, portanto, cumulativa e linearmente, a economia é uma ciência “mole”. O conhecimento não é adquirido a partir de uma só base, exclusiva e absoluta, mas, segundo diferentes perspectivas, de acordo com a ideologia de cada um. Tudo depende da posição em que se observa o fenômeno em estudo, tudo depende do interesse que se tem e isso vale,

particularmente, para a maneira de se apreender os fatos sociais e analisar a História.

Nas ciências sociais, o aprendizado se acumula a partir de diversas escolas, a contradição teima em persistir e as múltiplas visões indicam o tamanho da dúvida. São estreitos os limites da certeza e o anacronismo dos experimentos pouco ajuda. O resultado é a precariedade das previsões e a suma pretensão das verdades. Só isso já justificaria colocar qual é a outra visão sobre a regulação.

Alguns acadêmicos mantiveram a perspectiva original dos estudos de regulação da década de 1930 e a eles se juntaram economistas que mantêm estreitos contatos com a sociologia, pensadores de matiz marxista e alguns evolucionistas. Todos heterodoxos. Eles estudam a regulação sob um ponto de vista menos conservador e estão interessados nos arranjos produtivos e distributivos estabelecidos entre grandes grupos de interesses ou classes sociais, como escreviam os economistas dos séculos XVIII e XIX. Para eles, as instituições não apenas mediam os conflitos, mas também são moldadas pela sequência de negociações à medida que as barganhas evoluem. Assim, de forma alguma são monolíticas, elas se adaptam e mudam ao longo da História. Os arranjos institucionais diferem não só no tempo, mas no espaço; evoluem e se diferenciam. O fim do comunismo não significou o fim da História; a convergência em direção a um padrão único não é facilmente detectável, como supunha Fukuyama¹⁶.

Não é difícil distinguir o capitalismo atual segundo os mecanismos de regulação, que permitem a geração e a distribuição dos ganhos de produtividade, fonte primeira da riqueza. Para cada tipo de regime de acumulação existe uma diferente regulação e, é da sua natureza, eles tendem à contínua ampliação. O privilégio do acionista, no capitalismo norte-americano; o compromisso entre trabalhadores, proprietários de capital e o Estado, no capitalismo germânico e escandinavo; o arranjo entre Estado e grandes conglomerados (*keretsus*), no capitalismo asiático; e o papel central da família no capitalismo (oligárquico) latino-americano são características de cada modelo. Só aí foram distinguidos quatro regimes de acumulação ou modelos de expansão. Entre eles, o crescimento depende do sucesso na competição pelos recursos naturais, mão-de-obra e insumos que viabilizem

suas reproduções ampliadas. Uma peça nova veio a complicar ainda mais esta disputa. Um quinto regime, o chinês, de socialismo de mercado, ameaça superar a todos e desarticular as bases em cima das quais estão eles assentados.

Fica patente, nessa breve descrição, que a noção sobre o que é regular tem outra dimensão daquela que predominou nas últimas três décadas do século XX. É também uma visão diferente sobre o papel das instituições. Os requisitos demandados a um órgão regulador são imparcialidade, transparência e coerência. A questão da independência não está presente, uma vez que, como instrumentos de mediação, as instituições já são resultados de compromissos e consensos anteriormente estabelecidos. Elas não podem ser isoladas do conjunto do qual foram concebidas.

Além disso, é possível demonstrar que, em cada um dos regimes, existem coerências sistêmicas micro e macroeconômicas e, na coordenação das atividades mercantis e não mercantis, há diferentes padrões de regulação. Teoricamente, além de acrescentar a imprescindível perspectiva política, trata-se de recuperar os ensinamentos de Ronald Coase que, ao esclarecer a importância dos custos das transações mercantis, sublinhou as diversas maneiras de se coordenar as atividades produtivas, além daquela ditada pelo livre-mercado.

Na prática, a regulação neoinstitucional pautada na defesa da concorrência resultou na presente crise e, no início de 2009, a visão do futuro imediato não poderia ser mais cética: a estagnação deve perdurar para além do ano. A contaminação das atividades produtivas em escala mundial, já presente, ganhará profundidade (com um encadeamento do tipo descrito pela Figura 3). Marcará, assim, uma crise econômica e não mais uma crise financeira ou bancária. Teria sido então preenchida toda a sequência clássica de eventos: estouro da bolha especulativa, crise financeira, corrida bancária, contração do crédito, queda da demanda, recessão econômica, deflação de preços e desemprego de homens e equipamentos.

Embora sua extensão não seja ainda previsível, a certeza da dimensão da atual crise é absoluta – só menor que a de 1929. Nesse caso, a dimensão teórica e temporal volta a ter importância: estaríamos no limiar de uma

mudança no regime de acumulação, de centro econômico e da geopolítica internacional. Ela poderia ser resumida na decadência do império do acionista americano e ascensão do socialismo de mercado chinês¹⁷. Seguindo os passos de Schumpeter, faltaria ainda identificar a inovação maior, aquela que dará impulso ao novo ciclo, à próxima maré montante de crescimento, como diria Ernest Mandell, daqui a cinco ou dez anos, depois da necessária destruição do capital instalado. Afinal, é para isso que servem as verdadeiras crises. Mas essa é outra história.

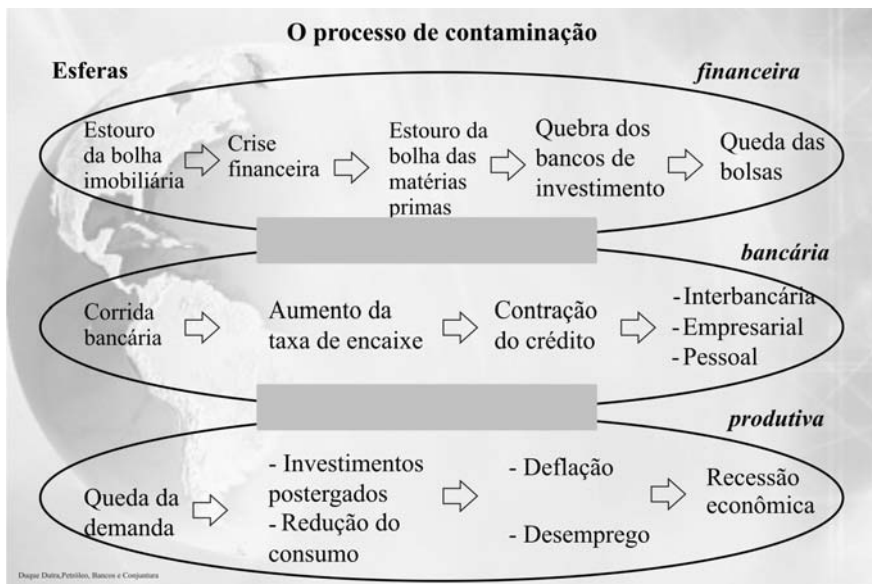


Figura 3

Contudo, ainda é pertinente perguntar qual a parte da regulação de inspiração liberal na atual crise. O Estado mínimo se traduziu em uma regulação apenas normativa, não no sentido de regulamentar, mas, ao contrário, no sentido de “desregulamentar”. Portanto, não é força de expressão falar em agências “fantasmas”. Ninguém as controla porque são independentes e, quando deviam, nunca estão presentes, pois só aparecem quando querem. O fracasso da experiência no setor energético, que ficara evidente por volta de 2001, repete-se agora, em dimensão muito maior, nas finanças internacionais. Como R. Coase alertara e já fora observado na energia, a

elevação dos custos sociais e de transação encarecem os negócios pelo mercado. A dimensão e a acumulação desses custos ocultos, mais dia menos dia, destroem o precário equilíbrio do mercado, se é que ele algum dia existiu, diria Keynes.

Não há dúvida de que a visão da crise e dos mecanismos de regulação está em contínuo aprimoramento. Na situação presente, a ausência do regulador – e não apenas sua falha – foi fator decisivo, como ficou demonstrado em várias oportunidades. Primeiro, na complexidade crescente dos instrumentos financeiros – que de fato diminuíram a transparência enquanto supostamente mitigavam riscos (derivativos, opções, vendas a descoberto etc.) –, a qual foi recebida como uma evolução técnica, obra de gênio das finanças, seja por especialistas, seja por reguladores.

Segundo, pela articulação – ou melhor, conluio – entre os diferentes agentes das finanças mundiais no “empacotamento” de produtos financeiros (de aplicações as mais diversas) em um mercado globalizado, com completa mobilidade do capital, e que foi feita frente à total indiferença das agências e bancos centrais, assim como dos organismos multilaterais.

Terceiro, pela multiplicação de operações de “securitização” de ativos e de investimentos em “veículos especiais”, que serviram para retirar dos demonstrativos do balanço os créditos “podres” do sistema bancário; movimento corroborado por mudanças em regras de supervisão bancária e sustentado como um marco na liberação dos mercados. E quarto, pela excessiva remuneração dos dirigentes em cima de participações crescentes nos ganhos, o que reduziu de maneira significativa a aversão aos riscos. Constrangidas pela elevada rentabilidade da concorrência, as instituições financeiras tinham mais um motivo para facilitar o crédito.

A inocência de uns só é igual à maldade de outros e à leniência de todos. Por vezes, o aprimoramento das instituições públicas parece nulo, como perante o caso Madoff. Um ex-dirigente máximo da Bolsa de Valores de Nova York, por duas décadas, enganou investidores de todo o mundo com o golpe da pirâmide – os ganhos dos primeiros são pagos com as contribuições dos seguintes. A combinação de ganância financeira e falta de regulação é, por demais, conhecida dos economistas, juristas e políticos. Diz-se, a propósito, que o pior inimigo do capital é a falta de ética. A liberdade

dos negócios e a revolução tecnológica, trazida pelos computadores e pelas telecomunicações, formaram um terreno fértil para a criatividade financeira, para o surgimento de novos instrumentos de crédito e de mitigação de risco.

Em meio ao ambiente de efervescência especulativa, multiplicaram-se também as fraudes, as operações fora do balanço, os investimentos *off-shore*. A semelhança não é nada surpreendente com o caso Enron, sete anos atrás. Como naquele evento, não resta dúvida sobre a responsabilidade da regulação, ou de sua ausência. Como daquela vez, a gravidade do evento explica um ponto de inflexão político definitivo. A volta de uma regulação efetiva, ou em termos passados, a intervenção na economia.

Vale atentar, para finalizar, que ainda é o começo das transformações, feitas em décadas, e que as resistências às mudanças por parte da burocracia, que compõe as instituições moldadas no último quarto de século, são ideologicamente arraigadas ao liberalismo. Dois últimos exemplos fazem refletir sobre o quanto as culturas pesam, explicando a quase inércia das instituições. Henry Paulson, o último secretário do Tesouro norte-americano, tinha como missão consolidar a soberania do livre-cambismo em sua mais moderna moldura. Em sua posse, em 2006, declarou que chegara a hora de acabar com o que restava de regulação e, assim, com as últimas amarras do capitalismo norte-americano; pura profecia econômica.

Em fins de fevereiro de 2009, o governo democrata do recém-eleito Barak Obama teve de vencer a tradição liberal e os milhões de acionistas para apropriar-se de vez da maior seguradora norte americana (AIG) e impedir sua falência. A partir de agora, tem 80% de uma empresa cujo valor em bolsa foi dividido por 100 em apenas seis meses. Em todo caso, como resultado da crise, ao menos o discurso mudou.

Notas

- ¹ Que Aglietta e Braudel me desculpem por tão exígua revisão do início da história das finanças. Sobre o assunto ver: BRAUDEL, Fernand (1987). *Grammaire des Civilisations*. Paris: Flammarion, 1964; e AGLIETTA, Michel e REBERIOUX, Antoine. *Derivés du Capitalisme Financier*. Paris: Albin Michel, 2004.
- ² As crises foram dissecadas em vários escritos de um economista que primou pela elegância dissertativa e que, além disso, foi um dos elaboradores do Plano Marshall. Cita-se aqui sua última obra: KINDLEBERGER, Charles. *Manias, Panics and Crashes: A History of Financial Crises*. NY: Basic Books, 1989.
- ³ M. KEYNES, John. *Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*. São Paulo: Atlas, 2003.
- ⁴ Aliás, o nome original do Banco Mundial é Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento, como lembra STIGLITZ, Joseph. *Globalization and its discontents*. London: W.W. North, 2002.
- ⁵ Medida pelo PIB, em 2000, a riqueza mundial era cerca de US\$ 32 trilhões e, em 2007, US\$ 54 trilhões. Por habitante, os dados são aproximadamente US\$ 5,2 mil e US\$ 8,3 mil, respectivamente. Os números da Unctad (www.unctad.org) e do Banco Mundial são próximos, não iguais.
- ⁶ Os dois choques petrolíferos, a transferência de renda, a estagflação da década de 1970 e a crise financeira do início dos anos 1980, que se seguiu, já revelavam as ligações entre o fluxo de capital internacional e a renda extraordinária gerada pelo petróleo.
- ⁷ CHEVALIER, Jean Marie. *Les grandes batailles de l'énergie*. Paris: Gallimard, 2004.
- ⁸ Em 2001, um “apagão” elétrico ocorreu também no Brasil. No entanto, sua causa reside muito mais no abandono do planejamento energético. Em lugar de políticas setoriais ou industriais, optou-se pela introdução da regulação nos mercados que deveriam ser abertos à concorrência. Tal encaminhamento deu origem às agências reguladoras brasileiras.
- ⁹ COMMONS, John R. *The economics of collective action*. New York: The Macmillan Company, 1950.
- ¹⁰ Alguns outros economistas norte-americanos contemporâneos a Commons desenvolveram estudos pioneiros no mesmo domínio do conhecimento e são citados com mais frequência. Trata-se aqui de chamar a atenção para um grande pensador, que pouco é lembrado.
- ¹¹ KHUN, Thomas. *The structure of scientific revolutions*. Chicago: The University of Chicago Press, 1962.
- ¹² O título da obra de Daniel Yergin resume bem a história dos negócios com o petróleo. YERGIN, Daniel. *The prize: the epic quest for oil, money and power*. New York: Simon & Schuster, 1991.
- ¹³ A bem da verdade, a ideia de que a distribuição da riqueza depende da liberdade de trocas é um achado fisiocrata, refletido na descrição do *Tableau Economique* e de seus entraves por François Quesnay, que A.Smith conheceu em sua viagem de estudo à França. Uma visão interessante e enriquecedora, ao sair do olhar convencional anglo-saxônico sobre a história do pensamento, pode ser obtida a partir da obra de ALBERTINI, Jean Marie e SILEM, Ahmed. *Comprendre les théories économiques*. Paris: Editions du Seuil, 2001.

- ¹⁴ Segundo J.S.Bain, “poder de mercado” é a capacidade de um produtor manter lucros extraordinários durante longo período de tempo (uma ou mais décadas). Poder de mercado é um conceito emprestado da economia industrial, um domínio do conhecimento que muito deve ao autor citado. Observe que a precisa definição original é ignorada por muitos daqueles que a repetem.
- ¹⁵ A hipótese é que os acordos da Basileia e o aperto da regulação dos bancos comerciais, na União Européia e nos Estados Unidos, fizeram os negócios financeiros migrarem em direção aos mercados parabancários não regulados.
- ¹⁶ FUKUYAMA, Francis. *The end of history and the last man*. New York: Free Press, 1992.
- ¹⁷ ARRIGHI, Giovanni. *Adam Smith em Pequim: Origem e Fundamentos do Século XXI*. São Paulo: Boitempo, 2008.

* Luís Eduardo Duque Dutra é doutor em economia pela Universidade de Paris, professor-adjunto da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e chefe de Gabinete da Diretoria Geral da Agência Nacional do Petróleo (ANP).

REGULAÇÃO SANITÁRIA NO BRASIL: SINGULARIDADES, AVANÇOS E DESAFIOS

Gustavo Henrique Trindade da Silva

Introdução

A realidade sociopolítica brasileira convive, há mais de uma década, com intenso debate acerca da regulação e do papel regulador do Estado. Embora funções regulatórias tenham sido desempenhadas no Brasil ao longo de todo o século passado, por meio de uma variedade de práticas e arquiteturas organizacionais¹, não há dúvida de que o surgimento das chamadas “agências reguladoras”, durante os anos 1990, ascendeu o debate em torno desse tema e vem despertando o interesse pelo aperfeiçoamento do sistema regulatório do país.

Este capítulo procura abordar o tema da regulação na perspectiva dos avanços e desafios do sistema regulatório brasileiro a partir de aspectos teóricos e práticos da regulação aplicada à vigilância sanitária. O texto está estruturado em duas seções, além desta introdução e das considerações finais. A primeira seção trata de alguns aspectos gerais da regulação e de sua inserção no campo da vigilância sanitária, com o propósito de familiarizar o leitor com as singularidades do setor regulado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), especialmente frente ao desafio de proteção e defesa da saúde e aos aspectos sociais e econômicos que norteiam a conformação da regulação sanitária no Brasil.

A segunda seção, por sua vez, aborda o tema da regulação a partir de recentes iniciativas da Anvisa, consubstanciadas no Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação, com o propósito de compartilhar experiências e expectativas relacionadas às práticas regulatórias na perspectiva de contribuir, aliado a outras iniciativas, para o debate e o aprimoramento do sistema regulatório brasileiro.

Anvisa: A regulação econômica e social na perspectiva da proteção da saúde

Aspectos gerais da regulação

Na atualidade, a palavra regulação tem sido empregada para designar uma forma de intervenção do Estado no domínio econômico, geralmente ligada ao propósito de mitigar imperfeições do mercado para melhorar o funcionamento de determinados setores da vida econômica e social. Quanto à finalidade, o termo pode ser compreendido sob diferentes pontos de vista (econômico, social e administrativo).

A regulação econômica interfere diretamente nas decisões do mercado, como preços, concorrência, entrada ou saída de novas empresas etc. Sob esse ponto de vista, a regulação deve propiciar a estrutura institucional para agentes econômicos, empresas e mercados com o principal propósito de facilitar, limitar ou intensificar os fluxos e trocas de mercado. Na perspectiva social, a regulação é utilizada para intervir na provisão de bens públicos e para a proteção dos interesses públicos, como saúde, segurança e meio ambiente, assim como dos mecanismos de oferta universal desses bens e de coesão social. Seus efeitos econômicos, ainda que substanciais, podem ter importância secundária ou até mesmo imprevista. Do ponto de vista administrativo, a regulação corresponde aos trâmites burocráticos e formalidades administrativas por meio dos quais os governos coletam informações e intervêm em decisões econômicas individuais, podendo apresentar impacto substancial sobre os administrados e o desempenho do setor privado (BRASIL, 2003a, p.9; OCDE, 2008a, p. 28).

Seja como for, as justificativas para regular determinado setor da vida econômica ou social podem ser diversas e apresentar variações conforme as peculiaridades do setor envolvido, a conjuntura política e social, a tradição, a conformação do sistema jurídico de cada país e até mesmo as escolas ou teorias político-econômicas concebidas por quem as interpreta ou delas se utiliza. As justificativas econômicas tradicionais apontam que setores são regulados porque neles se encontram falhas de mercado a serem corrigidas, com o propósito de mitigar imperfeições e melhorar o funcionamento e a

eficiência. Concorrência imperfeita, externalidade, informação assimétrica e bens públicos são exemplos de falhas de mercado². Quando uma ou mais dessas falhas estão presentes, há uma justificativa teórica para a intervenção do governo, na tentativa de alocar os recursos com eficiência, distribuir a renda de forma equitativa, prover bens públicos, regular mercados ou coibir o abuso de poder de mercado e de práticas anticompetitivas (BOARATI, 2006; MUELLER, 2009; RESENDE, 2009a)³.

A concorrência imperfeita diz respeito à necessidade de “maximização da eficiência em mercados caracterizados pela concentração de poder econômico (ex: monopólio ou oligopólio) e naqueles onde as barreiras à entrada são significativas” (BRASIL, 2003a, p.9)⁴. Externalidades são efeitos colaterais da atividade de um agente econômico sobre o bem-estar de outros agentes na sociedade. As externalidades podem ser positivas ou negativas. São positivas quando os agentes por ela afetados são beneficiados involuntariamente (ex: investimentos governamentais em infraestrutura e obras de benfeitoria realizadas por um vizinho) e negativas quando a atividade de um agente impõe diretamente um custo não percebido aos demais, a exemplo de uma fábrica que polui a água, lançando os dejetos de seu processo produtivo no rio que abastece uma comunidade próxima (BOARATI, 2006; PARENTE, 2008; RESENDE, 2009b).

O problema da informação assimétrica diz respeito à seguinte situação: uma das partes envolvidas em uma transação econômica dispõe de informações não conhecidas por alguma das outras partes, permitindo que os agentes se comportem de maneira estratégica, seja para obter, revelar ou para esconder informação, propiciando condutas oportunistas (SALGADO & MOTTA, 2008; RESENDE, 2009b). É no contexto da assimetria de informação que se apresentam os problemas de risco moral (*moral hazard*) e de seleção adversa (*adverse selection*) (SALGADO & MOTTA, 2008).

“A situação de perigo moral ocorre quando uma das partes detém informação privada sobre as suas ações ou decisões (ação oculta)”⁵. A situação de seleção adversa, por sua vez, “ocorre quando uma das partes detém informação privada sobre as suas características (informação oculta)” (RESENDE, 2009b, p. 26). Por fim, “os bens públicos são aqueles aptos a atender simultaneamente às necessidades de mais de um indivíduo”, sem

que o consumo de um limite ou diminua a quantidade disponível para consumo dos outros (não rivais) e sem que seja possível ou viável excluir indivíduos do seu consumo (não excludentes). São exemplos de bens públicos: segurança pública, pesquisa básica, defesa nacional, serviços de saúde, saneamento, nutrição etc. (BOARATI, 2006, p. 73; RESENDE, 2009b). “A característica de não ser possível excluir uma pessoa do consumo do bem público torna o mercado ineficiente na provisão de bens públicos, justificando a ação do Estado para corrigir a alocação gerada pelas forças de mercado” (RESENDE, 2009b, p. 24).

Assim, a partir da compreensão das chamadas falhas de mercado, fica mais fácil assimilar as características que constituem e delineiam os contornos do papel regulador do Estado. Nessa perspectiva, fundada nas justificativas econômicas tradicionais, observa-se que a regulação econômica, em decorrência da presença dessas falhas, vem para assegurar que o resultado da interação entre produtores e consumidores de determinado bem ou serviço seja eficiente, na perspectiva de alcançar adequados níveis de quantidade, qualidade e preço (BRASIL, 2003a; PARENTE, 2008)⁶.

Para Justen Filho (2002, p. 24), no entanto, em que pese a suposição tradicional de que a intervenção estatal no domínio econômico deveria se limitar a dar suporte ao mecanismo de mercado e a eliminar eventuais desvios e inconveniências (falhas de mercado), “o modelo regulatório admite a possibilidade de intervenção destinada a propiciar a realização de certos valores de natureza política ou social”. Floriano Azevedo Marques Neto (2005, p. 35), no mesmo sentido, entende que “a função regulatória há de ser mais ampla”, cabendo aos órgãos reguladores viabilizar o alcance de objetivos de ordem geral consentâneos aos princípios reitores da ordem econômica constitucionalmente estabelecida, de modo que eles sejam absorvidos pelo sistema regulado com o menor desequilíbrio possível⁷.

Nesse sentido, também é possível atribuir à regulação econômica uma tarefa adicional de criar, organizar e promover redistribuições equânimes no interior de determinados mercados, em circunstâncias em que elas não estejam satisfatoriamente presentes, com o propósito de minimizar as deficiências econômicas e sociais em setores regulados (BRASIL, 2003a). Assim, incumbe ao papel regulador do Estado uma função econômica tanto quanto

social, na perspectiva da conformação da ordem constitucional brasileira, a qual sinaliza para uma íntima relação entre Estado, mercado e sociedade na busca do bem-estar social.

Em linhas gerais, para os objetivos deste capítulo, a regulação pode ser compreendida como o modo peculiar de atuação de que o Estado se utiliza para impedir que os comportamentos em determinado ambiente (setor econômico ou social) variem além de certos limites preestabelecidos pela sociedade. A intenção é garantir o adequado funcionamento do mercado na perspectiva de alcançar a máxima eficiência na busca pelo bem-estar social, valendo-se, para tanto, de arquiteturas, mecanismos, instrumentos e desenhos institucionais capazes de estabelecer e induzir determinados padrões de comportamento, detectar variações e corrigir eventuais desvios, segundo as características, singularidades e necessidades de cada setor.

O contexto político e social de criação da Anvisa

Há dez anos a Anvisa tem realizado ações que buscam proteger e promover a saúde da população por meio da garantia da segurança sanitária de produtos e serviços e da participação da construção de seu acesso junto à população, na perspectiva de cumprir sua missão institucional e de consolidar o reconhecimento de sua atuação perante a sociedade, como reguladora e promotora do bem-estar social. Fruto de um longo processo político, administrativo e socioeconômico, cujas raízes retrocedem ao desembarque da Família Real no Brasil, em 1808, mais precisamente a partir do saneamento e abertura dos portos brasileiros às nações amigas⁸, a criação de uma agência reguladora independente no campo da vigilância sanitária sempre despertou interesse e debates no meio político e acadêmico (BRASIL, 2005; COSTA, 2004; SOUTO, 2004).

A denominação “agência reguladora”, empregada pela legislação brasileira para referir-se aos entes reguladores instituídos no país a partir da segunda metade da década de 1990, foi nitidamente inspirada na experiência internacional, principalmente a norte-americana, na qual organismos semelhantes são designados de *independent administrative agencies* ou *regulatory agencies* (CÚELLAR, 2001). Não obstante, em que pesem as semelhanças do modelo, não se pode realizar uma abordagem uniforme e

generalizada acerca dos diversos sistemas regulatórios implantados pelo mundo afora, e até mesmo do próprio sistema regulatório brasileiro, sem considerar as singularidades de cada país, especialmente no que diz respeito às distinções socioeconômicas e ao contexto em que tais autoridades independentes foram instituídas, seja no plano internacional ou no nacional (BINENBOJM, 2006; JUSTEN FILHO, 2002)⁹.

Enquanto nos Estados Unidos as agências independentes surgiram associadas a um claro contexto de “desregulação”, que acompanhou o neoliberalismo e sua proposta de restrição da atuação do Estado, sua conformação geral no Brasil tem ocorrido de modo bastante diversificado, no bojo de um processo de reforma do Estado e com o propósito de superar uma crise para fortalecê-lo e resgatar sua credibilidade frente à sociedade e ao mercado, traduzindo-se em um compromisso regulatório destinado, entre outros objetivos, a criar um ambiente de estabilidade econômica e confiabilidade jurídica, política e institucional (BINENBOJM, 2006; COSTA, 2004; CÚELLAR, 2001; MAQUES NETO, 2005). Ainda que o tema seja naturalmente polêmico e apesar das primeiras agências reguladoras no Brasil terem surgido de fato em um contexto de privatizações, inseridas no processo de reforma do Estado¹⁰, não parece apropriado na atual conjuntura política, econômica e social reduzir ou vincular a conformação do sistema regulatório brasileiro a uma perspectiva de cunho meramente “neoliberal”¹¹, especialmente face à atual diversidade de entes reguladores e de setores regulados sob o modelo das chamadas agências reguladoras no país¹².

Os contornos do atual desenho institucional atribuído à Anvisa estão relacionados com a própria evolução político-organizacional ocorrida ao longo dos anos no campo da saúde, mais precisamente a partir da criação do Ministério da Saúde, em 1953, quando em sua estrutura constava o Departamento Nacional de Saúde (DNS) que, dentre outras atribuições, era responsável pelas atividades de fiscalização de portos, por meio do Serviço de Saúde dos Portos (SSP), e pelo controle do exercício da medicina, por meio do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina (SNFM) (SOUTO, 2004).

Quanto ao contexto, as origens da agência remontam a dois momentos da história política e administrativa do país. Em primeiro lugar, à Reforma Administrativa Federal (consolidada pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de

fevereiro de 1967), que instituiu o modelo de autarquia como estratégia de descentralização administrativa para determinadas funções do Estado, ao tempo em que o Ministério da Saúde ficou responsável pelas ações de fiscalização e vigilância sanitária de portos e fronteiras, além da fiscalização de medicamentos, de alimentos e de demais produtos, atividades e ambientes que interessassem à população (BRASIL, 2005; COSTA, 2004; SOUTO, 2004). Em segundo lugar, às mudanças promovidas pelo presidente-general Ernesto Geisel entre 1976 e 1977, quando o Ministério da Saúde passou por uma reestruturação, criando-se a Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária em substituição à Secretaria Nacional de Saúde, posteriormente transformada em Secretaria de Vigilância Sanitária, a qual foi sucedida pela Anvisa em 1999¹³ (BRASIL, 2005; COSTA, 2004; SOUTO, 2004).

Na metade da década de 1980, o Brasil entrou em um processo de redemocratização, resultado da crise política do Estado autoritário, propiciando maior organização da sociedade¹⁴ e o advento de acontecimentos que revelariam a fragilidade dos mecanismos de prevenção e controle de doenças no país, deixando profundas marcas na história política nacional e da saúde pública brasileira. Logo nos primeiros instantes da transição do regime militar para a democracia, com a morte de Tancredo Neves – supostamente por infecção hospitalar, impedindo a posse do primeiro presidente do primeiro governo civil após 1964 –, revelam-se as primeiras fragilidades e desafios a serem enfrentados pela nova conjuntura política e social que se formara no país (BRASIL, 2005).

Esse momento também coincidiu com o surgimento dos primeiros casos de Aids¹⁵ que, aliado a outros fatores, propiciou inúmeras mobilizações da sociedade e maior articulação entre os órgãos estaduais de vigilância sanitária. Em 11 de abril de 1985, um grupo de profissionais da área participou de um encontro¹⁶ que resultou na elaboração da “Carta de Goiânia”, expondo a necessidade de reformulação da Política Nacional de Saúde para o campo da vigilância sanitária, com a criação de um Sistema Nacional para esse setor, além da reorganização dos respectivos serviços e práticas (BRASIL, 2005; SOUTO, 2004).

Também em 1985, foi realizado o Seminário Nacional de Vigilância Sanitária, resultando em importantes deliberações para a conformação do

atual Sistema de Vigilância Sanitária, entre as quais: a) a elaboração de uma Política Nacional de Vigilância Sanitária que contemple a conjuntura e as peculiaridades de cada estado; b) a inclusão do tema “vigilância sanitária” na 8ª Conferência Nacional de Saúde, programada para março de 1986; c) a reafirmação do caminho da descentralização das ações de saúde; d) o estabelecimento de um sistema de informações em vigilância sanitária; e) a promoção de uma ampla revisão da legislação; e f) a disponibilidade de órgão de divulgação sobre questões de vigilância sanitária para os consumidores e para a população em geral (BRASIL, 2005; SOUTO, 2004). A realização da 8ª Conferência Nacional de Saúde, em março de 1986, e a Conferência de Saúde do Consumidor, promovida no mesmo ano pela antiga Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária, também foram dois importantes acontecimentos para o setor no período da Nova República. Tais eventos inseriram e aproximaram o tema da cidadania e dos direitos do consumidor às discussões da saúde pública, propiciando, mais tarde, verdadeiras conquistas para os movimentos populares de saúde e de defesa do consumidor (BRASIL, 2005; SOUTO, 2004).

Outros acontecimentos e tragédias ainda marcaram o cenário que antecedeu a criação da Anvisa, como o acidente radiológico com Césio 137 em Goiânia, em 1987, considerado o maior do mundo. Os casos de contaminação de sucos industriais por dióxido de enxofre e de gelatinas por cromo, ainda nos anos 1980, marcados pela forte pressão de políticos e empresários para a liberação dos lotes interditados para o consumo da população, sob o argumento de que haveria grandes prejuízos econômicos, também se somam a essa tragédia e compõem o cenário dos desafios da regulação no campo da vigilância sanitária, marcada por uma permanente tensão entre Estado, mercado e sociedade (BRASIL, 2005; COSTA, 2004; SILVA, 2006).

A Constituição da República Federativa do Brasil¹⁷, promulgada em 5 de outubro de 1988, trouxe novos contornos e perspectivas para a sociedade brasileira, ao proclamar a saúde como um direito de todos e dever do Estado, partindo para a formação de uma política de Estado direcionada a eliminar, diminuir e prevenir riscos à saúde, bem como intervir em problemas sanitários diversificados e abrangentes, decorrentes do meio ambiente, da produção, circulação e consumo de bens e da prestação de serviços

relacionados direta ou indiretamente com a saúde, de forma consentânea aos novos anseios e necessidades de uma sociedade complexa, plural e globalizada (COSTA, 2001)¹⁸.

Já no início dos anos 1990, dois grandes legados foram deixados para a sociedade brasileira: a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, mais conhecida como “Código de Defesa do Consumidor” (BRASIL, 1990a), e a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, denominada de “Lei Orgânica da Saúde (LOS)” (BRASIL, 1990b). Essas duas leis contribuíram, após o advento da nova Constituição Federal, para a consolidação de um processo de mudança cultural em relação aos direitos do cidadão e imprimiram novos contornos para as ações e práticas no campo da vigilância sanitária, inseridas no Sistema Único de Saúde (SUS)¹⁹. Outro destaque é a Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde. Essa lei institucionaliza as instâncias colegiadas de participação da comunidade em cada esfera de governo (conferências e conselhos de saúde) e estabelece pressupostos e diretrizes para que as transferências de recursos ocorram de forma regular e automática para os municípios, estados e Distrito Federal, de acordo com os critérios previstos na LOS.

O ano de 1994, dando continuidade ao que se pode denominar de “processo de corrosão da Secretaria de Vigilância Sanitária”, seria marcado por várias denúncias de improbidade administrativa, sucessivas trocas de dirigentes e por direta interferência político-partidária na atuação da secretaria (BRASIL, 2005, p. 161)²⁰. Em 1995, devido aos problemas ligados à vigilância sanitária e frente à perspectiva de aumentar a governança no setor, o projeto de transformar a Secretaria de Vigilância Sanitária em autarquia torna-se bastante atrativo para o governo, particularmente no contexto da reforma administrativa, acelerado na segunda metade da década de 1990, sob a condução do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (Mare).

O modelo da agência norte-americana FDA (*Food and Drug Administration*) era, naquele momento, o que mais impressionava e interessava ao governo com relação ao campo da Vigilância Sanitária (SOUTO, 2004; COSTA, 2004). No entanto, a proposta de transformação da antiga

secretaria não esteve imune a críticas e ao debate político e acadêmico. Para muitos, essa transformação era compreendida como sinônimo de desestatização ou de privatização, o que gerou grande polêmica entre os cientistas políticos, sociólogos e profissionais interessados na área. Com relação ao modelo norte-americano, o fato de a FDA representar uma estrutura centralizada e delimitar seus objetos de controle aos alimentos e produtos farmacêuticos, também recebeu severas críticas, particularmente em razão das recentes conquistas da sociedade brasileira com relação à integralidade e à descentralização das ações de saúde, bem como por restringir o escopo de atuação da vigilância sanitária ao setor de alimentos e fármacos, mesmo já tendo sido a saúde reconhecida naquele momento como direito fundamental do ser humano (SOUTO, 2004).

O cenário da saúde nos anos seguintes foi marcado por escândalos que acirraram a crise e despertaram ainda mais a necessidade de transformação do modelo de vigilância sanitária no país. Em 1996 o Sistema Nacional de Informações Toxicofarmacológicas (Sinitox) registrou 18.236 casos de intoxicação humana por medicamentos, caracterizando a principal causa de intoxicação em seres humanos (28,51% do total), superando os casos de intoxicação por outros agentes, como agrotóxicos, animais peçonhentos e domissanitários. Em 1997, foram registrados 21.348 casos de intoxicação por medicamentos, 29,76% dos registros (COSTA, 2004)²¹.

Em junho de 1998, vem a público o escândalo das mulheres vítimas de gravidez indesejada devido ao consumo de anticoncepcionais ineficazes (produzidos sem qualquer princípio terapêutico ativo), mais conhecido como o caso das “pílulas de farinha” (BRASIL, 2005; COSTA, 2004)²². Lamentavelmente esse não teria sido um caso isolado, pois a Vigilância Sanitária teria constatado irregularidades na produção de outros anticoncepcionais, tais como cartelas com drágeas a menos ou com a metade das pílulas indicadas na embalagem, sinalizando para falhas no processo de fabricação desses produtos (BRASIL, 2005). Após esses episódios, ainda em 1998, seguem-se diversas descobertas de medicamentos falsificados e numerosas irregularidades. Fábricas legalizadas sem condições de funcionamento, distribuidoras clandestinas e farmácias envolvidas em uma rede complexa e articulada de roubo de cargas de medicamentos são alguns exemplos que revelam a

gravidade da crise e evidenciam as tradicionais deficiências do aparato institucional até então existente (COSTA, 2004)²³.

Diante desses acontecimentos, a credibilidade das instituições farmacêuticas do país foi inevitavelmente abalada e juntamente com ela a confiabilidade da população quanto aos medicamentos produzidos no Brasil. O mesmo aconteceu em relação aos órgãos e instituições públicas responsáveis pelas ações de controle e fiscalização de vigilância sanitária (BRASIL, 2005). O debate sobre a transformação da antiga Secretaria de Vigilância Sanitária em autarquia e a ideia de criação de uma agência reguladora forte, nos moldes da FDA americana, dotada de autonomia financeira e administrativa, de modo a permitir maior agilidade e eficiência ao aparelho do Estado, ressurgem com os escândalos de falsificação e adulteração de medicamentos, tendo como fortes aliados os projetos de mutação e configuração das instituições públicas decorrentes da reforma administrativa (BRASIL, 2005; COSTA, 2004; SOUTO, 2004).

Em linhas gerais, observa-se que o processo de criação da Anvisa foi impulsionado por fatores econômicos e sociais, em um contexto de reforma do Estado e de profunda crise na saúde, surgindo como resposta política e social ao problema da antiga Secretaria de Vigilância Sanitária. A intenção era dotar a nova instituição com a estrutura do melhor modelo que se dispunha no aparelho do Estado naquele momento: o de uma agência reguladora independente²⁴.

Desenho institucional e características do setor regulado pela Anvisa

A Anvisa foi criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, como entidade administrativa independente, para promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos ao regime de vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados²⁵. Além da coordenação do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária²⁶ e do controle de portos, aeroportos e fronteiras – acerca da entrada e saída de pessoas e produtos para evitar a introdução e disseminação de doenças transmissíveis e vetores no país – para proteção

da saúde pública nacional²⁷, a Anvisa é responsável pelo monitoramento de preços dos medicamentos; pelo controle, fiscalização e acompanhamento da propaganda e publicidade de produtos sob regime de vigilância sanitária; e pela análise e anuência prévia no processo de concessão de patentes pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) para produtos e processos farmacêuticos (BRASIL, 1999; COSTA, 2004; RAMALHO, 2005).

A Anvisa foi criada sob a forma de autarquia especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro no Distrito Federal, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional. Sua natureza de autarquia especial se justifica pela independência administrativa, autonomia financeira e estabilidade de seus dirigentes. A administração da Anvisa é regida por um contrato de gestão²⁸, negociado entre o seu diretor-presidente e o ministro de Estado da Saúde, ouvidos previamente os ministros de Estado da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Sua independência administrativa, no entanto, se caracteriza pela ausência de subordinação hierárquica ao ministério, responsável pela elaboração da política setorial e pela supervisão da agência, cabendo a ela deliberar como última instância administrativa sobre os assuntos e atos praticados no âmbito de sua competência legalmente estabelecida, sem a interferência do órgão ministerial. A gerência e a administração da Anvisa são exercidas por uma Diretoria Colegiada, composta por até cinco membros, sendo um deles o diretor-presidente, todos brasileiros indicados e nomeados pelo presidente da República, após aprovação prévia do Senado Federal, para cumprimento de mandato de três anos, admitida uma única recondução. A exoneração imotivada dos diretores da agência somente é admitida se promovida nos quatro meses iniciais do mandato, findos os quais se assegura seu pleno e integral exercício, salvo nos casos de prática de ato de improbidade administrativa, de condenação penal transitada em julgado e de descumprimento injustificado do contrato de gestão da autarquia, o que caracteriza a estabilidade de seus dirigentes (BRASIL, 1999).

Para execução de suas atribuições, a Anvisa conta com recursos provenientes do Tesouro Nacional e com receitas próprias, bastante revigoradas se comparadas às da estrutura anterior, advindas, principalmente, do produto resultante da arrecadação das taxas de fiscalização de vigilância

sanitária e da arrecadação das receitas das multas resultantes da ação fiscalizadora. Apesar do aumento de sua receita própria, a busca pela autonomia financeira e conseqüente redução da dependência de recursos do Tesouro Nacional, ainda representa um grande desafio institucional (RAMALHO, 2008a; SILVA, 2002). A Anvisa conta, em sua estrutura básica, com um procurador, um corregedor e um ouvidor, além de unidades especializadas incumbidas de diferentes funções e de um Conselho Consultivo, como instância de participação e controle social, do qual participam representantes das três esferas de governo, dos produtores, dos comerciantes, da comunidade científica e dos usuários.

A regulação no campo da vigilância sanitária – em razão do papel que exerce na sociedade, por meio da regulamentação, controle e fiscalização das relações de produção e consumo de bens e serviços relacionados com a saúde – pode ser compreendida como o modo de intervenção do Estado destinado a impedir que comportamentos no sistema produtivo causem danos ou riscos à saúde da população, buscando garantir o adequado funcionamento do mercado, dando maior previsibilidade, transparência e estabilidade ao processo regulatório, propiciando um ambiente seguro para a população e favorável ao desenvolvimento social e econômico do país (BRASIL, 2008a; LUCCHESI, 2008; RAMALHO, 2008b)²⁹.

Conforme já destacado nesta seção, as justificativas econômicas tradicionais para que determinados setores sejam regulados estão relacionadas com as chamadas falhas de mercado³⁰, a serem corrigidas por meio da intervenção do Estado com o propósito de mitigar imperfeições e melhorar o funcionamento e a eficiência do mercado na perspectiva do bem-estar social³¹. Dessa maneira, concorrência imperfeita (mercados concentrados, com elevadas barreiras à entrada e saída de empresas), inelasticidade da demanda em relação aos preços dos produtos, iniquidade no acesso a bens públicos, assimetria de informações, externalidades e outras falhas que permitem o abuso do poder de mercado tornam-se candidatas à intervenção governamental (BRASIL, 2000; RESENDE, 2009c; VENTURI et al. 2001).

O setor regulado pela Anvisa, além de envolver bens e serviços socialmente estratégicos – dada a essencialidade para a proteção da saúde e da vida da população³² –, é caracterizado pela presença de outras falhas de

mercado, tais como competição imperfeita, assimetria de informação e externalidades. A estrutura do mercado farmacêutico mundial, por exemplo, pode ser caracterizada pela existência de oligopólios e monopólios, dada a presença de multinacionais (empresas de grande porte) que atuam de forma globalizada e influenciam o comportamento do setor (FARDELONI & BRANCHI, 2006; VENTURI et al., 2001)³³.

Fardeloni e Branchi (2006) ilustram essa estrutura e a concentração do mercado farmacêutico baseados no fato de as dez principais empresas do setor possuírem, em 1990, 28,4% do mercado, e no fato dessa concentração ter sido ampliada nos anos seguintes. Em 2000, 45,2% do mercado estava dividido entre as dez maiores empresas, ao passo que 14% das vendas se concentravam em apenas duas delas. A esse respeito, em estudo publicado pela Revista do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), Elba Cristina Lima Rêgo destaca que:

[...] ainda que nenhuma empresa farmacêutica controle uma grande parcela do mercado do conjunto dos medicamentos, quando esses são analisados por especialidades farmacêuticas, observa-se que a oferta no mercado relevante está altamente concentrada, com poucas empresas controlando a produção de medicamentos por classe terapêutica. Desse modo, uma das principais características do mercado farmacêutico é a existência de grandes monopólios e oligopólios por classes e subclasses terapêuticas, sendo comuns os casos em que um único laboratório domina mais da metade de um mercado específico. Isso ocorre porque os produtos farmacêuticos são heterogêneos (não existem remédios universais) e se diferenciam por classes e subclasses terapêuticas, possuindo uma baixa substitutibilidade (2000, p. 372).

Além disso, também constituem barreiras à entrada e saída de empresas nesse setor, prejudicando a competitividade: a existência de grandes custos irrecuperáveis (*sunk costs*), decorrentes das elevadas despesas em pesquisa e desenvolvimento, que exigem tecnologias cada vez mais avançadas; o controle de recursos escassos (matéria-prima) e a superioridade técnica de algumas empresas, decorrente da complexidade dos processos de produção, que demandam equipamentos e insumos específicos;

os gastos com marketing e os padrões técnicos rígidos de fabricação de fármacos para garantia de segurança e eficácia dos medicamentos (BRASIL, 2000; BOARATI, 2006; FARDELONI & BRANCHI, 2006; RÊGO, 2001; RESENDE, 2009b, 2009c).

O sistema de patentes existente no setor farmacêutico, com o objetivo de estimular a produção científica, a atividade inventiva e o desenvolvimento tecnológico, também produz efeitos indesejados na economia, constituindo uma barreira legal à entrada e saída de empresas nesse setor³⁴ (RESENDE, 2009c; VENTURI et al., 2001). Como consequência desses fatores, o mercado tende a permanecer concentrado, o que justifica, do ponto de vista econômico, a intervenção do governo na perspectiva de garantir condições mínimas de concorrência e o acesso da população a medicamentos seguros e eficazes a um menor custo, propiciando eficiência econômica e bem-estar social (BRASIL, 2000; RÊGO, 2001)³⁵.

Outra fonte comum de falha de mercado no setor regulado pela Anvisa diz respeito à assimetria de informação. De um modo geral, no mercado de bens e serviços de saúde, especialmente o farmacêutico, os consumidores finais, além de não decidirem sobre o que devem consumir, sabem muito pouco sobre a qualidade, a segurança, a eficácia, o preço e as características específicas dos produtos ou serviços que necessitam para cuidar de sua saúde. Quem consome não é quem decide sobre a compra ou utilização de determinado bem ou serviço; e quem decide geralmente não é quem paga, o que resulta em um descompasso na disponibilidade da informação entre produtores, consumidores, profissionais de saúde e o próprio governo (RÊGO, 2001, p. 373; BRASIL, 2000; RESENDE, 2009b). Em decorrência disso, Elba Cristina Lima Rêgo (2001, p. 373) observa, com objetiva propriedade, que “há interesses contrapostos, dado que quem paga quer minimizar custos, quem consome quer o melhor e quem decide é influenciado pela oferta, que, além de ser concentrada, procura induzir a um maior consumo”, o que propicia, do ponto de vista econômico, a adoção de comportamentos oportunistas por parte dos agentes.

A propaganda de produtos e serviços de interesse à saúde, em especial com relação a medicamentos, constitui-se em grande fonte de assimetria, na medida em que é utilizada pelo setor farmacêutico como estratégia para

ampliar o consumo. Os médicos, segundo Nascimento (2003, p. 32), “são o principal alvo das técnicas promocionais da indústria farmacêutica. Afinal, a escolha de um ou outro medicamento depende fundamentalmente deles”. Nascimento (2003, p. 33) também destaca que “as técnicas promocionais da indústria farmacêutica representam, para muitos profissionais de saúde, a principal fonte de atualização terapêutica. Entretanto, na maioria delas, há uma tendência a superestimar as qualidades do produto e a omitir seus efeitos negativos”, geralmente apresentando “informações incompletas sobre riscos, efeitos adversos, contraindicações, advertências e precauções”.

Segundo Barros (2004, p. 36), “contar com informações confiáveis, isentas, isto é, fundamentadas em dados científicos que contemplem, objetivamente, as vantagens e desvantagens dos produtos farmacêuticos, é de fundamental importância para a existência da boa prescrição e uso adequado desses”. No caso da propaganda direcionada ao público consumidor, Nascimento (2003, p. 33) comenta que a situação é ainda pior, devido à utilização de artistas e atletas famosos como formadores de opinião pública e à omissão de informações fundamentais a respeito de precauções, reações adversas e contraindicações, muitas vezes enfatizando, de maneira enganosa, a ausência de riscos, induzindo o consumidor ao uso indiscriminado desses produtos.

A esse respeito, Gadamer (2006, p. 166) chama a atenção para a vulnerabilidade do consumidor ao mencionar que “a própria situação crítica do paciente o coage a considerar os meios mágicos da moderna técnica médica como tudo o que resta e, com isso, a esquecer que a sua aplicação é uma ação que requer muitas exigências e responsabilidades e possui as mais amplas dimensões humanas e sociais”. Por tais motivos, a Anvisa desempenha ações de avaliação, fiscalização, controle e acompanhamento da propaganda, da publicidade, da promoção e da informação de produtos sob vigilância sanitária. “O objetivo da atuação da agência nessa área é reduzir a exposição da população à propaganda abusiva e enganosa, contribuir para o desenvolvimento de políticas de proteção à saúde e subsidiar o aprimoramento da legislação existente” (RAMALHO, 2008a, p. 39).

As ações de saúde também podem ser consideradas como bens públicos, sobretudo no campo da vigilância sanitária³⁶, dada a característica não excludente e de não rivalidade das ações de promoção, proteção e

recuperação da saúde. No Brasil, por força constitucional³⁷, a saúde é um direito de todos e dever do Estado, de modo que a fruição desse direito por um indivíduo não limita ou diminui a disponibilidade de fruição dos outros (não rivais), não sendo possível excluir indivíduos do seu alcance, dada a relevância pública³⁸ e o caráter universal desse direito (não excludente)³⁹.

As ações de vigilância sanitária beneficiam a todos indistintamente, quando, por exemplo: exigem dos laboratórios a comprovação de qualidade, segurança e eficácia dos medicamentos produzidos, antes de sua comercialização ou exposição ao consumo da população; combatem a propaganda enganosa ou abusiva veiculada pelos canais de comunicação; retiram do mercado produtos farmacêuticos falsificados ou adulterados; estabelecem padrões para a rotulagem de alimentos e demais produtos sujeitos ao regime de vigilância sanitária, para assegurar o direito de acesso à informação dos consumidores; monitoram e combatem os preços abusivos dos medicamentos; estabelecem normas, padrões e procedimentos de segurança para a prestação de serviços de saúde; promovem ações educativas para conscientização da população, enfim, são ações que se caracterizam como bem público.

A atuação do mercado na provisão de bens públicos (essenciais), como é o caso dos produtos e serviços de saúde sujeitos ao regime de vigilância sanitária, tende a uma iniquidade no acesso da população⁴⁰. As leis da concorrência obrigam naturalmente as empresas a ampliar seus mercados, reduzir custos de produção e a aumentar sua margem de lucro, o que muitas vezes pode contrariar ou se contrapor aos interesses e necessidades de proteção e defesa da saúde da população, produzindo efeitos indesejados sobre a saúde humana. Esse é o motivo pelo qual a qualidade, a eficácia, a segurança, a disponibilidade e o preço de tais produtos e serviços não devem se submeter à lógica de mercado, como qualquer outra espécie de mercadoria, dada a relevância pública dessas ações e ao fato de constituírem meios para a fruição de um direito fundamental (COSTA, 2003).

A oferta não concorrencial de produtos farmacêuticos, aliada à reduzida elasticidade da demanda relativa ao preço dos medicamentos, para citar um exemplo do setor regulado pela Anvisa, torna esse mercado propenso ao abuso do poder econômico. Embora o acesso à atenção à saúde seja um

direito humano fundamental, no qual se inclui o acesso a medicamentos essenciais, a Organização Mundial da Saúde (OMS) estima que cerca de 2 bilhões de pessoas (1/3 da população mundial) não têm acesso regular a esses produtos. A Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF)⁴¹ de 2003 mostrou que o gasto com medicamentos representa 75% dos gastos familiares mensais em saúde das famílias com rendimento até R\$ 400,00; enquanto nas famílias com rendimento entre R\$ 2 mil e R\$ 3 mil esse gasto corresponde a 40%. Os dados indicam que a renda e, por conseguinte, o preço praticado nesse setor, constitui importante barreira ao acesso da população a produtos essenciais, especialmente no caso das famílias com menor poder aquisitivo (RÊGO, 2001; BRASIL, 2000; OPAS/OMS, 2005).

Nesse particular, além de suas atribuições de proteção e defesa da saúde, mais diretamente ligadas à garantia de qualidade, segurança e eficácia de produtos e serviços sujeitos ao regime de vigilância sanitária, a Anvisa também monitora os preços dos medicamentos que estão no mercado e auxilia tecnicamente a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (Cmed) no estabelecimento do preço de novos medicamentos no país, desempenhando papel na regulação econômica do mercado alinhado ao objetivo de promover a assistência farmacêutica à população, por meio de mecanismos que estimulem a oferta de medicamentos e a competitividade do setor (BRASIL, 2003b; RAMALHO, 2008a)⁴².

Outra fonte de falha de mercado muito presente no campo da vigilância sanitária reside na presença de externalidades associadas ao modo de produção e de consumo de produtos e serviços de interesse à saúde. Ediná Alves Costa (2004, p. 55) expressa bem essa característica, nos seguintes termos:

As ações de vigilância sanitária respondem a necessidades sanitárias geradas no sistema produtivo vigente que cria situações de riscos e danos à saúde individual, coletiva e ambiental, visto que abrange produtos, serviços e atividades que direta ou indiretamente têm relação com a saúde. Os riscos e danos à saúde relacionados com o consumo de produtos, tecnologias e em grande parte de serviços podem ser decorrentes de defeitos ou falhas de fabricação, falhas de diagnóstico, inadequação da prescrição etc., e também resultado de

ilícitudes intencionais de fabricantes, comerciantes ou prestadores de serviços. Determinados produtos e serviços já contêm, por si mesmos, certo grau de risco “intrínseco” ou certa periculosidade, impondo a observância rigorosa de cuidados no seu uso.

No caso específico de medicamentos, assim como em outras tecnologias e inovações relacionadas à saúde, determinados riscos são inerentes aos próprios produtos, trazendo em si efeitos indesejados conhecidos. A esse respeito, Nascimento (2003, p. 41) destaca que “a palavra grega *pharmakon* significa: corante, remédio e veneno”, trazendo em si uma ambiguidade (remédio e veneno) que sinaliza que “todo medicamento tem um potencial de risco”, o que leva a entender que todo remédio também pode ser veneno, se usado de forma abusiva ou inadequada.

Outros efeitos, no entanto, podem não ser esperados, o que caracterizam iatrogenias (iatrofarmacogenias), ou simplesmente, do ponto de vista econômico, externalidades negativas⁴³. Os acontecimentos ao longo da história da vigilância sanitária no Brasil, e no mundo de um modo geral, não deixam dúvidas quanto à existência abundante de externalidades nesse setor, devido aos inúmeros casos de riscos e agravos à saúde, ao meio ambiente e até mesmo à economia⁴⁴. Os casos de contaminação de sucos industriais por dióxido de enxofre e de gelatinas por cromo, na década de 1980, e o caso das “pílulas de farinha”, em 1998, já citados anteriormente, associados a diversos outros episódios ao longo da história, como o da talidomida⁴⁵, ilustram essa característica e apontam para uma permanente tensão nas relações existentes entre a produção e o consumo.

Por outro lado, Costa (2003, p. 358) observa que a regulação dessas relações interessa à sociedade como um todo e não apenas aos consumidores, na medida em que “as ações de vigilância sanitária constituem tanto uma ação de saúde quanto um instrumento da organização econômica da sociedade. Produtos defeituosos colocados no mercado podem causar danos à saúde de milhões de consumidores, extrapolando, inclusive, as fronteiras de um país, podendo afetar a credibilidade nos produtos e nas instituições públicas encarregadas do controle sanitário, provocando enormes prejuízos econômicos”. A esse respeito, ainda acrescenta que:

Ao exercer uma função mediadora das relações entre produtores e consumidores, visando preservar os interesses da saúde, a vigilância sanitária permite às duas partes a realização de transações comerciais com um mínimo de segurança no que se vende e de qualidade do que se compra. O consumidor tem proteção à sua saúde e ao seu poder aquisitivo, isto é, proteção aos direitos fundamentais de vida e sobrevivência; e o produtor tem proteção ao seu negócio pois ao evitar a fraude, a concorrência desleal e a incompetência, a vigilância protege a credibilidade de sua marca registrada (LIMA et al., 1993 apud COSTA, 2003, p. 357-358).

Se o desenho institucional de uma agência reguladora interessou ao governo por razões políticas e sociais em determinado contexto, conforme destacado na seção anterior, também interessou ao mercado e à sociedade, ao propiciar maior previsibilidade, transparência e estabilidade ao processo regulatório. Uma importante característica do setor regulado pela Anvisa, portanto, deve-se ao fato de a agência atuar tanto na regulação econômica do mercado quanto na regulação social para a proteção do interesse público da saúde. Desempenha, assim, uma função mediadora entre os interesses dos diversos segmentos sociais, caracterizando-se como verdadeiro espaço e exercício da cidadania e do controle social (LUCCHESI, 2008; MELLO & RAMALHO, 2009; OCDE, 2008a; RAMALHO, 2006)⁴⁶. Assim, ao ser realizada em mercado abrangente e complexo, com múltiplas fontes de falhas (concorrência imperfeita; assimetria de informação; abundância de externalidades negativas; e caracterizado pela essencialidade e relevância dos bens e serviços de interesse à saúde), a regulação no campo da vigilância sanitária se apresenta com inúmeras singularidades e desafios nada triviais para uma agência com dez anos de existência, dentre os quais se destaca o de compatibilizar o direito à saúde com a economia de mercado em face da correlação entre Estado, mercado e sociedade concebida pela ordem econômica e social brasileira.

É nesse contexto, frente ao desafio de fortalecer o papel regulador do Estado e a participação da sociedade na regulação, em uma sociedade cada vez mais complexa, plural e globalizada, especialmente no campo da

vigilância sanitária – marcado pela internacionalização e massificação da produção, circulação e consumo de bens e serviços – que se intensificam a preocupação e a necessidade de constante melhoria do processo regulatório no país, propiciando o advento de diversas iniciativas relacionadas com as denominadas “boas práticas regulatórias”.

Boas práticas regulatórias: o programa de melhoria do processo de regulamentação da Anvisa

Aspectos gerais do programa

O ritmo acelerado das inovações tecnológicas; o compartilhamento de riscos cada vez maiores em decorrência do processo de globalização e do atual estágio de desenvolvimento dos diversos países; a pressão dos diferentes grupos de interesses que atuam no campo da vigilância sanitária; a necessidade de fortalecimento da cidadania e dos direitos humanos em todo o mundo; os mais de 8 milhões de quilômetros quadrados de extensão territorial do Brasil, com 27 unidades federativas e mais de 5 mil municípios (dotados de autonomia política, administrativa e financeira), e população superior a 180 milhões, aliados aos deveres constitucionais de transparência e cooperação federativa inerentes à gestão do SUS, sinalizam a grandeza dos desafios da regulação no campo da vigilância sanitária e tornam a governança regulatória⁴⁷ importante preocupação para a atuação da Anvisa.

O Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação, mais conhecido na Anvisa como “Programa de Boas Práticas Regulatórias”, instituído por meio da Portaria nº 422, de 16 de abril de 2008, foi elaborado pela agência com o propósito de aprimorar e modernizar sua atuação regulatória, na perspectiva de promover maior previsibilidade, transparência e estabilidade ao processo regulatório, propiciando um ambiente seguro para a população e favorável ao desenvolvimento social e econômico do país. Alinhado ao esforço do governo federal em busca da melhoria e fortalecimento do sistema regulatório (Quadro 1) e às políticas setoriais de saúde⁴⁸, o programa da Anvisa tem por finalidade contribuir para o fortalecimento da capacidade institucional para a gestão em regulação; aprimorar a coordenação da qualidade

e da efetividade da regulamentação no Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e fortalecer os mecanismos de transparência e de controle social no processo de regulamentação da Anvisa (BRASIL, 2008b).

Quadro 1: Finalidade e objetivos do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG)

- Contribuir para a melhoria do sistema regulatório, da coordenação entre as instituições que participam do processo regulatório exercido no governo federal, dos mecanismos de prestação de contas e de participação e monitoramento por parte da sociedade civil e da qualidade da regulação de mercados;
- Fortalecer o sistema regulatório de modo a facilitar o pleno exercício de funções por parte de todos os atores;
- Fortalecer a capacidade de formulação e análise de políticas públicas em setores regulados;
- Aprimorar a coordenação e o alinhamento estratégico entre políticas setoriais e processo regulatório;
- Fortalecer a autonomia, transparência e desempenho das agências reguladoras;
- Desenvolver e aperfeiçoar os mecanismos para o exercício do controle social e transparência no processo regulatório.

Fonte: Elaboração própria⁴⁹.

O programa reúne um conjunto de iniciativas a serem implantadas gradualmente, que vão desde o mapeamento e a simplificação do macroprocesso de regulamentação da Anvisa até ações relativas à compilação, consolidação e revisão dos atos normativos (RAMALHO, 2008b). A elaboração transparente e participativa de uma agenda regulatória, a implantação da Análise de Impacto Regulatório (AIR), como ferramenta de gestão, e o fortalecimento da participação social na regulação, associados à sistematização e coordenação do processo de regulamentação da Anvisa, constituem as principais estratégias de execução do programa para o alcance de seus objetivos (Quadro 2).

Quadro 2: Objetivos específicos do Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação da Anvisa

- Aprimorar os instrumentos normativos e organizacionais da Anvisa necessários à efetiva implantação de ações e atividades destinadas à melhoria contínua do processo de regulamentação;
- Promover estudos avaliativos relacionados ao processo de regulamentação e identificar ferramentas, parcerias e inovações tecnológicas capazes de ampliar e fortalecer a capacidade regulatória da Anvisa;
- Harmonizar e sistematizar o procedimento de regulamentação da Anvisa de forma a aprimorar a gestão da produção normativa e contribuir para a melhoria da qualidade e da efetividade dos atos normativos da agência;
- Fortalecer a integração entre as unidades organizacionais da agência por meio da cooperação e da responsabilização nas ações e atividades inerentes ao processo de regulamentação;
- Sistematizar e qualificar os subsídios técnicos, administrativos e jurídicos destinados ao processo de tomada de decisão;
- Aproximar e fortalecer a participação dos atores do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária no processo de regulamentação da Anvisa;
- Promover maior transparência por meio do entendimento claro dos procedimentos inerentes ao processo de regulamentação para facilitar a participação dos diversos atores envolvidos nesse processo;
- Aprimorar os mecanismos e canais de participação da sociedade no processo de regulamentação, sobretudo consultas e audiências públicas;
- Promover a desburocratização e facilitar o acesso à regulamentação por meio da compilação e consolidação dos atos normativos; e
- Orientar as ações permanentes de conscientização, capacitação e educação sobre a melhoria da qualidade do processo de regulamentação, com o propósito de internalizar o compromisso com a melhoria contínua do processo de produção normativa da Anvisa.

Fonte: Elaboração própria⁵⁰.

Agenda regulatória

A regulamentação é uma importante ferramenta regulatória para o cumprimento da finalidade institucional da Anvisa. Por meio dela, além de prevenir riscos e danos à saúde da população a partir da regulação de

comportamentos em benefício da coletividade, a agência também pode promover a coordenação do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e o equilíbrio das relações entre governo, produção e consumo. A instituição de uma agenda regulatória, elaborada de forma transparente e participativa com toda a sociedade, é parte das estratégias do programa para o fortalecimento da governança regulatória no campo da vigilância sanitária. Por meio desse instrumento, a Anvisa pretende promover maior legitimidade, transparência, previsibilidade e eficiência ao processo regulatório.

Em maio de 2009, foi publicada a primeira Agenda Regulatória da Anvisa, iniciativa inovadora na administração pública federal, composta por um conjunto de temas prioritários apontados pela Diretoria Colegiada da agência após ouvir a sociedade. A expectativa é que a agenda tenha periodicidade anual e que sua atualização e acompanhamento possam contar com a participação da sociedade por meio dos diversos canais existentes na Anvisa. Sua instituição representa importante espaço de interlocução com a sociedade para a convergência de interesses na conformação de uma pauta comum de compromissos. Elaborada de forma clara (objetiva), transparente e acessível a todos, espera-se que essa iniciativa contribua para a ampliação da previsibilidade e para a estabilidade do processo regulatório.

Análise de Impacto Regulatório (AIR)

Aspectos gerais

Outra importante iniciativa da Anvisa na busca pela melhoria de sua performance regulatória é a utilização da Análise de Impacto Regulatório (AIR)⁵¹ como parte do processo de tomada de decisão para elaboração ou revisão de atos normativos. A AIR é uma ferramenta de uso generalizado em países membros da OCDE (Quadro 3). É utilizada para auxiliar na definição de problemas e contribuir para que a ação regulatória seja mais eficiente, oferecendo aos tomadores de decisão elementos para que possam avaliar as opções e suas possíveis consequências para a sociedade, a fim de melhor alcançar os objetivos pretendidos e maximizar os incentivos regulatórios (FERNANDÉZ, 2009; OCDE, 2008a).

Quadro 3: Análise de Impacto Regulatório nos países da OCDE

O que é Análise de Impacto Regulatório?

A AIR é uma ferramenta regulatória que examina e avalia os prováveis benefícios, custos e efeitos das regulações novas ou alteradas. Ela oferece aos tomadores de decisão dados empíricos valiosos e uma estrutura abrangente na qual eles podem avaliar suas opções e as consequências que suas decisões podem ter. A AIR é utilizada para definir problemas e garantir que a ação governamental seja justificada e apropriada.

Experiências de países com iniciativas de AIR

Na Coreia, o sistema de AIR requer estimativa aproximada de orçamento, ou dos custos para todas as regulações, e define como regulação “significativa” aquela que possui impacto anual excedente a KRW 10 bilhões (USD 0,9 milhões), impacto sobre mais de um milhão de pessoas, restrição clara sobre a concorrência de mercado ou evidente afastamento de padrões internacionais. Regulações significativas, tal como definidas, estão sujeitas aos requerimentos completos da AIR.

Os Estados Unidos adotaram critérios similares, exigindo análise completa de custo e benefício quando as despesas anuais excedem USD 100 milhões ou quando as regras são passíveis de impor maiores aumentos nos custos para um setor específico, ou região, ou de ter um efeito adverso significativo na concorrência, emprego, investimento, produtividade ou inovação.

A Holanda adota dois parâmetros para objetivar a iniciativa da AIR. O primeiro deles envolve a aplicação de um conjunto de critérios, semelhantes àqueles discutidos anteriormente, no sentido de que apenas cerca de 8% a 10% das regulações elaboradas estejam sujeitas a AIR. O segundo estágio envolve a adaptação das questões que são endereçadas na AIR para a regulação específica. Uma comissão ministerial analisa a proposta regulatória e determina qual das 15 questões-padrão, contidas na diretriz governamental, para a AIR, devem ser respondidas para cada regulamentação.

Fonte: Adaptado de OCDE, 2008a.

“O uso de ferramentas de avaliação de desempenho é fundamental para a melhoria da qualidade das políticas públicas, de um modo geral, e das decisões e ações dos reguladores, em particular. Isso inclui determinar o impacto das políticas e ações regulatórias” (OCDE, 2008a, p. 324; RAMALHO, 2008b; SANTOS, 2008). A avaliação de desempenho pode ser realizada a priori ou a posteriori. A análise a priori, antes da tomada de decisão, caracteriza

uma AIR e busca subsidiar o processo de escolha entre alternativas para a ação (ou não ação) em razão de determinadas circunstâncias ou problemas. A análise a posteriori caracteriza uma avaliação de resultados e visa verificar se os objetivos de uma determinada política ou ação regulatória, já implantada ou em andamento, foram ou estão sendo alcançados, de modo a aferir o impacto social e econômico após a tomada de decisão (FERNANDÉZ, 2009; OCDE, 2008a, p. 324; PEPE et al., 2006; SANTOS, 2008).

“A recomendação do Conselho da OCDE sobre a Melhoria da Qualidade da Regulação do Governo, de 1995, enfatizou a função da AIR para assegurar, sistematicamente, que as opções regulatórias mais eficientes e eficazes sejam as escolhidas” (OCDE, 2008a, p. 62). A experiência internacional mostra que a implantação da AIR é um processo que requer planejamento acurado, recursos específicos e objetivos de curto e médio prazos. Revela, ainda, que os países optaram por diferentes abordagens para implantar a AIR, refletindo uma variedade de agendas de políticas de governo (OCDE, 2008a; BRASIL, 2007d).

No Brasil não há um sistema de AIR integrado e formalmente estabelecido, embora se adote algum tipo de análise de impacto para elaboração de atos normativos em determinadas situações⁵². No campo da saúde, iniciativas de avaliação de políticas públicas ainda constituem prática de recente incorporação no país (OCDE, 2008a; PEPE et al., 2006). Em 2007, a Anvisa promoveu juntamente com a Casa Civil da Presidência da República e os Ministérios da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão, o Seminário Internacional de Avaliação do Impacto Regulatório, que contou com os principais especialistas do Brasil e do mundo no assunto (BRASIL, 2007d; MELLO & RAMALHO, 2009).

Espelhada na experiência internacional de países desenvolvidos e alinhada aos avanços e desafios da política regulatória brasileira, e de suas singularidades relativas ao campo da vigilância sanitária, a Anvisa decidiu incorporar a AIR como parte de seu Programa de Boas Práticas Regulatórias, incluindo-a como etapa do processo de revisão e elaboração de novos regulamentos, a ser implantada gradualmente a partir de 2009. A incorporação da AIR como parte do processo de tomada de decisão configura importante aperfeiçoamento das práticas regulatórias da Anvisa no que se refere à sua

competência normativa. Espera-se que a AIR auxilie a direção da agência no processo de tomada de decisão e contribua para o fortalecimento da governança regulatória no âmbito do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e da participação social na regulação.

Metodologia e procedimento

A OCDE recomenda como um princípio-chave que as regulações devem produzir benefícios que justifiquem os seus custos, levando-se em conta a distribuição dos efeitos para toda a sociedade. Uma análise de custo e benefício é o método preferido para considerar os impactos regulatórios porque visa produzir política pública que atenda aos critérios de ser ‘muito favorável socialmente’, isto é, maximizando o bem-estar social (OCDE, 2008a, p. 64-5)⁵³. No entanto, outros métodos e ferramentas também são utilizados para análise de impactos regulatórios, como a meta-análise, a análise de custo e efetividade, a análise de custo e utilidade e a análise de risco, uma vez que nem sempre é possível ou apropriado mensurar os custos e benefícios de uma opção regulatória em termos monetários, como geralmente ocorre em temas que envolvam equidade, tais como: saúde, meio ambiente e educação (BRASIL, 2007e; OCDE, 2008a; PEPE et al., 2006)⁵⁴.

Devido à natural complexidade metodológica no desenvolvimento e implantação da AIR, é de fundamental importância para o sistema regulatório brasileiro que essa prática seja incorporada gradualmente à realidade do país, respeitando-se a independência e autonomia das agências e atentando-se para as singularidades inerentes a cada setor. Por essa razão, metodologia e procedimentos próprios para implantação da AIR têm sido desenvolvidos pela Anvisa, a fim de compatibilizar a finalidade dessa ferramenta às singularidades e necessidades do setor regulado pela vigilância sanitária, na perspectiva de contribuir para a melhoria do processo regulatório e para os avanços da regulação no Brasil.

Em linhas gerais, o desenho que vem sendo desenvolvido pela agência prevê a utilização de diferentes ferramentas analíticas e está baseado em análises qualitativas e quantitativas que levarão em conta os custos, os benefícios, a finalidade, a viabilidade e a efetividade das opções regulatórias

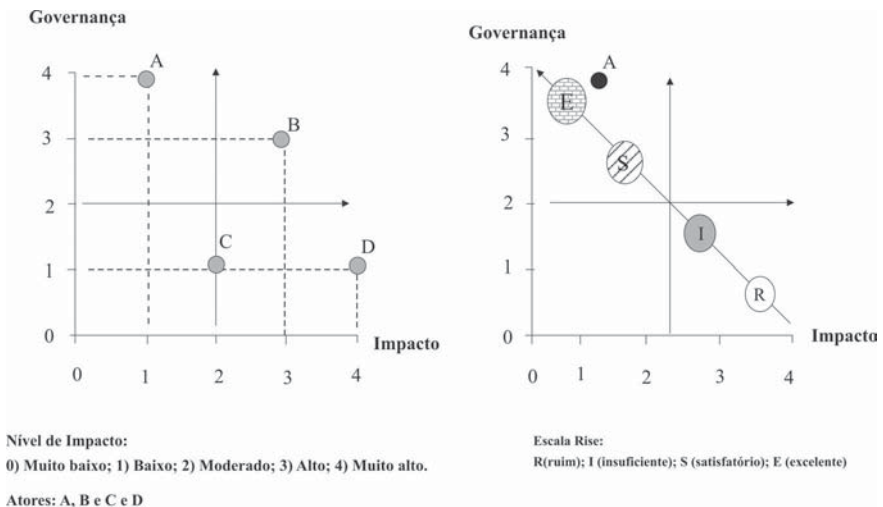
a serem adotadas, sob a perspectiva do risco à saúde, com o objetivo de aferir se os impactos positivos de uma determinada opção regulatória superam os negativos. O procedimento de AIR será conduzido em diferentes estágios e níveis de complexidade, conforme necessidade e peculiaridades de cada caso, a fim de delimitar o universo e a abrangência de aplicação e uso dessa ferramenta na Anvisa.

Dessa maneira, estima-se que a maioria dos atos normativos editados pela agência seja submetida a um nível mais simplificado de análise e que apenas pequena parcela, a um nível mais avançado. Isso dotará a AIR da flexibilidade necessária para atender às singularidades de cada situação, com maior economia de recursos e, por conseguinte, maior eficiência do processo regulatório. Também será possível favorecer o acompanhamento e o aperfeiçoamento dessa experiência inovadora na administração pública federal, na medida em que facilitará a implantação de ajustes e a correção de eventuais desvios.

A AIR será inicialmente implantada a partir de um formulário padrão (*checklist*) com diversos questionamentos acerca do problema e da opção regulatória proposta (Anexo) e contará com mecanismos de consulta interna e externa que potencializem a integração e a expertise da agência na revisão e na elaboração de (novos) regulamentos, assim como a integração institucional com demais órgãos e entidades do poder público, além da inserção e da participação dos diversos atores interessados (afetados ou beneficiados) no processo de regulação (governo, empresas, comunidade científica e cidadãos).

Índice de Governança e Impacto Regulatório (I-Reg)

A implantação da AIR na Anvisa também contará com indicadores próprios para o monitoramento e avaliação do Programa de Boas Práticas Regulatórias. Os dados e informações obtidos a partir dos questionamentos do formulário para elaboração de atos normativos serão tabulados e pontuados segundo critérios e parâmetros preestabelecidos para propiciar uma análise comparativa entre os impactos positivos e negativos de uma proposta, sob diferentes enfoques e pontos de vista (Figura 1).

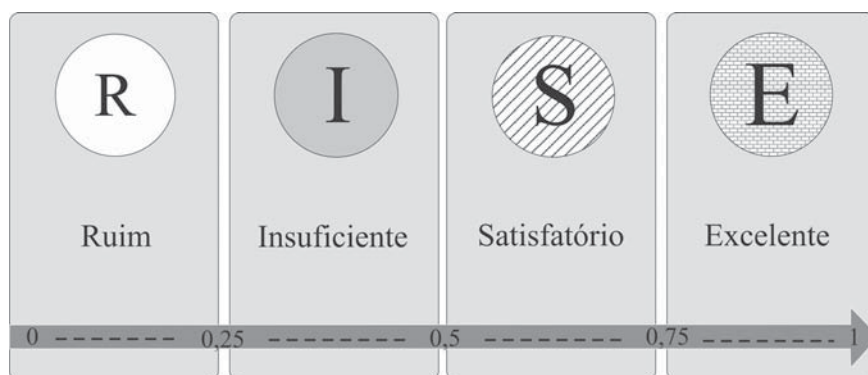


Fonte: Elaboração própria

Figura 1: Matriz de Análise de Governança e Impacto Regulatório

O exemplo da Figura 1 ilustra que para um dos atores envolvidos no processo de análise (A) os impactos negativos de uma determinada opção regulatória são maiores que os impactos positivos; e que para dois deles (B e C) os impactos positivos superam os impactos negativos.





O resultado dessa análise comparativa implicará a formulação de um índice desenvolvido para aferir o nível de governança e de impacto das opções regulatórias, a partir dos diferentes enfoques e pontos de vista dos atores envolvidos⁵⁵. O Índice de Governança e Impacto Regulatório (I-Reg), como foi denominado pela Anvisa (RAMALHO, 2008b), apresenta variação segundo escala baseada em critérios e parâmetros institucionais elaborados com o propósito de subsidiar o processo de tomada de decisão da agência e de monitorar e avaliar o desempenho institucional acerca da qualidade regulatória de sua produção normativa (Figura 2).



Fonte: Ramalho, 2008b

Figura 2: Escala do Índice de Governança e Impacto Regulatório (I-Reg)

Os parâmetros para análise do I-Reg foram preestabelecidos em uma matriz que corresponde aos principais resultados e consequências da AIR (Figura 3).

	<p>Resultado: Vantagens (benefícios) não superam desvantagens (custos); maioria das variáveis fora da governabilidade institucional; opção regulatória inviável, com baixo grau de efetividade potencial.</p> <p>Consequência: Preponderância de ameaça; nível de impacto negativo e inviável; recomendação de rejeição e arquivamento da proposta ou sua substituição.</p>
	<p>Resultado: Vantagens (benefícios) não superam desvantagens (custos); maioria das variáveis sob governabilidade institucional; opção regulatória insatisfatória, com grau de efetividade potencial insuficiente.</p> <p>Consequência: Preponderância de pontos fracos; nível de impacto negativo, porém ajustável; recomendação de alteração da proposta de arquivamento.</p>
	<p>Resultado: Vantagens (benefícios) superam desvantagens (custos); maioria das variáveis fora da governabilidade institucional; opção regulatória satisfatória e grau aceitável, porém relativo, de efetividade potencial.</p> <p>Consequência: Preponderância de oportunidades; nível de impacto positivo, sujeito a variações externas; recomendação de aprovação da proposta, podendo conter pequenos ajustes ou ressalvas.</p>
	<p>Resultado: Vantagens (benefícios) superam desvantagens (custos); maioria das variáveis sob governabilidade institucional; boa opção regulatória, com máximo grau de efetividade potencial.</p> <p>Consequência: Preponderância de pontos fortes; nível de impacto positivo; recomendação de aprovação da proposta.</p>

Fonte: Ramalho, 2008b

Figura 3 – Matriz de análise e parâmetros da escala Rise

A AIR juntamente com a instituição do I-Reg objetiva não apenas propiciar uma abordagem transversal acerca da análise de uma proposta de regulamento, levando-se em conta os diferentes enfoques e pontos de vista dos atores envolvidos, como também viabilizar o acompanhamento da qualidade regulatória por meio de uma série histórica da atuação regulatória da agência, o que contribuirá para o fortalecimento e a credibilidade do sistema regulatório como um todo.

No entanto, apesar dos avanços e das expectativas com relação ao desenho de implantação da AIR no Brasil, é de fundamental importância reconhecer que qualquer método de avaliação utilizado terá suas próprias limitações. Os parâmetros e resultados da AIR são apenas informativos e nunca eliminarão ou substituirão a subjetividade (discricionariedade) inerente ao poder-dever de decisão da administração pública nos limites legalmente estabelecidos frente ao seu papel junto à sociedade. Os dados e indicadores da AIR possibilitam uma infinidade de análises, leituras e interpretações, mas sem dúvida alguma não representam uma verdade matemática e tampouco esgotam as possibilidades de análises e decisões relativas ao sistema regulatório de uma sociedade complexa, plural e globalizada (RAMALHO, 2008b). No caso específico da Anvisa, convém sempre lembrar que o I-Reg representará uma visão institucional quanto à governança e ao impacto regulatório e não o efetivo impacto sobre a sociedade, embora permaneçam expectativas para o aprendizado e aprimoramento contínuo dessa prática regulatória. O importante nessa análise é o estabelecimento de um padrão de desempenho institucional da qualidade regulatória, que será possível aferir por meio de uma série histórica a partir de sua implantação e monitoramento.

Transparência e participação social

A transparência e a ampla participação da sociedade no processo regulatório também são constantes preocupações da Anvisa, que conta com uma gama de iniciativas, ferramentas e espaços institucionais que favorecem o enfrentamento desse desafio (MELLO & RAMALHO, 2009).

As minutas de atos normativos da Anvisa podem ser previamente submetidas à consulta pública, mediante deliberação da Diretoria Colegiada,

com a finalidade de obter subsídios e informações da sociedade para o processo de tomada de decisões que irão orientar as diversas ações no campo da vigilância sanitária em todo o país (BRASIL, 1999). Essa ferramenta abre a possibilidade de ampla discussão sobre diversos temas relacionados à vigilância sanitária, permitindo que o processo de elaboração de atos normativos da agência seja democrático e transparente para toda a sociedade. No início de 2009, a Anvisa já havia ultrapassado a marca de 900 consultas públicas (Tabela 1), desde sua criação em 1999 (MELLO & RAMALHO, 2009).

Tabela 1: Quantitativo de consultas públicas realizadas pela Anvisa (1999-2008)

Ano	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Número de consultas públicas	-	118	103	110	109	92	98	94	114	76

Fonte: Elaboração própria⁵⁶

O processo decisório de registro de novos produtos, bens e serviços, bem como seus procedimentos, e de edição de normas também poderão ser precedidos de audiência pública, a critério da Diretoria Colegiada, conforme as características e a relevância dos temas a serem tratados, sendo obrigatória, no caso de elaboração de anteprojeto de lei a ser proposto pela agência (BRASIL, 1999). Embora consultas e audiências públicas constituam formas de participação social no processo regulatório, ambas não se confundem. A audiência pública propicia o debate público e individual por pessoas físicas ou representantes da sociedade civil. Na prática, não deixa de ser uma modalidade de consulta pública, mas com a particularidade de se materializar por meio de debates orais em sessão previamente designada para esse fim. O que qualifica uma audiência pública, nesse contexto, é a participação oral e efetiva do público, que não se comporta meramente como espectador. A oralidade, portanto, é o que lhe diferencia da consulta pública.

As audiências públicas atendem ao propósito de se criar espaços para que a sociedade de modo geral, e as pessoas beneficiadas ou afetadas

diretamente pela regulação, tenham a oportunidade de se manifestar antes do desfecho do processo de tomada de decisão. Por meio de uma audiência pública, pode-se ter acesso, simultaneamente e em condições de igualdade, às mais variadas opiniões sobre a matéria debatida, em contato direto com os interessados. No caso específico da Anvisa, as audiências públicas são realizadas com os objetivos de: a) recolher subsídios, conhecimentos e informações para o processo decisório; b) propiciar aos agentes econômicos, aos consumidores e aos usuários a possibilidade de esclarecer ou reforçar opiniões e sugestões; c) identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria objeto da audiência pública; d) dar publicidade, transparência e legitimidade às regulamentações da Anvisa (BRASIL, 1999; RAMALHO, 2008b).

O Programa de Boas Práticas Regulatórias da Anvisa contempla diversas medidas voltadas à sistematização, à consolidação e à divulgação das consultas e audiências públicas, na perspectiva de aprimorar a transparência e a participação da sociedade no processo regulatório. Embora a Anvisa ainda se encontre em um período de aprendizado com relação à realização de audiências públicas – em face da complexidade e à abrangência de seu campo de atuação –, a expectativa é de que a agência possa expandir sua utilização como mecanismo de transparência e participação social e ampliar experiências exitosas, como a realização descentralizada de audiências públicas nas diferentes regiões do país.

A Anvisa ainda conta com outros espaços e parcerias institucionais para o fortalecimento da transparência e da participação social na regulação. Além de Ouvidoria independente, sem nenhuma vinculação hierárquica com a Diretoria Colegiada, ou quaisquer de seus dirigentes⁵⁷, a agência dispõe de um órgão de participação institucionalizada da sociedade: o Conselho Consultivo. Presidido pelo ministro de Estado da Saúde, trata-se de um órgão colegiado que acompanha e aprecia o desenvolvimento das atividades da Anvisa e conta em sua composição com membros indicados pelos órgãos e entidades de representação da administração pública, da sociedade civil organizada e da comunidade científica para nomeação pelo ministro de Estado da Saúde. (BRASIL, 1999; RAMALHO, 2006, 2008a). A Anvisa ainda dispõe de dez câmaras setoriais relacionadas aos diversos temas de atuação da agência.

Essas câmaras reúnem mais de 300 instituições de representação nacional para a discussão e o encaminhamento de propostas e sugestões para subsidiar a atuação e o processo de tomada de decisão da Diretoria Colegiada (MELLO & RAMALHO, 2009; RAMALHO, 2006, 2008a).

Em 2008, como parte das ações estratégicas do Programa de Boas Práticas Regulatórias, a Anvisa também firmou acordo de cooperação com o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) para apoiar o projeto de fortalecimento da capacidade técnica de participação social dos consumidores na regulação (IDEC, 2007). Pelo acordo, Anvisa e Idec devem desenvolver mecanismos voltados ao aprimoramento da transparência na atuação da agência e à promoção de ações de capacitação de entidades de defesa do consumidor para atuar no processo regulatório, além de estratégias de comunicação e de educação sobre o papel das agências e os direitos básicos dos setores regulados.

Conclusão

Em que pese o modelo de agências reguladoras atualmente ser considerado a mais importante inovação no desenho institucional do Estado brasileiro das últimas décadas (RAMALHO, 2007), o sistema regulatório do país ainda carece de aperfeiçoamento, daí os esforços do poder público nos últimos sete anos para o desenvolvimento dos chamados mecanismos de melhoria e governança regulatória. Se em um primeiro momento o debate sobre a regulação e o papel regulador do Estado se relacionava com típica questão de engenharia institucional, em meio a teorias políticas e econômicas fortemente marcadas pelo embate quanto ao tamanho, limites e ao papel do Estado, a tônica das discussões mais recentes – espelhada nos países mais desenvolvidos, com larga experiência regulatória – tem apontado para uma agenda de qualidade por meio do desenvolvimento de estruturas institucionais e instrumentos condutores capazes de contribuir para o aprimoramento do sistema regulatório brasileiro, mediante, especialmente, o fortalecimento da transparência, da participação e da *accountability*⁵⁸ das agências reguladoras.

Ao invés de menos regulação ou simples “desregulação”, em uma perspectiva meramente quantitativa e reducionista com relação ao papel

regulador do Estado, busca-se atualmente uma “melhor regulação” (*better regulation*), também compreendida como “boas práticas regulatórias”, consentânea com a busca do bem comum e com os desafios atuais de uma sociedade complexa, plural e globalizada.

A partir da reflexão sobre os aspectos gerais da regulação, a adoção do modelo de agência independente para a proteção e a defesa da saúde da população e a conformação social e econômica do papel regulador do Estado, foram apresentadas algumas experiências e expectativas com relação ao desenho e implantação de um programa de boas práticas regulatórias na Anvisa, alinhado às diretrizes e esforços governamentais para o fortalecimento e melhoria do sistema regulatório brasileiro.

Em síntese, a elaboração transparente e participativa de uma agenda regulatória, a implantação da AIR como ferramenta de gestão e o fortalecimento da participação social na regulação, associados à sistematização e coordenação do processo de regulamentação da Anvisa, constituem as principais estratégias de execução do referido programa para o alcance de seus objetivos e podem consubstanciar-se em importante fonte de contribuição para o debate e o aprimoramento da experiência regulatória brasileira.

Essa perspectiva, sem dúvida alguma, contribui para que a Anvisa caminhe em direção à sua visão de futuro⁵⁹, deixando de ser uma entidade meramente aplicadora de normas e sanções, atuando como vetor de mudanças gradativas e sistemáticas dos comportamentos sanitários por meio de instrumentos capazes de enfrentar a natureza dinâmica e complexa da realidade sanitária do país. Também possibilita à agência melhor suportar o caráter volátil dos conflitos de interesses existentes nas relações de produção e consumo, procurando fortalecer o seu papel regulador na perspectiva de cumprir com sua finalidade institucional em perfeita sintonia com a nova ordem econômica e social brasileira.

É importante salientar que não se trata de uma proposta acabada, isenta de críticas, mas apenas um ponto de partida para a necessária reflexão e modernização das práticas regulatórias no campo da vigilância sanitária, bem como o reconhecimento de que a modelagem e o aperfeiçoamento do desenho institucional do sistema regulatório brasileiro como um todo carecem de ampla discussão frente aos desafios que ainda se lhes deparam na atualidade.

Significa dizer que o Estado brasileiro deverá estar devidamente aparelhado de modo a responder adequadamente às inúmeras demandas que lhe serão apresentadas pela sociedade, inclusive no que se refere à qualificação e habilidade técnicas dos profissionais, que atuarão com novas ferramentas regulatórias, e aos arranjos e processos organizacionais que permitirão o rito, a permeabilidade e a transparência necessários à sua implantação e funcionamento, além da constante reflexão e acompanhamento de seus resultados, a fim de alcançar os contornos mais precisos para o efetivo cumprimento dos objetivos da chamada reforma regulatória.

Notas

- ¹ Diversas autarquias e órgãos da administração direta com competências regulatórias podem ser citados como exemplo do papel regulador do Estado, muito antes da criação das primeiras agências reguladoras na segunda metade da década de 1990. Na administração indireta, podemos citar como exemplo de entidades dotadas de função reguladora o Banco Central do Brasil; o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a Comissão de Valores Mobiliários. Na administração direta, podemos citar o Ministério do Trabalho e Emprego; o Departamento Nacional da Produção Mineral e o Serviço Florestal Brasileiro.
- ² “A presença de falhas de mercado significa que as decisões dos agentes econômicos são tomadas em um ambiente em que existe incerteza, oportunismo e custos para obter informação, circunstâncias não previstas, entre outros fatores” (BOARATI, 2006, p. 74).
- ³ Segundo Resende (2009a, p. 62), “a regulação é um dos mais importantes instrumentos à disposição da sociedade para corrigir falhas de mercado em mercados onde estas falhas são grandes e inevitáveis”.
- ⁴ Barreiras à entrada são fatores que dificultam ou impedem o ingresso de novos concorrentes no mercado. São exemplos de barreiras: a) restrições legais à concorrência (monopólios, concessões e autorizações públicas, patentes); b) controle de recursos ou insumos escassos; c) práticas de eliminação de rivais em potencial; d) grandes custos irrecuperáveis (mercados cuja entrada demanda grandes investimentos iniciais; *sunk costs* ou custos enterrados); e) vantagens de custos sobre os demais concorrentes (superioridade técnica, economias de escala) (RESENDE, 2009b).
- ⁵ “O nome perigo moral vem do fato de que existe perigo ou a possibilidade de o indivíduo atuar de maneira antiética ao não zelar pela integridade do seu patrimônio” (RESENDE, 2009b, p. 26).
- ⁶ Para uma distinta abordagem acerca da teoria positiva da regulação, consultar Mueller (2009).
- ⁷ O art. 170 da Constituição Federal de 1988 dispõe que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios de soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre-concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto

- ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país (NERY JÚNIOR, 2006).
- ⁸ Apesar do destaque alcançado pelo controle de medicamentos nos últimos anos, foi “o controle de portos, aeroportos e fronteiras” que deu “origem a todo o sistema de vigilância sanitária desenvolvido no Brasil” (BRASIL, 2005, p. 170). “A grande preocupação das autoridades de saúde” à época “era com a entrada das doenças no país por meio dos portos (principalmente a peste)”. Para tanto, diversas medidas sanitárias foram adotadas para o controle das doenças pestilenciais, entre elas, a varíola, a malária, a febre amarela, tendo sido estabelecidos vários regulamentos para a inspeção das embarcações, a obrigatoriedade da quarentena e o tratamento dos escravos, bem como das mercadorias transportadas pelos navios, antes de desembarcarem (BRASIL, 2006, p. 9).
- ⁹ O processo de criação das agências reguladoras no Brasil tem sido marcado pela falta de padronização de uma modelagem institucional e pela diversidade de motivações na concepção de cada entidade. Na esfera federal, o país conta atualmente com dez agências, criadas por leis específicas em momentos e circunstâncias distintos, com motivações e finalidades peculiares a cada setor regulado, a saber: Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), em 1996; Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), em 1997; Agência Nacional de Petróleo (ANP), em 1997; Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), em 1999; Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), em 2000; Agência Nacional de Águas (ANA), em 2000; Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), em 2001; Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), em 2001; Agência Nacional do Cinema (Ancine), em 2001, e Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), em 2005.
- ¹⁰ Souto (2004, p. 140) destaca a esse respeito que “o compromisso do governo em mudar a função do Estado brasileiro estava articulado a um projeto internacional que tinha começado no final da década de 1980 – o chamado Consenso de Washington”. O referido Consenso tratou-se de um “encontro realizado em Washington, Estados Unidos, em novembro de 1989, patrocinado pelo Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional, Banco Interamericano de Desenvolvimento e governo estadunidense para discutir políticas econômicas para a América Latina na linha da desregulação de mercados e garantir liberdade de ação para os capitais privados, o que implicou abertura econômica, privatização das estatais, revisão dos direitos trabalhistas e reforma do Estado” (GOMES, 2000 *apud* SOUTO, 2004, p. 140).
- ¹¹ “No modelo liberal ou residual, o Estado somente intervém quando o mercado impõe demasiadas penas a determinados segmentos sociais e onde os canais “naturais” de satisfação das necessidades – esforço individual, a família, o mercado, as redes comunitárias – mostram-se insuficientes” (VIANNA, 2000, p. 24). Segundo Bresser Pereira (1996, p. 7), “a diferença entre uma proposta de reforma neoliberal e uma social democrática está no fato de que o objetivo da primeira é retirar o Estado da economia, enquanto que o da segunda é aumentar a governança do Estado, é dar ao Estado meios financeiros e administrativos para que ele possa intervir efetivamente sempre que o mercado não tiver condições de coordenar adequadamente a economia”. Bresser Pereira (2002, p. 20) também esclarece que “a reforma gerencial de 1995 adotou uma abordagem gerencial da gestão pública e uma abordagem social-democrática e social-liberal do papel do Estado. A reforma é gerencial porque extrai a inspiração da gestão de empresas privadas, e porque adota a promoção de autonomia e *accountability* das agências públicas como estratégia básica para atingir mais eficiência e qualidade. É democrática, porque pressupõe a governança democrática, faz do controle social pela sociedade civil uma forma principal de *accountability* política, e requer

transparência das agências públicas. É social-democrática, porque afirma o papel do Estado de garantir a proteção eficaz dos direitos sociais. É social-liberal, porque acredita no mercado como um excelente, mas imperfeito, agente de alocação de recursos, e vê a terceirização de serviços e a competição controlada como excelentes ferramentas de *accountability*”.

- ¹² Aqui vale lembrar que à época das privatizações ocorridas durante a década de 1990, o Brasil já contava com entidades dotadas de função regulatória e que na experiência brasileira nem todas as agências reguladoras surgiram em um contexto de desestatização ou de privatização. Dada a diversidade de agências e setores, diferentes motivações e contextos devem ser considerados para a conformação do sistema regulatório brasileiro. Acerca dessa diversidade, ver notas de rodapé nº 2 e nº 10.
- ¹³ Organizada em divisões: Administrativa (DA), Planejamento (Diplan), Legal (Dileg), Portos, Aeroportos e Fronteiras (Dipaf), Medicamentos (Dimed), Alimentos (Dinal), Cosméticos (Dicop) e Saneantes Domissanitários (Disad), a antiga secretaria tinha por finalidade programar, organizar, coordenar, controlar, avaliar, supervisionar e executar ações normativas em relação às atividades de promoção, proteção e recuperação da saúde, relacionadas a produtos, bens, ambientes e atividades de interesse da população (BRASIL, 2005; 2006; SOUTO, 2004).
- ¹⁴ A partir daí, o movimento sanitário, oriundo dos Departamentos de Medicina Preventiva de algumas universidades brasileiras, teria se disseminado na sociedade civil e avançado para as instituições, ocupando importante papel no processo de reforma sanitária no Brasil (SOUTO, 2004). Segundo Costa (2004, p. 428), “o reordenamento jurídico pactuado no processo de redemocratização reconheceu direitos de cidadania, conferindo legitimidade, pelo amparo constitucional, a interesses coletivos que puderem apresentar-se de forma mais visível, com maiores possibilidades de afirmação”.
- ¹⁵ Do inglês *Acquired Immunodeficiency Syndrome* ou Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (Sida). A Aids é uma doença do sistema imunológico causada pelo retrovírus HIV, do inglês *Human Immunodeficiency Virus*.
- ¹⁶ Esse encontro foi promovido pelos órgãos de vigilância sanitária do Distrito Federal e dos estados do Rio de Janeiro, Pará, Minas Gerais, Paraná, São Paulo, Goiás, Santa Catarina e Maranhão, com o objetivo de discutir os novos rumos da vigilância sanitária no Brasil (BRASIL, 2005).
- ¹⁷ Na dicção do art. 196 da Constituição, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (NERY JÚNIOR & NERY, 2006).
- ¹⁸ Ediná Alves Costa (2004, p. 293) observa que o “período que se segue à proclamação da nova ordem jurídica é de intensa atividade regulatória em virtude dos dispositivos constitucionais que asseguram direitos de cidadania, determinam o controle social de novos objetos e impõem original organização político-administrativa em vários aspectos da vida social”.
- ¹⁹ Nascido “a partir da constatação da incapacidade do mercado de consumo de proteger efetivamente o consumidor com suas próprias leis”, o Código de Defesa do Consumidor “possibilitou a criação de uma nova relação entre Estado, sociedade e a vigilância sanitária. “Ao estabelecer, como direitos básicos do consumidor, a proteção, a saúde e a segurança contra riscos decorrentes do consumo de produtos ou serviços perigosos e nocivos”, bem como “o direito à informação clara sobre os produtos e serviços”, esse Código reforçou a legislação específica de vigilância sanitária relacionada à proteção da saúde do cidadão (EDUARDO & MIRANDA, 2002).

- ²⁰ Embora o período de 1992-1994 tenha se caracterizado politicamente por sucessivas mudanças de dirigentes na antiga Secretaria de Vigilância Sanitária, alguns avanços foram importantes para o desenvolvimento da Política Nacional de Vigilância Sanitária. O Mercosul, a Lei de Patentes, os medicamentos genéricos e a discussão da qualidade total refletiram na atuação da vigilância sanitária, particularmente na área de produtos e serviços, proporcionando benefícios que mais tarde seriam reconhecidos pela sociedade (SOUTO, 2004).
- ²¹ Estudo realizado em 1999 aponta que os medicamentos, segundo as estatísticas divulgadas pelo Sinitox, vêm ocupando, desde 1994, o primeiro lugar no conjunto dos 13 agentes tóxicos considerados. Entre 1993 e 1996, esses produtos respondiam por aproximadamente 27% dos casos de intoxicação registrados no país. A análise dos casos de intoxicação provocados por medicamentos mostraram que 40% são acidentais e as principais vítimas são crianças menores de cinco anos. Esse agente tóxico vem preocupando há algum tempo as autoridades e profissionais de saúde de países como os Estados Unidos, Costa Rica, Uruguai e Portugal, pelo aumento do volume dos casos de intoxicação que o colocam em primeiro lugar nas estatísticas dessas localidades (BORTOLETTO & BOCHNER, 1999).
- ²² Segundo a explicação dada à época pela empresa, o fato teria sido consequência do roubo de 644 mil cartelas do produto, que haviam sido preenchidas com amido para testes em um novo equipamento de embalagem, e foram colocadas indevidamente à disposição dos consumidores (BRASIL, 2005; COSTA, 2004).
- ²³ “Produtos falsificados chegam, inclusive, a hospitais públicos do país”, destaca Costa (2004, p. 371). Em julho de 1998, “um aposentado morreu de câncer de próstata após tomar por alguns meses o remédio do lote falsificado, distribuído por um hospital de Belo Horizonte”, relata o jornalista e escritor Eduardo Bueno. “Na mesma época, várias outras mortes foram atribuídas ao remédio falso”, acrescenta (BRASIL, 2005, p. 163-4).
- ²⁴ Até aquele momento, o modelo de agências reguladoras havia sido utilizado apenas nos setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo. A Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) foi a primeira agência reguladora instituída no Brasil no âmbito federal, por meio da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Em seguida, surgiram a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), criada pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e a Agência Nacional de Petróleo (ANP), criada pela Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.
- ²⁵ É importante registrar que a expressa previsão legal desse propósito institucional no Poder Público constitui um marco para a história da vigilância sanitária do país. Segundo as lições da professora Ediná Alves Costa (2001, p.44), nenhum documento jurídico anterior à Lei nº 9.782/99 teria deixado tão claro que a proteção da saúde seria a finalidade última da instituição, abrindo espaço para uma compreensão social de vigilância sanitária, além de uma concepção meramente cartorial (burocrática) e policiaesca (penalizadora), convergindo, portanto, para os avanços obtidos a partir da 8ª Conferência Nacional de Saúde, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a publicação das Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90.
- ²⁶ O Sistema Nacional de Vigilância Sanitária é um subsistema do Sistema Único de Saúde (SUS) que compreende o conjunto de ações executado por instituições da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que exerçam atividades de regulação, normatização, controle e fiscalização na área de vigilância sanitária (BRASIL, 1999). A Lei Orgânica da Saúde (LOS), Lei nº 8.080, de 1990, determina como uma das competências da direção nacional do SUS definir e coordenar o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, coordenação esta atribuída à Anvisa por sua lei de criação, a Lei nº 9.782, de 1999 (COSTA, 2004).
- ²⁷ “As ações de portos, aeroportos e fronteiras visam proteger não apenas a saúde da população de riscos relacionados à circulação de mercadorias e pessoas, como também a agricultura e

- os rebanhos contra a introdução de doenças exóticas, que podem acarretar enormes prejuízos econômicos” (COSTA, 2004, p. 81).
- ²⁸ O contrato de gestão é o instrumento de avaliação da atuação administrativa da autarquia e de seu desempenho, estabelecendo os parâmetros para a administração interna bem como os indicadores que permitem quantificar, objetivamente, a sua avaliação periódica (BRASIL, 1999).
- ²⁹ A estratégia adotada no “Programa Mais Saúde: Direito de Todos” articula o aprofundamento da reforma sanitária brasileira com um novo padrão de desenvolvimento comprometido com o crescimento, o bem-estar e a equidade. Segundo consta do referido programa, “o direito à saúde articula-se com um conjunto altamente dinâmico de atividades econômicas que podem se relacionar virtuosamente em um padrão de desenvolvimento que busque o crescimento econômico e a equidade como objetivos complementares” (BRASIL, 2008a, p.5-8).
- ³⁰ Concorrência imperfeita, externalidade, informação assimétrica e bens públicos são exemplos de falhas de mercado. Acerca do assunto, consultar o primeiro item desta seção.
- ³¹ A respeito das justificativas para a regulação de setores da economia e da sociedade consultar o primeiro item desta seção.
- ³² Alimentos, medicamentos, cosméticos, saneantes, sangue e derivados, equipamentos médicos, unidades de assistência ambulatorial, clínicas, hospitais, ações de assistência domiciliar, práticas de interesse à saúde, serviços de diagnóstico e terapia são exemplos de produtos e serviços regulados pela Anvisa (VECINA NETO, MARQUES & FIGUEIREDO, 2006).
- ³³ “As grandes multinacionais exportadoras estão sediadas na Suíça, na Alemanha, na Grã-Bretanha e na Suécia. Além desses países, apresentam também superávits elevados na área de farmacêuticos a Bélgica, a Dinamarca e a Irlanda, enquanto a França tem um pequeno superávit. Os países do Leste Europeu, a Coreia, a Austrália, a Itália, a Finlândia e a Noruega são importadores líquidos de produtos farmacêuticos, assim como o Japão, principal importador de drogas da OCDE” (RÊGO, 2001, p. 374).
- ³⁴ A legislação brasileira de propriedade industrial (Lei nº 9.279, de 1996) assegura ao inventor de produtos e processos farmacêuticos o direito de obter patente da propriedade do invento e a exclusividade de utilização do bem patenteado, mediante seu registro no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), após anuência prévia da Anvisa (BRASIL, 1999, 1996).
- ³⁵ “Os produtos farmacêuticos têm sido alvo da ação governamental na maioria dos países da OCDE há muitos anos, particularmente nas duas últimas décadas, quando, no bojo de amplas reformas sanitárias, têm sido adotadas inúmeras medidas para controlar os gastos e os preços dos medicamentos. Entre os países desenvolvidos, apenas os Estados Unidos não possuem qualquer tipo de regulação governamental para os preços dos medicamentos, o que não quer dizer que eles estejam totalmente livres” (RÊGO, 2001, p. 376).
- ³⁶ Indispensável à dignidade da pessoa humana, a vigilância sanitária é atualmente compreendida como “o conjunto de ações capazes de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e da circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo o controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, relacionem-se com a saúde, compreendidas todas as etapas de processo, da produção ao consumo, e o controle da prestação de serviços que também se relacionam direta ou indiretamente com a saúde” (BRASIL, 1990b).
- ³⁷ Assim como o art. 196 da Constituição Federal de 1988 (ver nota 17), a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080, de 1990) também reconhece a saúde como direito fundamental do ser humano, devendo o Poder Público prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício (BRASIL, 1990b).

- ³⁸ Art. 197 da Constituição Federal – “São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado” (NERY JÚNIOR & NERY, 2006).
- ³⁹ Sueli Dallari (1995, p. 30) observa que a Constituição Federal de 1988 adotou o conceito abrangente de saúde, englobando tanto a ausência de doença, quanto o bem-estar. No plano constitucional, observa-se que a vigilância sanitária foi contemplada como componente preventivo do direito à saúde e incluída entre as atribuições do Sistema Único de Saúde (C.F., art. 196 e art. 200). No plano infraconstitucional, a Lei Orgânica da Saúde organiza o SUS e define o papel e a abrangência da vigilância sanitária, transformando-a em um “instrumento de defesa da vida das pessoas” (CAMPOS, 2001, p. 9).
- ⁴⁰ Segundo Resende (2009b, p. 24), “a característica de não ser possível excluir uma pessoa do consumo do bem público torna o mercado ineficiente na provisão de bens públicos, justificando a ação do Estado para corrigir a alocação gerada pelas forças de mercado. No caso de provisão privada de um bem público, o nível de produção do mercado é inferior ao nível socialmente ótimo”. Isso se torna bastante evidente quando instituições privadas participam de forma complementar do SUS, mediante contrato de direito público ou convênio, conforme previsto no §1º, do art. 199, da Constituição Federal de 1988.
- ⁴¹ A POF é uma pesquisa realizada pelo IBGE por amostragem, na qual são investigados os domicílios particulares permanentes (Opas/OMS, 2005).
- ⁴² A Cmed, criada pela Lei nº 10.742, de 6 de outubro de 2003, é composta por representantes dos Ministérios da Saúde (que a preside), da Justiça, da Fazenda, do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, além da Casa Civil da Presidência da República (BRASIL, 2003b).
- ⁴³ “O termo iatrofarmacogenia se refere aos danos involuntários decorrentes da utilização de medicamentos sob orientação médica, que podem ser resultado do estágio atual do conhecimento clínico-farmacológico ou de problemas decorrentes de imperícia, imprudência ou negligência” (NASCIMENTO, 2003, p. 45).
- ⁴⁴ Acerca do assunto, consultar o item anterior desta seção.
- ⁴⁵ O uso da talidomida em vários países da década de 1960, entre eles Inglaterra, Canadá, Alemanha, Japão e Brasil, para prevenir ou diminuir enjôo matinal associado à gravidez, provocou o nascimento de mais de dez mil crianças com deformidade em 46 países (RESENDE, 2009c).
- ⁴⁶ “Além da regulação econômica há lugar para uma regulação ‘social’, que vise impedir resultados nocivos decorrentes do exercício da atividade para valores, como, por exemplo, a proteção do meio ambiente e do consumidor. Trata-se de regulamentar matérias em que a alocação de mercado é ineficiente, devido à existência de falhas de mercado, tais como externalidades e assimetrias de informação” (RESENDE, 2009c, p. 6).
- ⁴⁷ O termo governança regulatória é compreendido nesse contexto como o conjunto de fatores e instituições que influenciam o modo de atuação da Anvisa. O termo inclui também uma preocupação com as relações entre os diversos atores envolvidos no campo da vigilância sanitária (*stakeholders*) e os objetivos pelos quais a instituição orienta seu processo de tomada de decisão, particularmente no que se refere à regulamentação (WIKIPÉDIA, 2008; RAMALHO, 2008b).
- ⁴⁸ O Programa de Boas Práticas Regulatórias da Anvisa está alinhado, entre outros, às diretrizes constitucionais do SUS (descentralização, integralidade e participação da comunidade); à estratégia adotada no Programa Mais Saúde: Direito de Todos, do Ministério da Saúde, e ao Plano Diretor de Vigilância Sanitária (PDVISA).

- ⁴⁹ Quadro elaborado a partir de BRASIL, 2007a.
- ⁵⁰ Quadro elaborado a partir de BRASIL, 2007b.
- ⁵¹ Do inglês *Regulatory Impact Analysis (RIA)*.
- ⁵² O Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002, contém anexos, na forma de lista de verificação, incluindo algumas orientações sobre o modo de avaliação do problema e a solução proposta, os quais devem ser apresentados, com a justificativa técnica, quando do envio de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal para a Casa Civil (BRASIL, 2002; OCDE, 2008a, p. 65).
- ⁵³ Para o aprofundamento do estudo sobre análise de custo-benefício consultar PRADO, 2004 e BRASIL, 2007e.
- ⁵⁴ Para o aprofundamento do estudo sobre metodologias e ferramentas analíticas, consultar BRASIL, 2007e, PEPE et al., 2006 e OCDE, 2008b.
- ⁵⁵ Acerca do termo governança para os fins deste capítulo, consultar nota de rodapé nº 47. Para outras abordagens e aprofundamento do tema, consultar Mueller (2008).
- ⁵⁶ Tabela elaborada a partir dos dados disponíveis no site da Anvisa (<http://www.anvisa.gov.br/e-legis>).
- ⁵⁷ O ouvidor da Anvisa é indicado pelo ministro de Estado da Saúde e nomeado pelo presidente da República para um mandato fixo de dois anos, admitida uma recondução (BRASIL, 1999b).
- ⁵⁸ Não há vocábulo em português que corresponda ao termo inglês *accountability*. Mas a significação no contexto regulatório indica o dever de prestar contas dos próprios atos a um terceiro, de dispor de dados e informações e de arcar com as consequências de defeitos e falhas (JUSTEN FILHO, 2002, p. 137-8). Relaciona-se, de certo modo, às noções jurídicas de publicidade, motivação e responsabilidade.
- ⁵⁹ A visão de futuro da agência, segundo consta do site da Anvisa, é “ser agente de transformação do sistema descentralizado de vigilância sanitária em uma rede, ocupando espaço diferenciado e legitimado pela população, como reguladora e promotora do bem-estar social”.
- ⁶⁰ Anexo elaborado a partir de Ramalho, 2008b

Referências bibliográficas

- BARROS, José Augusto Cabral de. *Políticas farmacêuticas: a serviço dos interesses da saúde?* Brasília: UNESCO, 2004.
- BINENBOJM, Gustavo. Comentários sobre a relação entre governo e entes reguladores independentes. In: SALGADO, Lucia Helena e MOTTA, Ronaldo Seroa da. (ed.) *Marcos regulatórios no Brasil: incentivos ao investimento e governança regulatória*. Rio de Janeiro: IPEA, 2008, p. 170-174.
- BOARATI, Vanessa. *Economia para o Direito*. Barueri, SP: Manole, 2006.
- BORTOLETTO, Maria Élide; BOCHNER, Rosany. *Impacto dos medicamentos nas intoxicações humanas no Brasil*. Cad. Saúde Pública [online]. 1999, v. 15, n. 4, pp. 859-869. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-11X1999000400020&script=sci_arttext&tlng=en. Acesso em: 16/02/2009.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 set. 1990a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16/02/2009.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 set. 1990b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16/02/2009.

_____. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 15 mai. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 26/01/2009.

_____. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 jan. 1999a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16/02/2009.

_____. Decreto nº 3.029, de 16 de abril de 1999. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 abr. 1999b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16/02/2009.

_____. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Regulação econômica do mercado farmacêutico. Brasília: Agência Nacional de Vigilância Sanitária. 2000.

_____. Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002. Estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1 abr. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 27/02/2009.

_____. Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro: Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial. Brasília: Casa Civil, 2003a. 43 p. mimeo.

_____. Lei nº 10.742, de 6 de outubro de 2003. Define normas de regulação para o setor farmacêutico, cria a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) e altera a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 out. 2003b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 26/02/2009.

_____. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *À Sua Saúde – A Vigilância Sanitária na História do Brasil* / Eduardo Bueno. Brasília: Ministério da Saúde: Agência Nacional de Vigilância Sanitária. 2005.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. Subsecretaria de Assuntos Administrativos. *Organização Administrativa do Ministério da Saúde*: resumos executivos dos atos normativos/ Ministério da Saúde, Secretaria-Executiva, Subsecretaria de Assuntos Administrativos – Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2006. 164 p. – (Série E. Legislação de Saúde). Disponível em http://dtr2001.saude.gov.br/editora/produtos/livros/pdf/06_0413_M.pdf. Acesso em 16/02/2009.

_____. Decreto nº 6.062, 16 de março de 2007a. Institui o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG), e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 mar. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 27/02/2009.

_____. Portaria nº 422, 15 de abril de 2008b. Institui o Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação no âmbito da Agência Nacional de Vigilância Sanitária e dá outras providências.

Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 abr. 2008. Disponível em: <<http://e-legis.anvisa.gov.br/leisref/public/showAct.php?id=33314&word=>>>. Acesso em: 27/02/2009.

_____. Ministério da Saúde. Portaria GM/MS nº 1.052, de 8 de maio de 2007b. Aprova e divulga o Plano Diretor de Vigilância Sanitária. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 maio 2007. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2007/GM/GM-1052.htm>>. Acesso em: 27/02/2009.

_____. *Seminário Internacional Avaliação do impacto regulatório – experiências e contribuições para a melhoria da qualidade da regulação*. Brasília: Anvisa, 2007c. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=535&cat=250&sec=26>>. Acesso em: 27/02/2009.

_____. Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – Conmetro. Resolução nº 5, de 18 de dezembro de 2007d. Dispõe sobre a aprovação do Guia de Boas Práticas de Regulamentação. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 dez. 2007. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/legislacao/resc/pdf/RESC000208.pdf>>. Acesso em: 27/02/2009.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. *Mais saúde: direito de todos: 2008a – 2011* / Ministério da Saúde, Secretaria-Executiva. 2. ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008. 100 p. : il. (Série C. Projetos, Programas e Relatórios). Disponível em <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/pacsauade/programa.php>. Acesso em: 16/02/2009.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*. Fundação Escola Nacional de Administração Pública, v. 47, n. 1, jan.-abr. Brasília: ENAP, 1996, p. 7-29.

_____. Reforma da nova gestão pública: agora na agenda da América Latina, *Revista do Serviço Público*. Fundação Escola Nacional de Administração Pública, v.1, n.1, nov. 1937. Ano 53, n.2, Abr-Jun/2002. Brasília: ENAP, 1937. Trimestral. Disponível em: http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=2645&Itemid=129. Acesso em: 16/02/2009.

CAMPOS, Gastão Wagner Sousa. Vigilância Sanitária: Responsabilidade Pública na Proteção e Promoção da Saúde. In: *Conferência Nacional de Vigilância Sanitária*, 2001, Brasília. *Caderno de Textos*. Brasília: Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2001. p. 9-17.

COSTA, Ediná Alves. Políticas de Vigilância Sanitária: balanço e perspectivas. In: *Conferência Nacional de Vigilância Sanitária*, 2001, Brasília. *Caderno de Textos*. Brasília: Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2001. p. 37-52.

_____. Vigilância Sanitária: proteção e defesa da saúde. In: ROUQUAYROL, M. Z.; ALMEIDA Filho, N. *Epidemiologia & Saúde*. 6ª ed. Rio de Janeiro: MEDSI, 2003. p. 357-387.

_____. *Vigilância Sanitária: proteção e defesa da saúde*. 2ª ed. aumentada. São Paulo: Sociedade Brasileira de Vigilância de Medicamentos, 2004.

CUÉLER, L. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os Estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995.

EDUARDO, Maria Bernadete de Paula & MIRANDA, Isaura Cristina Soares de. Manual de Vigilância Sanitária para gestores municipais de serviços de saúde. In: *Projeto Saúde & Cidadania*, vol. 8. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, 1998. Disponível em http://www.saude.sc.gov.br/gestores/sala_de_leitura/saude_e_cidadania/index.html. Acesso em 16/02/2009.

FARDELONI, Lucídio Cristóvão & BRANCHI, Bruna Angela. Mudanças recentes no mercado farmacêutico. *Rev. FAE*, Curitiba, vol 9, nº 1, p. 139-152, jan / jun, 2006.

FERNANDÉZ, Carlos, Garcia. La Manifestación de Impacto Regulatorio – MIR: una MIRada a la regulación de calidad. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: Anvisa, 2009. p. 275-287.

GADAMER, Hans-Georg. *O caráter oculto da saúde*. Tradução de Antônio Luz Costa. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. *São Paulo: Dialética, 2002*.

IDEC. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Projeto Fortalecimento da Capacidade Técnica da Participação Social nos Processos de Regulação*. São Paulo: Idec, 2007. Disponível em: http://www.idec.org.br/arquivos/bid/resumo_projeto_Bid_120508.pdf. Acesso em: 28/02/2009.

LUCCHESI, Geraldo. *Globalização e regulação sanitária: os rumos da vigilância sanitária no Brasil*. Brasília: Anvisa, 2008.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MELLO, Dirceu Raposo de & RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Boas Práticas Regulatórias: previsibilidade e transparência na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: Anvisa, 2009. p. 229-251.

MUELLER, Bernardo. Regulação, informação e políticas: uma resenha da teoria política positiva da regulação. In: *Instituições regulatórias*. Brasília, 2009. Apostila (Curso de Atualização em Regulação Econômica). Centro de Estudos em Regulação de Mercados/Centro de Investigação em Economia e Finanças, Universidade de Brasília. Mimeo.

_____. Uma abordagem econômica do modelo regulatório brasileiro. In: Seminário Internacional – A reforma regulatória no Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento – revisão interpares da OCDE sobre regulação no Brasil. Brasília: Presidência da República, 2008. Disponível em: www.mp.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/regulacao/eventos/080717_REG_Even_SIR_apreBernardo.pps. Acesso em: 27/02/2009.

NASCIMENTO, Marilene Cabral do. *Medicamentos: ameaça ou apoio à saúde?: vantagens e perigos do uso de produtos da indústria farmacêutica mais consumidos no Brasil: vitaminas, analgésicos, antibióticos e psicotrópicos*. Rio de Janeiro: Vieira e Lent, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Relatório sobre a Reforma Regulatória no Brasil: Fortalecendo a governança para o crescimento*. Brasília, 2008a. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/destaque/bb-ocde-relatorio-sobre-a-reforma-regulatoria>. Acesso em: 27/02/2009.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for Policy Makers. Version 1.1, 2008b. Regulatory Policy Division Directorate for Public Governance and Territorial Development*. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/44/15/40984990.pdf>. Acesso em: 27/02/2009.

OPAS/OMS, ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE/ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (Opas/OMS). BRASIL, Ministério da Saúde. *Avaliação da assistência farmacêutica no Brasil*. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde. BRASIL, Ministério da Saúde, 2005.

PARENTE, Virgínea. Governança regulatória: o caso da Aneel. In: SALGADO, Lucia Helena e MOTTA, Ronaldo Seroa da. (ed.) *Marcos regulatórios no Brasil: incentivos ao investimento e governança regulatória*. Rio de Janeiro: IPEA, 2008. p. 147-167.

PEPE, Vera Lúcia Edais; REIS, Lenice Gnocchi da Costa; NORONHA, Marina Ferreira de & SCHRAMM, Joyce Mendes. Avaliação em Saúde e Vigilância Sanitária: conceitos, estratégias e metodologias. In: SETA, MH.; PEPE, VLE.; OLIVEIRA, GO. *Gestão e Vigilância Sanitária: novos modos de pensar e de fazer*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006. v. 1.

PRADO, Maria Motta. A Análise de Custo-Benefício e o Direito. In: BITTAR, Eduardo C.B. e SOARES, Fabiana de Menezes (Orgs.). *Temas de Filosofia do Direito: Novos cenários, Velhas Questões*, Barueri. São Paulo: Manole, 2004. p.33-82.

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. *A Gramática Política das Agências Reguladoras: comparação entre Brasil e EUA*. Tese de doutorado. Centro de Pesquisa e Pós-graduação sobre as Américas. Universidade de Brasília, 2007.

_____. (Org.). Anvisa: Relatório Anual de Atividades 2005. Brasília: Anvisa, 2006. v. 1. 210 p. Disponível em: www.anvisa.gov.br. Acesso em: 26/01/2009.

_____. Relatório de Atividades da Anvisa - 2007. Brasília: Anvisa, 2008a. 160 p. Disponível em: www.anvisa.gov.br. Acesso em: 26/01/2009.

_____. *Boas Práticas Regulatórias: Guia para o Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação*. Brasília: Anvisa, 2008b. Disponível em: www.anvisa.gov.br. Acesso em: 27/02/2009.

RÊGO, Elba Cristina Lima. Políticas de Regulação do Mercado de Medicamentos: A Experiência Internacional. *Rev. BNDES*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 14, p. 367-400, Dez. 2000. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev1414.pdf>. Acesso em: 16/02/2009.

RESENDE, José Guilherme de Lara. *Noções de microeconomia*. Brasília, 2009a. Apostila (Curso de Atualização em Regulação Econômica). Centro de Estudos em Regulação de Mercados/Centro de Investigação em Economia e Finanças, Universidade de Brasília. Mimeo.

_____. *Economia da Regulação*. Brasília, 2009b. Apostila (Curso de Atualização em Regulação Econômica). Centro de Estudos em Regulação de Mercados/Centro de Investigação em Economia e Finanças, Universidade de Brasília. Mimeo.

_____. *Economia da Regulação da Saúde*. Brasília, 2009c. Apostila (Curso de Atualização em Regulação Econômica). Centro de Estudos em Regulação de Mercados/Centro de Investigação em Economia e Finanças, Universidade de Brasília. Mimeo.

SALGADO, Lucia Helena & MOTTA, Ronaldo Seroa da. Introdução. In: SALGADO, Lucia Helena e MOTTA, Ronaldo Seroa da. (ed.) *Marcos regulatórios no Brasil: incentivos ao investimento e governança regulatória*. Rio de Janeiro: IPEA, 2008. p. 11-24.

SANTOS, Luiz Alberto dos. A reforma regulatória no Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento – revisão inter pares da OCDE sobre regulação no Brasil. In: Seminário Internacional – A reforma regulatória no Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento – revisão inter pares da OCDE sobre regulação no Brasil. Brasília: Presidência da República, 2008. Disponível em: http://www.planejamento.gov.br/link_secretaria.asp?cod=2304&cat=250&sec=26&sub. Acesso em: 27/02/2009.

SILVA, Gustavo Henrique Trindade da. *A Anvisa e o compromisso de ajustamento de conduta sanitária: ajustando condutas, evitando punições*. Pós-graduação. Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca (Ensp). Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), 2006.

_____. *Constitucionalidade e legalidade das taxas de fiscalização de vigilância sanitária: aspectos doutrinários e jurisprudenciais*. II Curso de Extensão em Direito Sanitário. Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2002.

SOUTO, Ana Cristina. *Saúde e Política: A Vigilância Sanitária no Brasil 1976-1994*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Vigilância de Medicamentos, 2004.

VIANNA, Maria Lúcia Teixeira Werneck. *A americanização (perversa) da seguridade social no Brasil: Estratégias de bem-estar e políticas públicas*. Rio de Janeiro. Revan, UCAM, IUPERJ, 2000. 287 p.

VECINA NETO, Gonzalo; MARQUES, Maria Cristina da Costa & FIGUEIREDO, Ana Maria. Vigilância Sanitária no Brasil. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa et al. (Org). *Tratado de Saúde Coletiva*. São Paulo: Hucitec, Rio de Janeiro, Ed. Fiocruz, 2006. p. 691-731.

VENTURI, Caio Barros; VASQUES, Denise; NUNES, Priscila Amorim Belo & ISHI, Rogério. Política de Patentes e o Direito da Concorrência. In: PICARELLI, Márcia Flávia Santini; ARANHA, Márcio Iorio Aranha (Org.). *Política de patentes em saúde humana*. São Paulo: Atlas, 2001. p.154-191.

WIKIPÉDIA. Desenvolvido pela Wikimedia Foundation. Apresenta conteúdo enciclopédico. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Governan%C3%A7a_corporativa&oldid=14944837>. Acesso em: 30 set. 2008.

* Gustavo Henrique Trindade da Silva é bacharel em Direito com especialização em Direito Público e em Políticas Públicas e Gestão Estratégica da Saúde. Especialista em Regulação e Vigilância Sanitária da carreira de Regulação e Fiscalização de Locais, Produtos e Serviços sob Vigilância Sanitária. Atualmente ocupa o cargo de chefe da Unidade Técnica da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, com atribuições voltadas às atividades de regulação, bem como à implementação de políticas e à realização de estudos e pesquisas sobre tais atividades.

Relação de questionamentos contidos no formulário para elaboração de atos normativos da Anvisa

a) Grupo I (questionamentos relacionados com a análise do problema ou situação):

- 1) Descreva brevemente qual o problema ou a situação que a proposta pretende solucionar.
- 2) O problema ou situação está no âmbito de atribuições legais e regulamentares da Anvisa?
- 3) Em sua opinião, esse problema ou situação pode ser considerado como uma prioridade institucional? Por quê?
- 4) Em sua opinião, se a Anvisa não adotar alguma medida para resolver o problema ou situação qual seria a tendência com relação às consequências?
- 5) O problema ou situação já foi regulamentado por autoridades sanitárias em outros países?
- 6) Existem normas vigentes no Brasil que são aplicáveis ao problema ou situação? Quais?
- 7) Você poderia apontar medidas regulatórias alternativas, além da regulamentação, para a solução desse problema ou situação?
- 8) Em sua opinião, entre as alternativas apontadas há uma medida regulatória mais adequada que a regulamentação para solucionar esse problema ou situação?

b) Grupo II (questionamentos relacionados com a análise da proposta do ato normativo):

- 1) Quais são os objetivos pretendidos com a proposta desse ato normativo?
- 2) Quais são as medidas contidas no ato normativo para alcançar os objetivos pretendidos?
- 3) Em sua opinião, quais são os recursos necessários para a implementação do ato normativo proposto?
- 4) Quais são os benefícios esperados a partir da implementação do ato normativo proposto?
- 5) Em sua opinião, quais seriam os principais custos ou dificuldades relativos à implementação do ato normativo proposto?
- 6) Existem estimativas sobre os custos da implementação do ato normativo proposto?
- 7) Em sua opinião, os benefícios esperados superam os custos de implementação da proposta? Por quê?
- 8) A execução do ato normativo proposto depende da atuação de outros atores do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária ou de outros órgãos de governo?
- 9) Em sua opinião, há necessidade de algum período de adaptação das empresas ou órgãos de governo para o cumprimento do ato normativo proposto?
- 10) Em sua opinião, quais seriam os principais atores interessados em conhecer e discutir o ato normativo proposto?
- 11) Em sua opinião, qual(is) seria(m) o(s) melhor(es) mecanismo(s) existentes na Anvisa para viabilizar a consulta e a participação dos atores indicados?
- 12) Por favor, aponte os documentos de referência que foram utilizados para elaboração do ato normativo proposto.

Fonte: Elaboração própria⁶⁰

QUARTA PARTE
DESAFIOS DA REGULAÇÃO NO BRASIL

DEZ ANOS DE REGULAÇÃO

Jorge S. Accurso

A criação da Agergs

A Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (Agergs), criada pela Lei Estadual nº 10.931, de 9 de janeiro de 1997, é uma das primeiras agências reguladoras estabelecidas do país¹. A Agergs é uma autarquia com autonomia financeira, funcional e administrativa que tem como objetivos principais: a) assegurar a prestação de serviços adequados observando a regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade tarifária; b) garantir a harmonia de interesses dos usuários e delegatários de serviços públicos; c) zelar pelo equilíbrio econômico-financeiro dos serviços públicos delegados.

A atuação da Agergs abrange os serviços públicos prestados de competência do estado ou a ele delegados por outros entes federados, em decorrência de norma legal ou regulamentar, dispositivo convenial ou contratual. As áreas de atuação previstas na Lei nº 10.931 reguladas pela Agergs são: energia elétrica (convênio com a Aneel), rodovias concedidas, travessias hidroviárias, transporte intermunicipal de passageiros, estações rodoviárias, saneamento e irrigação. Para o exercício dessas atribuições, a Agergs conta com um quadro de funcionários próprios e selecionados por concurso público. O total de 61 servidores concursados e a previsão de 17 cargos em comissão ou função gratificada e de dois assessores especiais foi estabelecido pela Lei nº 10.942, de 23 de março de 1997, com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.292, de 23 de dezembro de 1998. Contudo, passados dez anos de sua criação, a Agergs ainda não logrou êxito no preenchimento de todos os cargos previstos na legislação. A esse corpo

funcional, agregam-se sete conselheiros designados pelas partes envolvidas nos serviços públicos delegados, com mandatos de quatro anos, todos eles submetidos à aprovação da Assembleia Legislativa². O organograma da agência é apresentado abaixo, na figura 1.

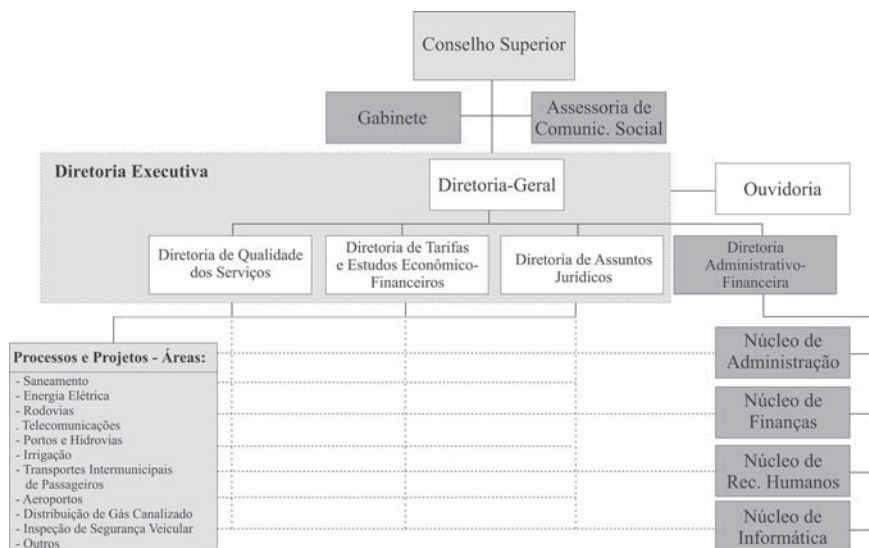
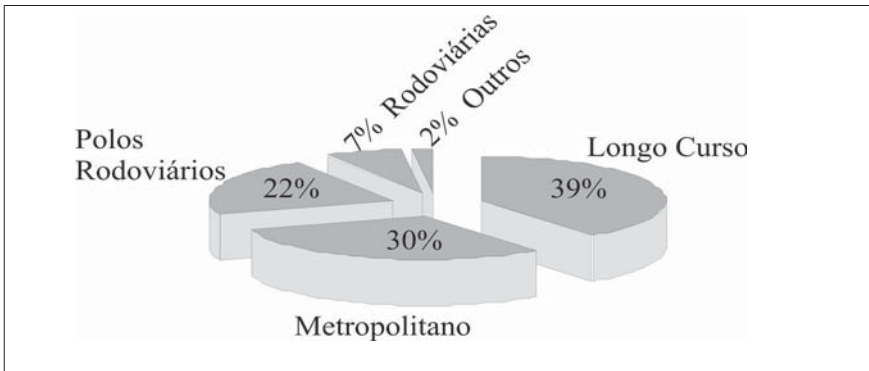


Figura 1: Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (Agergs)

Para manutenção de suas atividades, a Agergs conta com receita própria, adquirida por meio da Taxa de Fiscalização e Controle dos Serviços Públicos Delegados (Tafic)³, que possibilitou à agência conquistar sua autonomia financeira, a partir de 2001. A Agergs conta ainda com recursos provenientes de convênios, como os da Aneel, em vigor. Futuramente, serão firmados convênios também com os municípios gaúchos relativos à regulação dos serviços de saneamento delegados a terceiros pelos poderes municipais. A maior parte dos recursos da Tafic provém do transporte rodoviário de passageiros da Região Metropolitana de Porto Alegre (TIP Metropolitano) e do transporte intermunicipal (TIP Longo Curso). Os recursos arrecadados pela Tafic têm gerado sucessivos superávits, montantes esses que não têm sido utilizados nas atividades regulatórias, pois ficam disponíveis no caixa único estadual e dependem de liberação.



Fonte: Agergs

Gráfico 1: Arrecadação da Agergs por origem em 2007

Tabela 1: Evolução das receitas, despesas totais e do superávit da Agergs

Recursos	2003		2004		2005		2006		2007	
	R\$ Mil	%	R\$ Mil	%	R\$ Mil	%	R\$ Mil	%	R\$ Mil	%
Receitas	7.414,44	100,00	9.634,56	100,00	11.256,13	100,00	11.525,87	100,00	12.996,54	100,00
Despesas	5.912,58	79,70	7.277,47	75,50	6.711,49	59,60	5.981,72	51,90	6.143,61	47,27
Superávit	1.501,86	20,30	2.357,09	24,50	4.544,64	40,40	5.544,15	48,10	6.852,93	52,73

Fonte: Agergs

O exercício da regulação

A atividade de regulação passa a fazer parte do universo administrativo brasileiro a partir das privatizações dos anos 1990. O modelo de financiamento público de atividades econômicas, responsável pelo expressivo crescimento do PIB nos anos 1970, esgota-se e, associado à crise da década de 1980 – na qual os sucessivos planos de estabilização econômica naufragaram –, leva o setor público à completa inanição. Dessa forma, no início dos anos 1990, o diagnóstico preponderante no país era de debelar o processo inflacionário que sufocava a atividade econômica e da necessidade de recuperação e ampliação da infraestrutura: estradas, ferrovias, telefonia, portos e energia elétrica eram os focos principais. Com o financiamento público exaurido, a

prestação de bens e serviços, até então realizada por empresas públicas, passa para a esfera privada com o objetivo de sustentar o crescimento econômico de longo prazo.

Para tanto, um novo arranjo institucional é implantado. São criadas as agências de regulação, com o objetivo de dar segurança ao investidor privado, garantindo-lhe regras claras e estáveis de longo prazo, com preços fixados e cronogramas de investimento transparentes. A partir do início da década de 1990, ocorreu a venda do controle de mais de 100 empresas e concessionárias de serviços públicos, diminuindo a participação do Estado na economia, ampliando os serviços e recuperando empresas que caminhavam para a falência. Até 2005, os negócios ultrapassaram US\$ 90 bilhões.

As agências de regulação, no Brasil, foram criadas para ser menos políticas e mais técnicas e, para tanto, com autonomia administrativa e financeira em relação ao Poder Executivo. Na prática, passados mais de dez anos da implantação das agências, essas ainda sofrem ingerências, tanto de ordem política, quanto em relação ao acesso ao financiamento.

Além dos constrangimentos comuns às agências federais, à Agergs adiciona-se o fato de não ser o poder concedente das atividades a ela delegadas. Nesse contexto, a Agergs, desde a sua implantação, passa a travar embates administrativos com as empresas privadas prestadoras de serviços públicos e com os antigos órgãos públicos que ainda exercem a política e a fiscalização dos serviços delegados, agora submetidos à regulação. O surgimento da Agergs passa a ser um complicador na forma de operação dos serviços públicos até então executados.

A Agergs, por meio de publicidade e audiências públicas, passa a dar maior transparência aos processos de reajustes tarifários, disponibilizando tais cálculos em seu site, para que as partes envolvidas – usuários, poder concedente e empresas – possam se manifestar e instruir as decisões do Conselho Superior. Além de garantir maior transparência aos processos de reajuste, outra ação importante desempenhada pela Agergs foi a da exigência de apresentação dos balanços contábeis das empresas como forma de analisar e buscar a modicidade tarifária com o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Essa ação elementar trouxe reações adversas por

parte das empresas, mas ao mesmo tempo possibilitou uma legitimidade da Agergs nos seus apontamentos junto à sociedade.⁴

Uma das dificuldades da Agergs na regulação do transporte rodoviário de passageiros era a falta de informações sobre o sistema, já que mesmo o poder concedente não dispunha de estatísticas organizadas e consistentes. Para sanar essa deficiência, a Agergs contratou uma empresa de desenvolvimento de software com o propósito de elaborar um banco de dados que contemplasse a interação das informações existentes no poder concedente com as dos planos de contas. Agregado a essas informações, foi realizado levantamento georreferenciado de todos os trajetos/rotas de linhas existentes, permitindo o cruzamento de informações econômico-financeiras, por empresa e por viagem. Esse conjunto de informações propiciou que a Agergs ascendesse em relação ao poder concedente e às empresas como referência técnica, posicionando-se hoje como entidade necessária à formulação de propostas de melhoria para o sistema de transporte.

Ainda referente à atividade de transporte, merece ser destacada a elaboração de 22 notas técnicas sobre a operação do sistema na Região da Aglomeração Sul e da Nordeste.⁵ Essas notas técnicas contemplam um amplo levantamento de desembolsos e modos de operação das empresas, com o objetivo de elaborar uma nova planilha tarifária a partir da fixação de novos parâmetros e critérios de apropriação de custos. O conjunto das 22 notas técnicas foi submetido à consulta pública e representou um avanço no trato das questões tarifárias no estado.

Outra importante ação da Agergs, em sua busca de uma maior efetividade nos serviços delegados, foi a elaboração de indicadores de qualidade. O primeiro deles referia-se aos instrumentos de controle e monitoramento da qualidade das rodovias concedidas no âmbito do Programa Estadual de Concessões Rodoviárias (PECR). São propostos dois indicadores de qualidade: um para o pavimento (IQP), e outro para a sinalização (IQS). Esses indicadores cobrem 1.745,8 km de malha concedida, apenas excetuando os trechos urbanos. Os valores do IQP e do IQS expressam o percentual da extensão da rodovia que atendem às exigências contratuais de qualidade no pavimento e na sinalização, sendo apresentados por polos

de concessão e também por trechos concedidos. Foram realizados levantamentos para os anos de 2005, 2006 e 2007.

Outro indicador de averiguação da qualidade do serviço prestado ao usuário foi o das condições das estações rodoviárias, o Índice de Estrutura Física das Estações Rodoviárias (IEF-ER). Esse indicador avalia as condições físicas das estações rodoviárias, tais como banheiros, bebedouros, bar e restaurante, condições de acesso, serviço de quadro de avisos de horários, de acordo com as especificações técnicas dos contratos para cada tipo de estabelecimento.⁶ Esse indicador se apresenta na forma de percentual que expressa o quanto a estação rodoviária está de acordo com as normas estabelecidas. O IEF-ER surgiu como instrumento de fiscalização das condições das estações rodoviárias, muitos demandados pelo Ministério Público. O IEF-ER está atualmente em consulta pública para o recebimento de sugestões e aperfeiçoamento.

A fiscalização das condições de fornecimento de energia elétrica é delegada à Agergs, mediante convênio, pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel). Essa atividade regulatória é a que exige o maior contingente de técnicos. Apesar do maior volume de trabalho para a execução de suas ações, essa área conta, em contrapartida, com a facilidade de um marco regulatório estabelecido, com regras, procedimentos e metas estipuladas por concessionárias acerca das condições de fornecimento de energia elétrica, bem como a previsão de punições pecuniárias. O quadro jurídico/regulatório posto pela Aneel é exemplo de como a atividade de regulação deve-se pautar permitindo, assim, maior segurança às partes envolvidas.

O cotejo entre as atividades reguladas pela Agergs permite concluir que as de âmbito estadual a ela delegadas são as que apresentam maior dificuldade no exercício da regulação, se comparadas às de energia elétrica, de guarida federal. Essa dificuldade torna-se ainda mais constrangedora quando se sabe que ambas as agências foram criadas na mesma época. Passados mais de dez anos, a Agergs encontra-se confinada ainda a um espaço restrito, em função de não exercer o poder concedente das atividades a ela delegadas. O caráter eminentemente homologador, que o Poder Executivo atribuiu à Agergs, é fonte primária de todos os conflitos. A não submissão a esse entendimento tem gerado, nos diferentes governos, desconfortos muitas vezes difíceis de ser absorvidos.

Por outro lado, a regulação está incorporada à sociedade nos seus diferentes atores. Cada vez mais, a Agergs é solicitada por prefeituras, Assembleia Legislativa, Ministério Público, câmaras municipais e associações de usuários a se manifestar sobre a prestação de serviços delegados. Todas essas demandas são atendidas pela Agergs, algumas com mais eficiência do que outras. O crescente aumento de solicitações de informações e de esclarecimentos sobre os serviços públicos delegados decorre da presteza com que a Agergs as atende, legitimando assim sua vocação. O reconhecimento social da Agergs por diferentes instituições tem sido fator importante para que a ideia da regulação persista no estado.

Há, contudo, um grande limitador para que as ações regulatórias sejam eficazes. Apesar de constar na lei de sua criação, o poder de sanção ainda não foi regulamentado. Em decorrência dessa lacuna legal, muitos dos atos administrativos formulados se tornam inócuos, relegados a peças sem nenhum valor, o que enfraquece a imagem da Agergs. O enfrentamento dessa questão tem sido contornado, nos últimos anos, por meio do encaminhamento de processos ao Ministério Público para conhecimento e tomada de ações pertinentes. No entanto, ainda que essa prática logre êxito, e é o que se deseja, o resultado demanda tempo e a demora para o desfecho de questões de caráter eminentemente regulatório depõe contra a agência de regulação.

Participação popular

A Lei nº 11.075 de 6 de janeiro de 1998 institui o Código Estadual de Qualidade dos Serviços Públicos. O objetivo desse código é estabelecer padrões mínimos de qualidade dos serviços de natureza pública e dos bens de uso comum do povo, em âmbito estadual, prestados por empresas públicas, privadas e órgãos da administração direta e indireta, nos termos do artigo 175, parágrafo único, inciso IV, da Constituição Federal, artigo 163 da Constituição Estadual e artigo 22 da Lei Federal nº 8.078/90. Estabelece, ainda, que a qualidade dos serviços de natureza pública seja aferida por consultas científicas junto aos usuários e por indicadores de desempenho, tendo-se por objetivo:

- I) níveis crescentes de universalização dos serviços públicos;
- II) níveis crescentes de continuidade dos serviços públicos;
- III) níveis crescentes de rapidez no restabelecimento dos serviços públicos;
- IV) níveis crescentes na qualidade dos bens e serviços públicos;
- V) redução dos níveis de perda dos produtos;
- VI) melhoria da qualidade do ambiente e de vida da população.

O código de Qualidade dos Serviços Públicos atribui à Agergs, em seu art.4º, a formulação dos indicadores e de outros complementares em consulta anual aos usuários voluntários. Em razão do dispositivo legal, a Agergs instituiu o Cadastro de Usuários Voluntários, que consiste da inscrição voluntária de cidadãos maiores de idade e com residência no estado que desejem avaliar a prestação dos serviços públicos delegados. Cada usuário voluntário pode inscrever-se em uma ou mais atividades e, anualmente, recebe em sua residência os respectivos questionários. Os resultados das pesquisas são divulgados pela Agergs em seu site, veículos de imprensa e, anualmente, no Seminário de Usuários Voluntários.

A realização dos Seminários de Usuários Voluntários tem sido uma forma objetiva e eficaz de a Agergs fazer a aproximação das ações de regulação com o cidadão, com o usuário. Em cada seminário é escolhido um ou dois temas relativos às atividades reguladas e é feita uma breve exposição do tema por parte dos técnicos da Agergs. Em seguida é dada a palavra aos usuários. A manifestação destes tem-se mostrado profícua para pautar fiscalizações e estudos. Além da manifestação dos usuários, constituem-se grupos de trabalho entre usuários e técnicos da agência para debates e esclarecimentos sobre direitos e obrigações das partes envolvidas nas atividades delegadas. Ao término do seminário, é redigida uma ata na qual os principais pontos são elencados com as providências que a Agergs deverá proceder.

Tabela 2: Usuários voluntários cadastrados da Agergs

Usuários Voluntários Cadastrados da Agergs - 2007		
Áreas	Voluntários	%
Energia Elétrica	4.130	84,80
Saneamento-água	2.817	57,84
Estações Rodoviárias	2.153	44,21
Transporte de Passageiros-Longo Curso	2.185	44,87
Transporte de Passageiros-Metropolitano	919	18,87
Polos de Concessão Rodoviária	2.294	47,10
Travessias Hidroviárias	441	9,06
Total de Usuários Voluntários Cadastrados	4.870	100,00

Fonte: Ouvidoria da Agergs

Obs.: Cada usuário voluntário pode se cadastrar em mais de uma área

Além da consulta aos usuários voluntários, a Agergs realizou pesquisa de opinião com abrangência amostral nos anos de 2001 e 2007 para cada atividade delegada, com objetivo de cotejar os resultados. Em ambas as pesquisas, os resultados apurados apontam para o mesmo sentido, divergindo somente na intensidade, em que se constata um maior rigor na exigência da qualidade do serviço nas consultas com os usuários voluntários. O gerenciamento do Cadastro dos Usuários Voluntários é feito pela Ouvidoria da Agergs, que atende também às demandas do público em geral.

Tabela 3: Solicitações registradas na Ouvidoria da Agergs, por área, em 2007

Áreas	Voluntários
Energia Elétrica	4.286
Polos de Concessão Rodoviária	183
Transporte de Passageiros-Longo Curso	200
Agergs	86
Transporte de Passageiros-Metropolitano	167
Estações Rodoviárias	34
Travessias Hidroviárias	39
Diversos(Saneamento, Gás, Telecomunicações)	65
Total	5.060

Fonte: Ouvidoria da Agergs

A aproximação da Agergs com os usuários dos serviços públicos, mediante consultas e audiências públicas ou da ampla divulgação de suas ações, tem-se mostrado um forte aliado na disseminação da regulação, ainda que os resultados imediatos sejam pequenos. Todavia, a transparência dos atos regulatórios associada à participação plural dos agentes envolvidos nos serviços delegados – poder concedente, empresas e usuários – reveste-se como um fato novo na administração pública brasileira e estadual, contrangendo as antigas formas de condução dos serviços públicos e consolidando um caminho mais democrático e eficaz para o futuro.

Nota

- ¹ A Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) foi criada pela Lei nº 9.427 de 26 de dezembro de 1996.
- ² O Conselho Superior da Agergs é constituído por: três membros de livre-indicação do governador do Estado; um membro representante do quadro funcional da agência, indicado pelo governador do Estado, a partir de lista tríplice elaborada em eleição secreta entre os servidores efetivos; dois representantes dos consumidores, indicados, respectivamente, pelo órgão gestor do Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor e pelos conselhos de consumidores dos concessionários, permissionários e autorizatários de serviços públicos; e um representante dos concessionários, permissionários e autorizatários de serviços públicos, no Rio Grande do Sul. O Conselho Superior da Agergs tem caráter deliberativo.
- ³ A Tafic foi criada pela Lei nº 11.073/97 e modificada pela Lei nº 11.863/02. Ela é calculada sobre o faturamento total das empresas reguladas, classificadas por faixas de faturamento. Para cada faixa há alíquotas diferenciadas, sendo a média de 0,9%.
- ⁴ Os planos de contas instituídos pela Agergs referem-se ao transporte rodoviário, ao transporte hidroviário de passageiros e das estradas pedagiadas. Ainda hoje somente 50% das empresas de transporte rodoviário estão em dia com essa obrigação. Atualmente, a Agergs está elaborando um plano de contas para a atividade de saneamento.
- ⁵ O transporte rodoviário de passageiros está dividido nas seguintes regiões: Metropolitana de Porto Alegre, Aglomeração Urbana do Sul (municípios de Pelotas e Capão do Leão), Aglomeração Urbana Nordeste (município de Caxias do Sul e limítrofes) e de Longo Curso (demais linhas intermunicipais).
- ⁶ As estações rodoviárias são classificadas em quatro categorias e uma especial, a de Porto Alegre, com exigências diferentes de acordo com os respectivos faturamentos anuais.

* Jorge S. Accurso é graduado em Ciências Econômicas pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, é diretor-geral da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (Agergs) e professor da Instituição Educacional São Judas Tadeu.

DESAFIOS PARA A REGULAÇÃO SUBNACIONAL DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

Alceu de Castro Galvão Junior

Introdução

O surgimento das agências reguladoras no Brasil ocorreu durante o processo de reforma do Estado nos anos 1990, no qual setores da infraestrutura tiveram seus controles acionários abertos à participação da iniciativa privada. Inicialmente, o debate sobre as agências se deu mediante o encaminhamento de suas leis de criação ao Congresso Nacional, para, posteriormente, serem discutidos os conceitos básicos do modelo regulatório (PECI, 2007). Às agências caberiam as funções de organização e manutenção do equilíbrio do setor e do mercado regulado, bem como a resolução de conflitos entre poder concedente, concessionárias e usuários (DI PIETRO, 2004).

A par disso, a falta de discussão sobre o papel dessas instituições provocou, a princípio, insatisfação da opinião pública, que logo associou os aumentos tarifários dos serviços públicos privatizados à existência das entidades reguladoras. Ao mesmo tempo, alguns processos de privatização e de montagem de marcos regulatórios se concretizaram antes da existência das agências, o que dificultou a adaptação dessas ao ambiente institucional já estabelecido.

As primeiras agências reguladoras foram concebidas para regular os setores de energia, telefonia e petróleo, de titularidade da União, nos anos de 1996 e 1997. Na sequência, foram criadas as agências estaduais, em virtude da regulação de serviços de titularidade estadual como gás canalizado, transporte intermunicipal e saneamento básico¹, ou em alguns casos para também receber a delegação da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) com vistas à fiscalização dos serviços de distribuição de energia em cada estado.

Já as agências municipais, em sua maioria, foram criadas somente nos anos 2000, com o objetivo de regular os serviços de saneamento. Ao todo, são identificadas no país 36 agências reguladoras², sendo seis de âmbito nacional, 24 estaduais e seis municipais, conforme demonstrado no Quadro 1. Dessas, 72% têm menos de dez anos de existência. Tal fato reafirma a incipiência do modelo regulatório nacional por agências, quando comparado ao sistema norte-americano, cuja origem remonta ao final do século XIX.

Quadro 1: Leis de criação das agências reguladoras brasileiras

	AGÊNCIA	ANO	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2008
NACIONAL	ANEEL		Lei n° 9.427											
	ANATEL			Lei n° 9.472										
	ANP			Lei n° 9.478										
	ANCINE							MP n° 2.228 (1)						
	ANTAQ								Lei n° 10.233					
	ANTT								Lei n° 10.233					
ESTADUAL	ARCON (PA)		Lei n° 6.099											
	ARSAM (AM)					Lei n° 2.568								
	ATR (TO)						Lei n° 1.188 (2)							
	AGEAC (AC)									Lei n° 1.480				
	ARCE (CE)			Lei n° 12.786										
	AGERBA (BA)				Lei n° 7.314									
	ARSEP (RN)				Lei n° 7.463									
	ARPE (PE)						Lei n° 11.742							
	ARSAL (AL)							Lei n° 6.267						
	ARPB (PB)							Lei n° 7.033 (3)						
	CORESAB (BA)												Lei n° 11.172	
	ARSEP (MA)												Lei n° 8.915	
	AGER (MT)					Lei n° 7.101								
	AGR (GO)					Lei n° 13.550								
	AGEPAN (MS)							Lei n° 2.363						
	ADASA (DF)										Lei n° 3.365			
	AGETRANSP (RJ)			Lei n° 2.686 (4)										
	AGENERSA (RJ)			Lei n° 2.686 (4)										
	ARSESP (SP)			Lei n° 833 (5)										
	ARTESP (SP)								Lei n° 914					
	ASPE (ES)										Lei n° 7.860			
	ARSI (ES)													Lei n° 477
	AGERGS (RS)			Lei n° 10.931										
	AGERSP (SC)											Lei n° 7.843		
AGERSA (ES)					Lei n° 4.798									
AGENREG (MS)							Lei n° 3.873							
ARSAE (SP)							Lei n° 3.261							
AMAE (SC)								Lei n° 4.341						
ARSBAN (RN)								Lei n° 5.346						
ARSETE (PI)													Lei n° 5.346	

(1) Criada por medida provisória

(2) Originalmente denominada AGESAN, sendo modificada pela Lei 1.758/07

(3) Originalmente denominada AAGISA, sendo modificada pela Lei 7.843/05

(4) Originalmente denominada ASEF, sendo modificada pelas Leis 4.555/05 (AGETRANSP) e 4.556/05 (AGENERSA)

(5) Originalmente denominada CSPE, sendo modificada pelas Lei 1.025/07

Fonte: Elaboração do autor

Em relação às áreas de atuação das agências reguladoras, a Figura 1 demonstra que as agências nacionais e municipais atuam de forma geral em um único setor regulado, enquanto as estaduais são multissetoriais. Conforme evidencia a Figura 1, o setor de saneamento básico, em destaque, é o que apresenta o maior número de agências reguladoras.

Apesar de o mapa demonstrar amplo rol de competências, nem todas as agências atuam efetivamente na regulação dos serviços. Com efeito,

jurídico e resolver problemas referentes ao desenho dessas entidades. A discussão se encontra no Congresso Nacional desde 2004, no bojo do Projeto de Lei nº 3.337, porém ainda não se obteve consenso entre as diferentes visões sobre a regulação existentes no Parlamento e no governo federal.

No contexto de atuação das agências subnacionais, com efeito, é no saneamento básico em que ocorrem os maiores problemas, e conseqüentemente se situam os maiores desafios para esses entes. A regulação do saneamento se desenvolveu em ambiente de forte instabilidade institucional, devido à indefinição da titularidade nos sistemas de interesse comum e à ausência de política nacional para o setor. Como resultado, essa regulação ocorreu de forma particular em alguns estados e municípios até o início de 2007, quando foi promulgada a Lei nº 11.445, que estabeleceu diretrizes nacionais para o saneamento básico¹. O objeto dessa lei traz significativas repercussões sobre a legislação subnacional existente, sobretudo relacionada à regulação da prestação dos serviços.

Nesse sentido, o art. 21 da lei determina que a regulação deve atender aos seguintes princípios: “I) independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira da entidade reguladora; II) transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões”. Esses princípios se consubstanciam no desenho dos entes reguladores, os quais deverão apresentar características como, por exemplo, mandatos dos dirigentes, decisão colegiada, tecnicidade e quadro de pessoal qualificado.

Na Lei nº 11.445, a regulação é obrigatória sob pena de nulidade dos contratos e de restrição ao acesso a recursos da União. Considerando o saneamento básico como um setor de grande complexidade para se regular, em função de sua frágil institucionalidade e do caráter monopolista dos serviços, torna-se fundamental a análise dos principais desafios e perspectivas para as agências reguladoras nessa área. Portanto, o objetivo do presente trabalho é discutir os desafios postos às agências subnacionais para a regulação dos serviços de saneamento básico.

Diante da impossibilidade de exaustão, pretende-se limitar a discussão aos quatro principais desafios para as agências reguladoras, considerados pelo

autor como essenciais para o desenvolvimento da regulação setorial. Assim, serão estudados os seguintes temas:

- Universalização dos serviços;
- Políticas setoriais subnacionais;
- Desenho da regulação; e
- Operacionalização da regulação.

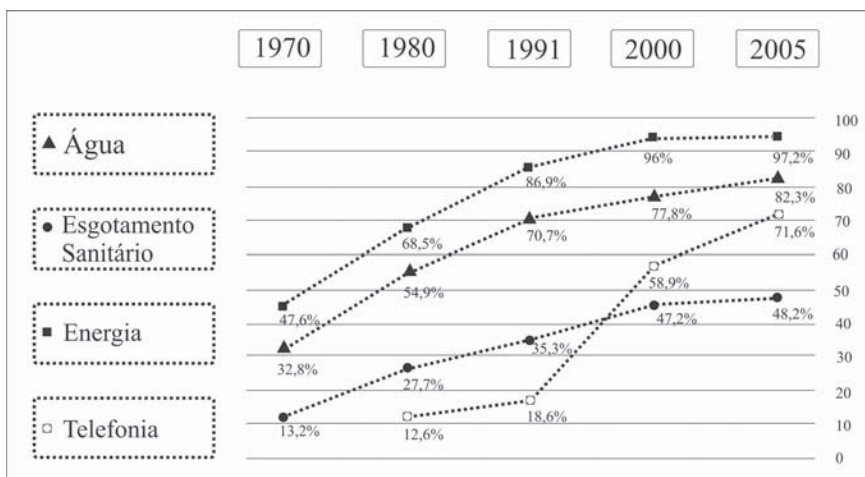
Na discussão de cada desafio é realizada uma abordagem conceitual dos temas, apresentação do estado da arte e análise das perspectivas das agências reguladoras.

Universalização dos serviços de água e esgoto

Diversos estudos apontam para a existência de forte correlação entre a falta de saneamento básico e a ocorrência de doenças de veiculação hídrica (HELLER et al., 2003; HUTTON e HALLER, 2004; TEIXEIRA e PUNGIRUM, 2005). Dessa forma, a universalização do acesso aos serviços de saneamento básico é fundamental para a sobrevivência e a dignidade da pessoa humana.

Para universalizar os serviços de água e esgoto no Brasil, estudos do Ministério das Cidades indicam ser necessários cerca de R\$ 178 bilhões até o ano de 2020 em investimentos de expansão e de reposição da infraestrutura (BRASIL, 2003), principalmente de esgotamento sanitário.

Com efeito, o nível e a velocidade de expansão da cobertura dos serviços de esgotamento sanitário tem sido inferior ao de outros serviços de infraestrutura (INSTITUTO TRATA BRASIL, 2007). Essa conjuntura é representada pelos índices de acesso aos serviços públicos, apresentados na Figura 2. Observa-se nessa figura que no período 1991-2005, a quantidade de telefones nos domicílios brasileiros aumentou cerca de 500%, enquanto a cobertura de água por rede geral foi ampliada em 77%. Já para os domicílios atendidos por rede geral de esgotamento sanitário, o aumento foi de quase 100%. Por sua vez, a distribuição de energia elétrica está próxima de atingir a universalização.



Fonte dos dados: IBGE, 2002; IBGE, 2003; IBGE, 2006.

Nota: *Os percentuais apresentados para cobertura de energia e telefonia, ano base 2000, foram obtidos da Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílio, ano base 2001 (IBGE, 2002), visto que o Censo 2000 não dispunha dessa informação. Quanto aos serviços de telefonia referentes ao ano de 1970, não há dados disponíveis para o período.

Figura 2: Acesso aos serviços de infraestrutura no país (1970-2005)*

Assim, diante da perspectiva de regulação do setor de saneamento em função da Lei nº 11.445, é fundamental compreender como essa atividade pode contribuir efetivamente para a universalização desses serviços tão essenciais para a população.

O papel da regulação na universalização dos serviços públicos de infraestrutura

Como atividade inerentemente estatal, voltada ao interesse público, as políticas de Estado, entre as quais as políticas regulatórias, devem promover não só a eficiência, mas também a equidade, traduzida como a universalização do acesso aos serviços públicos regulados pelo Estado. Efetivamente, a regulação objetiva a correção das falhas de mercado, ora em termos de eficiência, ora em termos de equidade, ou como resposta para ambas as situações (REYNOLDS, 1981).

Esses objetivos têm sido alvo de muita controvérsia na discussão da regulação. A teoria neoclássica pressupõe que a regulação não deve interferir na redistribuição de bens e serviços, pois há conflito entre eficiência alocativa e universalização dos serviços. Na prática, esse conflito ocorre quando da provisão de serviços públicos à população de baixa renda, para os quais os usuários não têm capacidade de pagamento das tarifas (MORTA, 2003), mas cuja prestação deve ser universalizada por razões sociais, éticas e de saúde pública. Com efeito, o caráter público da regulação está associado ao princípio da universalidade do acesso, independentemente da capacidade de pagamento e da localização dos usuários, cuja determinação deve ser expressa pelo poder concedente no âmbito do contrato de concessão (SILVA, 2004).

Entretanto, Burns et al. (1995) discordam que a regulação possa ser utilizada com objetivos redistributivos, pois ela é mais custosa, menos eficiente, efetiva e visível do que os instrumentos de transferência de renda e de taxas governamentais. Além disso, segundo esses autores argumentam, os reguladores não dispõem de legitimidade e de expertise para atuação em questões sociais. Desse modo, caso o marco regulatório incorpore objetivos de eficiência alocativa e de equidade, é preciso haver transparência dos compromissos firmados (Id. Ibid.).

No arcabouço neoclássico, a maximização do bem-estar social e a equidade econômica, não social, ocorrem quando há alocação eficiente dos recursos, representada pela igualdade entre preço e custo marginal (BAKKER, 2001). De acordo com essa visão, os conceitos de justiça e de ética estão relacionados ao pagamento pelos serviços prestados (REYNOLDS, 1981), colocando-se os usuários na condição de meros consumidores.

Como contraponto à visão neoclássica, Bakker (2001) afirma que não há conflito entre eficiência e equidade e que as políticas para os serviços de água podem promover simultaneamente sustentabilidade econômica e equidade. Nesse contexto, o marco regulatório deve compreender balanço de metas de eficiência e de equidade aceitável pelos membros da sociedade e ter capacidade para ajustar-se às mudanças nos ambientes social, político e ambiental (REYNOLDS, 1981).

Esse autor é taxativo ao afirmar que o mercado não possui mecanismos para alcançar metas de equidade ou resolver conflitos inerentes às

definições dessas metas pelos vários segmentos da sociedade. Outro aspecto refere-se à incapacidade do mercado em lidar com situações nas quais há impactos não econômicos de difícil valoração por medidas monetárias (Id. *Ibid.*; TREBING, 1987). Além disso, os modelos regulatórios neoclássicos tendem a fortalecer o status quo (TREBING, 1987), o que implica a falta de instrumentos efetivos que privilegiem o acesso dos mais pobres aos serviços públicos.

Como exemplo, o dilema entre eficiência e equidade pode estar falsamente representado na discussão sobre interesses e conflitos de usuários e não usuários dos serviços. Usuários são aqueles conectados aos sistemas formais de infraestrutura que pagam tarifas pela fruição dos serviços públicos. Já os não usuários encontram-se desconectados dos sistemas por falta de capacidade de pagamento, por não haver infraestrutura disponível ou por estarem conectados a sistemas próprios ou alternativos.

Segundo Marques Neto (2005), aos usuários, denominados por esse autor de consumidores efetivos, interessa a qualidade da prestação dos serviços e a modicidade das tarifas, enquanto aos não usuários, chamados de consumidores potenciais, interessa o acesso aos serviços. Assim, quando a expansão das redes físicas depende do financiamento por recursos próprios, as tarifas podem exceder as expectativas dos consumidores efetivos, gerando conflito de interesses com os consumidores potenciais (Id. *Ibid.*). A regulação assume função relevante de mediar conflitos entre usuários e não usuários e hierarquizar esses objetivos regulatórios, aparentemente conflitantes.

Há também outros mecanismos baseados no poder discricionário dos reguladores e naqueles especificados no marco regulatório que propiciam margens de atuação aos reguladores para promoção de maior equidade no acesso aos serviços. São exemplos as definições da estrutura de preços das tarifas e de metas de eficiência e compartilhamento desses resultados com os usuários, e a aplicação de penalidades pelo não cumprimento das metas, entre outros. Entretanto, para se atingir tais objetivos, as agências reguladoras precisam deter conhecimento, poderes e suporte político para o exercício das funções (TREBING, 1981).

No Brasil, a regulação, desde a sua origem, está assentada nos postulados do Código das Águas e teve na universalidade do acesso aos

serviços de infraestrutura de energia e de água um de seus princípios básicos (SILVA, 2006).

Diante do exposto, entende-se que a regulação deve perseguir objetivos de eficiência e de equidade, embora urge reconhecer a existência de limites nessa atuação. Ademais, as políticas e metas redistributivas são fixadas por atores políticos que possuem legitimidade obtida mediante processo eleitoral.

Especificamente na busca da universalização dos serviços de saneamento básico, a regulação exercerá vários papéis. Um deles é fazer cumprir, por meio das políticas regulatórias, as diretrizes estabelecidas nas políticas públicas setoriais, além da fiscalização dos planos de saneamento básico. Outro papel é proporcionar ambiente estável para realização de investimentos públicos e privados no setor.

Para além disso, a regulação desenvolve mecanismos que incentivam a obtenção de eficiência das empresas prestadoras de serviço, pois, desse modo, mais recursos poderão ser canalizados para a expansão da infraestrutura. Entretanto, o ganho de eficiência obtido com a regulação da prestação dos serviços é condição fundamental, mas não suficiente, para que se tenha maior eficácia social. É necessário que os ganhos de eficiência das empresas reguladas sejam apropriados pela sociedade.

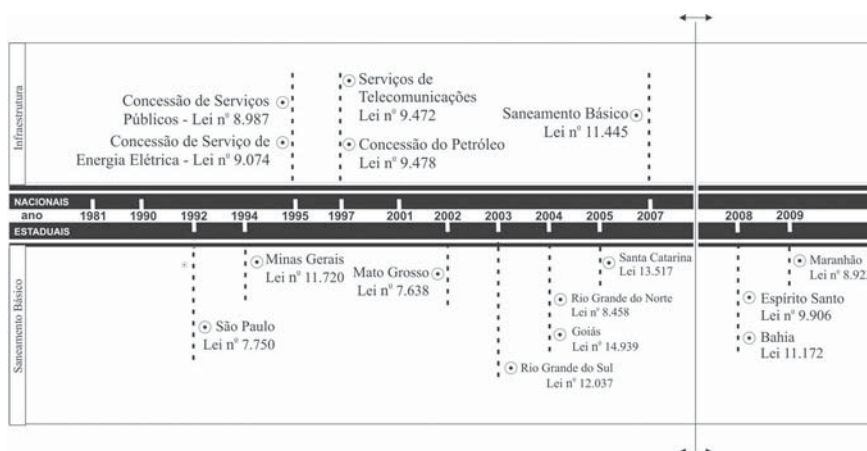
No país, a despeito de as concessionárias de saneamento básico terem alcançado enorme avanço da infraestrutura de abastecimento de água, sobretudo em termos de expansão das redes, a regulação autônoma, caso existente nos últimos 30 anos, poderia ter alavancado os indicadores de cobertura para níveis próximos à universalização.

Políticas públicas subnacionais de saneamento básico

As indefinições institucionais retardaram por mais de duas décadas o estabelecimento de uma política nacional de saneamento básico. Ao comparar-se os indicadores dos demais setores da infraestrutura com os dados do saneamento, observa-se que a frágil institucionalidade do setor pode ter contribuído para os baixos índices de atendimento, sobretudo quanto ao esgotamento sanitário. Essa situação repercutiu diretamente nos estados, visto que, antes da edição da Lei nº 11.445/2007, somente sete unidades da

federação dispunham de políticas públicas específicas, apesar de nem todas efetivamente implantadas.

Após dois anos da edição da Lei nº 11.445, apenas três estados⁴ constituíram políticas setoriais: Bahia, Maranhão e Espírito Santo. A Figura 3 apresenta as políticas de infraestrutura no país, com destaque para as legislações subnacionais de saneamento básico, antes e depois da promulgação da Lei nº 11.445.



Fonte: Elaboração do autor.

Figura 3: Evolução das políticas de infraestrutura e de saneamento básico

Considerações gerais das políticas estaduais⁵ após a Lei nº 11.445/07

No Quadro 2 são apresentadas características e considerações gerais das políticas dos estados da Bahia, Maranhão e Espírito Santo quanto às funções de planejamento, regulação e controle social.

Quadro 2: Características e considerações gerais das políticas estaduais da Bahia, Maranhão e Espírito Santo

Função	Política Estadual		Considerações Gerais
Planejamento	BA	<ul style="list-style-type: none"> estabelecido plano estadual de saneamento básico, além dos sistemas de informações e de apoio aos municípios na elaboração dos planos regionais e municipais. 	<p>Em geral, a capacidade técnica dos municípios desses estados é baixa, o que torna o papel do governo estadual fundamental para a construção dos planos municipais. Esse apoio deve ser técnico e principalmente financeiro para a contratação da elaboração dos planos. Há dois aspectos a serem considerados nos planos. Primeiro, o plano deve ser executável conforme a estrutura técnica do município e possibilitar o acompanhamento pela entidade reguladora. Segundo, os prazos estabelecidos pela lei expiram-se em 2010, o que provavelmente acarretará na elaboração de planos sem a devida discussão técnica e social.</p> <p>Ainda quanto ao planejamento, são relevantes as previsões em lei do MA, quanto à dotação orçamentária para financiamento de planos, e em relação ao prazo fixado de dois anos pelo ES para constituição do plano estadual e do sistema de informações.</p>
	MA	<ul style="list-style-type: none"> foco nos planos municipais e regionais de saneamento, além da criação do programa de apoio a elaboração de planos municipais com dotação orçamentária de R\$ 2 milhões; criação do sistema estadual de informações; condicionamento do repasse de recursos do tesouro estadual aos municípios a partir de 2010 mediante o atendimento à Lei nº 11.445/2007. 	
	ES	<ul style="list-style-type: none"> estabelecimento do plano estadual de saneamento e do sistema estadual de informações com prazo de implantação efetiva de dois anos. 	
Regulação	BA	<ul style="list-style-type: none"> incentivo a criação de consórcios para regulação; criação da Comissão de Regulação (Coresab) cuja estrutura de funcionamento será definida por decreto do governador; a agência estadual fica obrigada a regular a Embasa quando não houver disposição contrária do titular. 	<p>Assim como definido na Lei nº 11.445, o conceito de regulação adotado no MA é limitado e considera essa função como estritamente normativa. Já o conceito adotado pelo ES contempla o extenso rol de atividades da função regulatória. Em relação à criação da agência, o modelo adotado pela BA é frágil na sua concepção, a partir do momento em que a estrutura da agência é definida por decreto do governador e, portanto, mais sujeita a interferências políticas. No MA, os riscos regulatórios estão relacionados à subordinação da agência a instâncias de controle social. Com efeito, a celeridade e a independência da agência já nascem comprometidas segundo essa concepção. Por outro lado, a política regulatória do ES é consistente com os princípios da regulação definidos no artigo 21 da Lei nº 11.445/07, inclusive chegando a extrapolar os limites federativos ao exigir laudo de capacidade técnica de entidades municipais quando da regulação da Cesan. Considera-se também importante a necessidade de se fixar prazos para adaptação da empresa estadual à regulação dos serviços, conforme definido no ES. Com efeito, a regulação, além de mudanças de natureza técnica e econômico - financeira, traz também mudanças culturais o que exige período de adaptação do regulado e do próprio regulador, o qual se encontra em processo de constituição.</p>
	MA	<ul style="list-style-type: none"> o conceito de regulação é restrito à atividade de normatização; prevê a existência de autarquia especial de regulação a ser criada por lei específica; a agência estadual de regulação é submetida ao controle do conselho estadual, no que tange a ser esse a última instância recursal a aprovar o orçamento e o programa da entidade e a deliberar sobre os relatórios periódicos da agência. 	
	ES	<ul style="list-style-type: none"> conceito de regulação abrange todas as atividades inerentes à função: ouvidoria, mediação, fiscalização, normatização, regulação econômica. criação da agência estadual cuja concepção será definida em lei específica; a agência estadual fica obrigada a regular a Cesan, quando não houver disposição contrária do titular; quando a regulação da Cesan for por ente municipal, a capacidade técnica do regulador deverá ser atestada por laudo; prazo de adaptação para a Cesan de 12 meses para a regulação. 	
Controle Social	BA	<ul style="list-style-type: none"> função a cargo do Conselho Estadual das Cidades com caráter consultivo e deliberativo. 	<p>Os riscos associados ao controle social estão na extrapolação dessa função quando do exercício de atividades tipicamente técnicas, como a regulação. Além disso, conselhos com atribuições somente consultivas tendem a cair no esvaziamento. Assim, é preciso definir atividades deliberativas para o controle social, notadamente em relação à definição dos rumos da política estadual de saneamento básico.</p>
	MA	<ul style="list-style-type: none"> estabelecimento do Conselho Estadual de Saneamento de caráter consultivo e deliberativo, composto de 17 membros. 	
	ES	<ul style="list-style-type: none"> criação do Conselho Estadual de Saneamento de caráter consultivo, composto por sete membros. 	

Outra função relevante das políticas estaduais de saneamento é o financiamento da universalização. Observa-se que nas políticas analisadas não estão previstos fundos ou outros instrumentos de universalização dos

serviços de saneamento básico. Espera-se que nos planos estaduais sejam definidas metas de cobertura bem como os mecanismos de financiamento para expansão da infraestrutura. Esses instrumentos de planejamento, entretanto, são menos eficazes do que se estivessem estabelecidos em lei.

Por fim, a constituição de políticas de saneamento será um grande desafio para os estados, principalmente em relação à definição dos instrumentos de planejamento, regulação, controle social e financiamento para a universalização dos serviços. Diante da análise das políticas homologadas no ambiente institucional da Lei nº 11.445 e considerando o estabelecimento de novas políticas estaduais, recomenda-se que nessas leis devam constar as seguintes diretrizes:

a) Planejamento

Fixação de prazos e de dotação orçamentária para execução dos principais instrumentos de planejamento, como o plano estadual e o sistema de informações. Os estados devem propor diretrizes para os planos municipais de saneamento, limitadas ao escopo da Lei nº 11.445/2007 e compatíveis com a realidade desses entes federados. Todavia, o apoio principal se dará no suporte técnico e financeiro para elaboração dos planos municipais.

b) Regulação

As políticas estaduais devem contemplar os mais diversos modelos institucionais para a regulação dos serviços, ou seja: agência estadual, agência municipal e consórcio interfederativo. Especificamente em relação às agências estaduais, o desenho institucional deve prever garantias de independência e autonomia da entidade reguladora perante o Poder Executivo, de forma a prover segurança para delegação da regulação por parte dos municípios, bem como deve estabelecer formas de participação dos municípios no processo regulatório.

c) Controle social

O controle social e a regulação devem exercer papéis diferentes dentro do sistema estadual. O escopo do controle social deve ter caráter deliberativo

quanto aos aspectos relacionados à definição da política estadual de saneamento básico.

d) Financiamento da universalização

Deve ser prevista a constituição de fundos de universalização a partir de recursos do orçamento fiscal e definidos critérios de elegibilidade para realização de investimento com recursos do fundo.

Desenho da regulação

As regras para atuação das agências devem estar dispostas em um conjunto de leis, decretos, normas, regulamentos e contratos denominado marco regulatório. Essas regras valem tanto para o poder concedente, mediante a definição dos limites institucionais de sua atuação no setor regulado, quanto para as concessionárias, com critérios de avaliação de tarifas e normas de qualidade dos serviços. Valem também para os usuários dos serviços, por meio da fixação de direitos e deveres.

Mesmo com o marco regulatório bem elaborado, não haverá eficácia se a agência reguladora não detiver condições e instrumentos adequados para o desempenho de suas funções ou não possuir poderes para esse exercício (CORREA, 2006). Para exercer as funções regulatórias, as agências são dotadas de três espécies de atribuições: executivas, para fiscalizar a prestação dos serviços; legislativas, para elaborar resoluções e normas; e judiciárias, para arbitrar conflitos entre usuários e concessionários e aplicar penalidades (PHILLIPS JR, 1993; SALGADO, 2003).

A ampla margem de funções e poderes outorgados às agências tem resultado em críticas por vários segmentos da sociedade. Efetivamente, a legitimidade das agências está amparada em quatro aspectos: primeiro, as agências são criadas por lei, mediante discussão e aprovação dos representantes eleitos pela população; segundo, os dirigentes são escolhidos pelo Poder Executivo, também eleito pela população; terceiro, as decisões da agência são baseadas em normas e procedimentos, às vezes, inclusive, com participação social; por último, essas decisões devem ser embasadas e passíveis de questionamento pelo Poder Judiciário (MAJONE, 2006).

Assim, deve ser assegurado no marco regulatório que o desenho da agência estabeleça mecanismos de garantia da eficiência e da eficácia à atividade reguladora. Entre esses mecanismos, destacam-se a independência da agência, os mandatos de seus dirigentes e a participação social (CONFORTO, 2000). Além disso, o ente regulador necessita ter capacidade técnica (MARQUES NETO, 2005), bem como suas decisões devem ser tomadas por órgãos colegiados (FARINA et al., 1997). Consequentemente, o conjunto desses mecanismos possibilita minimizar riscos de captura das agências e desvios de finalidade.

Para análise de alguns aspectos do desenho institucional das agências reguladoras que têm competência para atuar no saneamento básico são apresentados no Quadro 3 dados de 21 agências estaduais e municipais. Essas informações foram coletadas nas legislações específicas, na rede mundial de computadores, na bibliografia e mediante consulta direta às entidades reguladoras.

Independência da agência

Em face das características dos serviços de infraestrutura, altamente intensivos em capital, e das fragilidades do ambiente político-institucional, a independência das agências é vista por vários autores como instrumento para minimização de riscos regulatórios e atração de investidores privados (CORREA, 2006; FARINA et al., 1997; PACHECO, 2007; PIRES e GOLDSTEIN, 2001).

Ao se referir às agências reguladoras, Marques Neto (2005) descreve a existência de dois tipos de independência, orgânica e administrativa, consideradas pelo autor como mutuamente dependentes. A independência orgânica contempla mecanismos que delimitam os espaços entre o ente regulador e o Poder Executivo, como a estabilidade dos dirigentes e a ausência de controle hierárquico (Id. Ibid.).

Já na independência administrativa estão presentes os instrumentos necessários para se garantir a efetividade dos resultados da agência, como autonomia de gestão e de suas finanças, liberdade para organização dos serviços e regime de pessoal adequado (Id. Ibid.). No âmbito da independência

Quadro 3: Características do desenho das agências reguladoras de saneamento básico

Agência		Quadro dirigente			Critério de escolha dos dirigentes			Há pessoal concursado?
		Quant.	Mandato (anos)	Mandato não coincidente	Aprovação Assembleia Legislativa	Seleção Pública	Nomeação Direta	
Municipal	AGERSA (Cachoeiro do Itapemirim/ES)	1	4	-	-	-	S	N
	AMAÉ (Joinville/SC)	1	4	-	S ⁽¹⁾	-	-	S
	ARSAE (Mauá/SP)	1	N	-	-	-	S	N
	ARSBAN (Natal/RN)	3 ⁽²⁾	S	S	-	-	S	S
	AGERENG (Campo Grande/MS)	1	N	-	-	-	S	S
	ARSETE (Teresina/PI)	3	3	N	-	-	S	N
Estadual	ADASA (DF)	4	5	S	S	-	-	N ⁽³⁾
	AGENERSA (RJ)	5	4	S	S	-	-	-
	AGERGS (RS)	7	4	S	S	-	-	S
	AGESC (SC)	3	4	S	S	-	-	N ⁽³⁾
	AGR (GO)	5	4	S	S	-	-	S
	ARCE (CE)	3	4	S	-	S	-	S
	ARPB (PB)	4	4	N	-	-	S	N
	ARPE (PE)	4	4	S	S ⁽⁴⁾	-	S ⁽⁴⁾	N
	ARSAL (AL)	3	4	S	S	-	-	N
	ARSAM (AM)	7	4	N	-	-	S	S
	ARSEP (MA)	3	4	N	-	-	S	N
	ARSESP (SP)	5	5	S	S	-	-	N
	ARSI (ES)	3	3	N	-	-	S	N
	ATR (TO)	5	4	-	-	-	S	S
CORESAB (BA)	2	3	N	-	-	S	N	

Fontes: ABAR, 2008; GALVÃO JÚNIOR e PAGANINI, 2006; Sítios das agências reguladoras.

Legenda: S – existente; N – não existente.

- 1) Indicado pelo Executivo e aprovado pelo Conselho Municipal de Saneamento.
- 2) Alterado pela Lei nº 5.903, de 04 de fevereiro de 2009.
- 3) Concurso de pessoal em fase de execução (fev/09).
- 4) Um dirigente nomeado pelo Executivo e três indicados pelo Executivo e aprovados pelo Legislativo.

administrativa, Oliveira et al. (2005) enfatizam a importância da independência financeira para evitar a completa subordinação ao chefe do Executivo, bem como para assegurar concretude à atuação da agência. Efetivamente, a independência das agências não significa adoção de atos unilaterais por parte dessas entidades, haja vista existir um conjunto de políticas de Estado, de governo e de regulação, as quais devem ser seguidas por todos os entes em suas competências.

Os requisitos relacionados à independência das agências demonstram que essa característica é difícil de ser alcançada. Notadamente há grande desequilíbrio entre os atores no processo regulatório. Pelo lado do governo, existe toda uma cultura política de centralidade das decisões pelo chefe do Poder Executivo, assim como a operacionalização administrativa das agências depende da liberação de recursos próprios armazenados no caixa do governo. Além disso, eventos eleitorais durante o período de consolidação da regulação testam a solidez dos resultados já alcançados, sobretudo quando as agências e a própria regulação encontram-se em formação.

Nesse sentido, as eleições de 2008 impuseram forte teste à independência das agências municipais. Em quatro das seis agências reguladoras municipais listadas no Quadro 3, ocorreram mudanças na orientação político-partidária das prefeituras. Em função disso, na agência de Natal (RN) foram realizadas várias tentativas pelo Legislativo municipal de supressão do mandato do diretor-presidente (MIRANDA, 2009). Como resultado, na convocação extraordinária da Câmara Municipal no início de 2009, o desenho da agência foi alterado, passando os demais diretores a ter mandato. Apesar de ser uma prerrogativa do titular dos serviços e considerando a importância da existência de órgãos colegiados na direção dos entes reguladores, tal mudança na legislação ocorreu em função de conjecturas políticas e não da necessidade do aprimoramento da qualidade do desenho institucional da agência.

Já em Joinville (SC), apesar de mantido o desenho institucional da Amae, essa fora objeto de ameaça de extinção por meio de debate público na imprensa local pelo novo governo. A discussão acabou sendo revertida para uma proposta de ampliação das competências e de fortalecimento da agência reguladora (MEASSI, 2009).

Nas agências onde não havia mandato, nos municípios de Mauá (SP) e de Cachoeiro do Itapemirim (ES), ocorreram trocas nas direções. Não obstante esses problemas terem ocorrido nas agências municipais, as estaduais também não estão avessas à interferência do Poder Executivo. Tais fatos demonstram a fragilidade institucional a que estão expostas as agências reguladoras.

Além do Poder Executivo, as concessionárias, sejam de caráter público ou privado, desempenham importante papel no desenvolvimento econômico da esfera titular dos serviços, e possuem capacidade econômica e política para interferir de forma direta e indireta no processo regulatório. Por último, estão os usuários, parcela mais frágil do equilíbrio entre os atores, que, a depender do capital social acumulado, necessitam de mecanismos externos para inserir-se de forma mais ativa na regulação. A independência regulatória, apesar de determinada por lei, é comparável a um jogo, altamente dinâmico, no qual cada ator disputa continuamente espaços, cria estratégias e move suas peças para obtenção de vantagens dentro do processo regulatório.

Sundfeld (2002) advoga a utilização do termo **autonomia** por considerar que independência é, na verdade, utilizada como desejo de **autonomia** ante o Poder Executivo (*grifo nosso*). Entretanto, como ressalta Seroa da Motta (2006), a autonomia deve estar diretamente relacionada aos mecanismos de transparência de decisões e de prestação de contas à sociedade⁶.

Mandatos dos dirigentes

O estabelecimento de mandatos atenua a influência de pressões de caráter político sobre a agência e contribui para que os objetivos da instituição, fundamentados em lei, sejam perseguidos pelos dirigentes (OLIVEIRA et al., 2005). A limitação do prazo do mandato evita que os dirigentes criem vínculos com grupos de interesse no processo regulatório (FARINA et al., 1997).

Outros aspectos inerentes aos mandatos são a estabilidade, a não coincidência e os critérios de escolha dos dirigentes. A estabilidade permite a tomada de decisões de natureza regulatória observando critérios técnicos e legais, inclusive quando essas deliberações são discordantes do governo

em exercício (PIRES e PICCININI, 1999). Nesse sentido, conforme demonstra o Quadro 3, somente duas agências, ambas municipais, não apresentam mandatos para os dirigentes, possibilitando a demissão a qualquer tempo.

Pela não coincidência dos mandatos, as escolhas para o quadro dirigente ocorrem de forma escalonada, de maneira que durante a gestão de determinado governo somente parte da diretoria da agência é indicada ou renovada. A parcela restante, escolhida durante o governo anterior, permanece na agência até o final do seu mandato. Assim, caso haja mudança de orientação no comando do governo, há menos possibilidades de ruptura da política regulatória. O mecanismo da não coincidência dos mandatos confere maior estabilidade à agência e às próprias políticas regulatórias. O Quadro 3 demonstra que a não coincidência dos mandatos nos órgãos dirigentes colegiados somente se encontra presente em dez agências reguladoras de saneamento básico.

Quanto aos critérios de seleção dos dirigentes, os escolhidos devem possuir notória capacidade técnica, necessária para condução das políticas e discussões regulatórias caracterizadas por apresentarem elevada complexidade. Ademais, a seleção dos dirigentes via indicação do Executivo e a aprovação pelo Legislativo contribui para a legitimação da independência da agência (MARQUES NETO, 2005). Conseqüentemente, o envolvimento do Poder Legislativo permite compartilhar a responsabilidade política da escolha entre os dois poderes e torna transparente o processo de seleção dos candidatos. Ao contrário do que preconiza a teoria, das 21 agências pesquisadas, somente em oito os dirigentes são sabatinados pelo Poder Legislativo.

Decisão colegiada

A principal justificativa para as agências reguladoras serem dirigidas por órgãos colegiados é a minimização dos riscos de captura (CONFORTO, 1998; OLIVEIRA et al., 2005). Ademais, a decisão colegiada contribui para maior diversidade de pensamento e estabilidade quando da ocorrência de mudanças no ambiente político externo (MARQUES NETO, 2005; JOURAVLEV, 2001; FOSTER, 2005), não obstante haver também desvantagens em relação ao aumento do tempo para tomada de decisões e maior custo administrativo (FARINA et al., 1997). De acordo com o Quadro 3, das seis agências

municipais, somente duas possuem órgãos colegiados. Por outro lado, todas as estaduais foram concebidas com órgãos colegiados.

A dúvida em relação ao dimensionamento dos órgãos colegiados é quanto à definição do número ideal de dirigentes, sem comprometer a celeridade das decisões e sem elevar o custo regulatório. Essa decisão deve também estar relacionada ao tamanho da agência, à quantidade de serviços regulados e ao orçamento da instituição. Segundo cálculos de Turolla (2007), sete seria um indicativo do número ideal de diretores de uma agência reguladora, considerando duas variáveis no estudo: celeridade das decisões e independência. Já as agências reguladoras comandadas por um único dirigente apresentam maiores possibilidades de gestão personalista e risco de captura por setores regulados (CONFORTO, 1998).

Aliada à decisão colegiada, a transparência dos atos é essencial para se garantir a legitimidade social das agências (ARAÚJO e PIRES, 2000). Daí ser necessário divulgar previamente as pautas das reuniões, torná-las públicas e disponibilizar na internet os resultados e a fundamentação das decisões do órgão colegiado da agência.

Quadro de pessoal

A expertise técnica é necessária para que decisões administrativas apresentem legitimidade (OLIVEIRA et al., 2005; PIRES e PICCININI, 1999). É essa legitimidade que, associada à independência, diferencia as agências reguladoras do modelo burocrático tradicional (MAJONE, 2006).

Para tanto, o quadro técnico da agência reguladora deve ser composto por profissionais contratados mediante concurso público, remunerados com salários compatíveis ou no mínimo equivalentes aos do mercado regulado (CONFORTO, 1998; PIRES e GOLDSTEIN, 2001; SALGADO, 2003). Outra característica do quadro de pessoal é a necessidade de permanente capacitação, pois os reguladores devem estar preparados para compreender a constante evolução do ambiente regulado que lida com mudanças tecnológicas, qualidade de produtos e serviços, metodologias tarifárias, entre outros (CORREA, 2006; SAPPINGTON, 1994). Na verdade, o conhecimento acumulado do quadro técnico é essencial para compensar as desvantagens existentes entre a agência e

as empresas reguladas, no que se refere ao domínio das informações sobre a prestação dos serviços, como custos e qualidade.

Se por um lado o conhecimento técnico fornece aos reguladores mais poder e discricionariedade do que outros agentes administrativos (MAJONE, 2006), por outro não pode ser usado como instrumento de exclusão da população das decisões que lhe afetam (SERRA, 2004). Assim, a expertise não pode ser insulada na própria agência e deve ser compartilhada com outros reguladores setoriais e sociais. O conhecimento técnico precisa ser traduzido em linguagem de fácil compreensão pela sociedade.

No Quadro 3, foram também identificados problemas relacionados ao quadro de pessoal que podem impactar diretamente na tecnicidade dos entes reguladores de saneamento básico. Das agências analisadas, somente oito apresentam quadro de pessoal próprio concursado. Essa situação pode resultar na politização da escolha de quadros técnicos provisórios, na volatilidade do conhecimento em função da rotatividade de quadros e na dificuldade de fixação de uma cultura regulatória na própria agência.

Para realizar as funções previstas no marco regulatório, a agência deverá ter quadros técnicos estáveis, contratados por concurso público, devidamente remunerados mediante salários compatíveis com a complexidade da atividade ou, no mínimo, equivalentes ao mercado privado, além de programa permanente de capacitação. Caso contrário, haverá evasão de pessoal especializado e perda de acervo técnico, situação já reportada em várias agências (GALVÃO JUNIOR et al., 2008).

Outro aspecto associado à discussão sobre os quadros técnicos é a quantidade de pessoal lotado ou previsto para as agências, em geral, com dimensionamento inferior às obrigações legais estabelecidas nos marcos regulatórios. Por exemplo, o rol de funções previstas na Lei nº 11.445/2007, com forte viés fiscalizador, indica a necessidade de dimensionamento superior ao geralmente estabelecido nos desenhos das agências de saneamento básico.

Operacionalização da regulação do setor de água e esgoto

Na operacionalização da regulação, são efetivadas pelas agências as disposições e obrigações legais estabelecidas no marco regulatório. A atuação

de uma agência reguladora pode pautar-se sob diversas formas, a depender do marco regulatório e da estrutura operacional, recursos financeiros e humanos disponíveis para o regulador.

Estudo desenvolvido por Willams et al. (1988) para a *National Association of Regulatory Utilities Commission* (Naruc), associação que congrega as comissões estaduais de regulação dos Estados Unidos, classificou a atuação dessas em cinco estágios, com base no escopo das funções exercidas.

No primeiro estágio, a comissão responde às demandas e às solicitações da empresa e dos usuários, enquanto no segundo, além de responder às demandas, a comissão acompanha as empresas reguladas. No terceiro estágio, é avaliada a eficiência das atividades operacionais e de planejamento executadas pela empresa regulada. No estágio seguinte, a comissão exerce papel ativo ao regular todos os aspectos relacionados à indústria privada da água, inclusive observando a legislação e a estrutura da indústria, além dos padrões de qualidade de outras agências. Por último, o quinto estágio é caracterizado por atuação que extrapola a empresa, com foco no setor regulado como um todo. Cada estágio é cumulativo, ou seja, para atingir o nível superior, a comissão necessita cumprir todas as funções dos estágios anteriores e também as previstas para o próprio nível.

Para o atendimento aos escopos previstos nos cinco estágios, o estudo da Naruc correlaciona três níveis de conhecimento e de capacitação dos reguladores, assim definidos: no primeiro nível, os reguladores devem ter conhecimento em auditoria de finanças e análise de documentação relativa à qualidade dos serviços. Para o segundo, os reguladores devem conhecer a operação dos sistemas, entender as demais regulações do setor, compreender os programas de financiamento e apoio técnico às empresas, bem como ter habilidades para realizar auditorias no planejamento e na gestão dos sistemas. Para o último nível, além das habilidades dos níveis 1 e 2, os reguladores devem ter capacidade para analisar demandas de longo prazo do setor e dos usuários, ter preparação para avaliar medidas legislativas e trabalhar em cooperação com outros reguladores, associações de usuários e de empresas.

Ao analisar a classificação da Naruc, Silva (2006) relata não ser possível transpô-la de forma preconcebida para a realidade nacional.

Efetivamente, o uso dessa escala de evolução institucional guarda algumas ressalvas quando aplicada à regulação setorial no Brasil. Inicialmente, trata-se de situações institucionais distintas, pois no país prevalecem agências estaduais multissetoriais, gestão pública na prestação dos serviços e problemas de institucionalidade e de instabilidade das políticas. Entretanto, a gradatividade no exercício do escopo regulatório associada a requisitos de capacitação do quadro técnico são as principais contribuições da Naruc, adaptáveis a qualquer realidade institucional. Ademais, no modelo superior de escopo desse estudo, equivalente ao quinto estágio, a regulação extrapola os limites dos contratos de concessão e da empresa regulada, condição ideal para regulação de qualquer setor da infraestrutura.

Portanto, a definição de uma escala de evolução institucional para o país deve considerar aspectos da institucionalidade brasileira e da própria configuração do setor de saneamento básico, as quais, por muitas vezes, poderão contrariar modelos de experiências internacionais já consolidados.

Independentemente da evolução institucional de uma agência, de forma sintética, são quatro as principais atividades exercidas por ente regulador: fiscalização, regulação econômica, normatização e ouvidoria, todas demonstradas no Quadro 4, no qual constam também as características específicas que envolvem o seu exercício.

Atuação das agências reguladoras

Na implantação da regulação e de sua estrutura, uma das estratégias básicas a serem seguidas é a gradatividade, pois o objetivo maior da regulação é alcançar a máxima eficiência da prestação dos serviços públicos, e não o controle em si mesmo (IESP, 1995). Entre os principais problemas da gradatividade está a descontinuidade das políticas governamentais, que, combinada à fragilidade institucional das agências, pode dificultar a graduação ou escalonamento das ações regulatórias.

Outro aspecto relevante é a ausência de interferência do regulador nas atividades internas da empresa regulada. Essa interferência pode inibir a utilização de novas tecnologias e impactar negativamente a eficiência

Quadro 4: Considerações gerais e específicas das atividades de fiscalização, normatização, regulação econômica e ouvidoria

Atividades	Fiscalização	Normatização	Regulação econômica	Ouvidoria
Definição	<p>Atividade de regulação técnica exercida com vistas à verificação contínua dos serviços regulados, objetivando apurar se são efetivamente prestados de acordo com as normas legais e regulamentares.</p>	<p>Detalhamento do marco regulatório setorial mediante o estabelecimento de normas e resoluções.</p>	<p>Determinação de tarifas e de estruturas tarifárias suficientes para prover serviços a um custo adequado e promover viabilidade econômico-financeira para o setor a longo prazo.</p>	<p>Órgão promotor do direito administrativo, de natureza imparcial, destinado a contribuir para o melhor funcionamento dos serviços públicos, criando condições para que a sociedade reivindique seus direitos negados pelas concessionárias.</p>
Considerações gerais	<ul style="list-style-type: none"> • Não é função do regulador intervir diretamente na prestação dos serviços realizados pela empresa regulada; • O regulador deve conhecer e ter acesso aos dados e relatórios dos sistemas de informação da empresa regulada, anteriores à solicitação de documentos, assim como deve estar definida a periodicidade do envio dos dados pela concessionária; • As informações referentes aos processos regulatórios devem ser mantidas em sigilo até a decisão final da agência; • Para compensar a assimetria de informações, o regulador deve promover a participação o dos usuários no controle da prestação dos serviços. 			
Considerações específicas	<ul style="list-style-type: none"> • A fiscalização pode ser realizada de forma direta, por meio de inspeção presencial nas instalações operacionais, ou indireta, mediante o uso de indicadores; • O regulador deve ter poder de entrada para realização de inspeções na concessionária; • As fiscalizações técnicas devem ser realizadas por empresas certificadas e autônomas em relação às empresas reguladas; • Na montagem dos indicadores, os dados primários devem ter rastreabilidade; • As agências devem dispor de fontes de informação externas à concessionária. 	<ul style="list-style-type: none"> • Regras específicas trazem mais segurança aos prestadores de serviço e previsibilidade às ações do ente regulador; • As normas devem ser realistas, viáveis, tecnologicamente racionais, passíveis de fiscalização e coerentes com a realidade econômica e social do setor; • No processo de elaboração de normas, deve haver publicidade e participação dos atores do setor na discussão das propostas; • Na definição dos prazos de vigência das normas, devem ser avaliados os impactos econômico-financeiros na concessão e a urgência e abrangência das regras. 	<ul style="list-style-type: none"> • O regulador deve ter acesso às informações econômico-financeiras e contábeis necessárias para realização das análises; • Na metodologia de fixação de tarifas, deve ser incorporada medida de qualidade dos serviços. 	<ul style="list-style-type: none"> • O trabalho de ouvidoria possibilita subsidiar a fiscalização exercida pela área técnica; • Para prover mais agilidade no tratamento das reclamações dos usuários, a ouvidoria deve propor audiências de mediação para solução dos conflitos; • A ouvidoria deve receber a solicitação do usuário somente se esse procurou inicialmente o atendimento da concessionária; • Compete também à ouvidoria a realização de audiências e consultas públicas sobre temas relevantes para a concessão, como revisão de tarifas e edição de normas.

Fonte dos dados: DANTAS, 2007; EHRHARDT et al., 2007; GALVÃO JUNIOR et al., 2006; HOLT, 2005; JOURAVLEV, 2003; JOURAVLEV, 2001; TRÉMOLET e HUNT, 2006

operacional da empresa regulada (CONFORTO, 1998). Os reguladores devem notificar, por meio dos vários instrumentos de trabalho, as não conformidades em relação aos resultados finais dos produtos e serviços prestados. Cabe à empresa regulada, dentro de uma racionalidade técnica e econômica, definir a melhor alternativa para atendimento aos padrões regulamentares e às determinações do regulador.

Para a consecução das atividades regulatórias, a obtenção de informação sobre a prestação dos serviços é fator decisivo. Como as agências dependem diretamente dos prestadores de serviços para obter informações, haverá incentivo para que as empresas se comportem de forma inadequada, subtraindo ou até mesmo distorcendo os dados fornecidos aos reguladores (FOSTER, 2005). O regulado poderá “inundar” o regulador com excesso de informações, acima de sua capacidade de processamento (JOURAVLEV, 2003).

Com vistas à minimização do problema, além das informações da empresa regulada, a agência reguladora deve buscar subsídios junto aos usuários dos serviços. Sappington (2005) adverte a respeito dos limites dessa participação, pois há níveis e padrões de serviço que tanto os usuários quanto os próprios reguladores são incapazes de observar. Um dos exemplos dessa situação é a qualidade da água distribuída. Como se trata de parâmetros físico-químicos e bacteriológicos – não detectados visualmente pelos usuários – e como a fiscalização feita pelos reguladores é amostral, torna-se complexa a observância do atendimento à legislação pela empresa regulada. Nesse caso, exige-se um conjunto de medidas, desde a inspeção física de laboratórios e unidades de produção de água, à verificação do controle de qualidade, de tal forma que sejam minimizados os riscos de eventuais não conformidades na prestação dos serviços.

Por sua vez, a dificuldade de obtenção de informações, principalmente as de natureza econômico-financeira e contábil, poderá contribuir para que a agência concentre suas atividades nas áreas em que seja mais fácil adquirir dados e resultados de curto prazo. Esses setores da prestação de serviços não necessariamente representam o foco principal das ineficiências e estão mais relacionados à fiscalização, como, por exemplo, pressão na rede de distribuição de água.

É preciso, no entanto, para fazer cumprir as determinações do marco regulatório, que a agência disponha de vários instrumentos, entre os quais a aplicação de sanções administrativas à empresa regulada e a introdução na metodologia tarifária de mecanismos de incentivo à eficiência e à melhoria da qualidade dos serviços prestados.

Os valores relativos às penalidades devem ser suficientes para prover incentivos e induzir as empresas a atuar de forma eficiente e de acordo com as disposições regulamentares (HOLT, 2005; JOURAVLEV, 2001). Contudo, quando as penalidades são aplicadas sobre empresas públicas, há problemas de natureza institucional. Existem riscos de que as penalidades, quer seja pela aplicação de sanções pecuniárias, quer seja pela redução de tarifas, tenham como consequência o desembolso de recursos fiscais pelo titular, proprietário da empresa, para correção das ineficiências. Tal fato resulta na divisão do ônus para toda a sociedade. Assim, para a regulação de empresas públicas, Ehrhardt et al. (2007) relatam que inicialmente deveriam ser estabelecidas metas e responsabilidades, sem aplicação de sanções, com introdução gradual da regulação no setor. Posteriormente, com a melhoria da eficiência na prestação dos serviços, as regras relativas às sanções poderiam ser inseridas (Id. Ibid.).

Ainda em relação às penalidades, é preciso definir a quem serão destinados os recursos oriundos das sanções. Se for ao próprio regulador, haverá maior incentivo para aplicação de multas, pois os recursos aumentarão o orçamento da agência. Contudo, se os recursos forem para o titular dos serviços, poderá haver redirecionamento para outras áreas da administração pública, o que agrava ainda mais o déficit de investimentos do setor. Diante disso, uma das alternativas seria a constituição de fundos para aplicação em ações de educação sanitária e ambiental ou para orientação dos direitos e deveres dos usuários, sob coordenação da própria agência reguladora.

Ademais, para tornar efetivo o exercício de suas atividades, as infrações referentes à sonegação de informação ou encaminhamento de dados falsos ao regulador, assim como a restrição ao acesso às instalações operacionais, deveriam ser punidas com multas mais elevadas.

Financiamento da regulação

O financiamento da regulação é essencial para sua eficácia e condição basilar da independência das entidades reguladoras. Efetivamente, o custeio da regulação é realizado por taxas ou repasses previstos nos marcos regulatórios. No Quadro 5, constam as taxas ou repasses de regulação previstos nos marcos legais de estados e municípios para os serviços de saneamento básico.

Conforme o quadro demonstra, o custo regulatório é maior para as agências municipais, com taxas que variam de 1% a 3%, do que para as agências estaduais, cujas taxas estão em torno de 0,5% do faturamento das concessionárias. Um dos aspectos a favorecer o menor custo nas agências estaduais é o rateio das despesas de áreas comuns – atividades administrativas e ouvidoria, por exemplo – pelos diversos setores regulados. Cowan (2007) relata que há economias de escopo quando a regulação é executada por agências multisetoriais e que o custo regulatório deve ser considerado na viabilidade dessa atividade, principalmente nos países em desenvolvimento.

Além dos aspectos financeiros, diversos autores apontam dificuldades para viabilização da regulação no âmbito municipal (ARAÚJO, 1999; CONFORTO, 2000; GALVÃO JUNIOR et al., 2008; JOURAVLEV, 2001; MENDES et al., 2006; SEROA DA MOTTA, 2004; SILVA, 2004; TUPPER e RESENDE, 2004; TUROLLA, 2002; VARGAS, 2005).

Como alternativa, a Lei nº 11.445/2007 permite a delegação da regulação a qualquer entidade reguladora constituída dentro dos limites do respectivo estado, conforme definido no art. 8º e 23, § 1º. Aos titulares não capacitados para o exercício dessa atividade ou desinteressados em exercê-la por ente regulador próprio, fica facultado delegar à agência estadual ou ao consórcio criado para esse fim.

Nos consórcios, Turolla e Ohira (2006) consideram que a agregação dos entes federados poderá ocorrer mediante critérios políticos e conjunturais e não sob aspectos de natureza econômica. Nesse contexto, uma regulação por consórcio se contrapõe aos princípios de autonomia e independência elencados na Lei nº 11.445/2007, inviabilizando tal atividade. A constituição de consórcio demanda elevado nível de negociação política e tempo de

Quadro 5: Taxas e repasses de regulação das agências com competência para atuar no saneamento básico

Agência ⁽¹⁾	Taxas ou repasses de regulação ⁽²⁾	Base legal
AGERSA (Cachoeiro do Itapemirim/ES)	1% do faturamento total e efetivo de tarifas de água e esgoto pagas pelos usuários no mês anterior.	Lei nº 4.876/2003
AMAE (Joinville/SC)	1% do faturamento bruto da concessionária.	Decreto nº 13.455/2007 ⁽³⁾
ARSAE (Mauá/SP)	1% do faturamento bruto da concessionária (serviços de esgoto) e 1% do faturamento bruto da autarquia (serviços de água).	Contrato de concessão
ARSBAN (Natal/RN)	% sobre o valor do faturamento mensal efetivamente arrecadado, sendo 2% no 1º quinquênio; 1,5% no 2º quinquênio; e 1% a partir do 3º.	Lei nº 5.250/2001
AGENRENG (Campo Grande/MS)	1% do faturamento mensal da concessionária	Edital de licitação
ADASA (DF)	0,5 % do somatório dos volumes produzidos de água e de coleta de esgotos sanitários (m ³) vezes a tarifa média.	Resolução ADASA nº 160/2006
AGENERSA (RJ)	0,5% sobre o somatório das receitas das tarifas auferidas mensalmente.	Lei nº 4.556/2005
AGERGS (RS)	Valor conforme o faturamento bruto anual do exercício anterior ao da fiscalização e controle, convertido em Unidade Padrão Fiscal do Estado, que varia de 13 a 77.965 UPFs (UPF/2008 = R\$ 10,4257).	Lei nº 11.863/ 2002
AGR (GO)	10% sobre R\$ 0,11 (onze centavos de real) por m ³ de água distribuída pela concessionária.	Decreto nº 5.940/2004
ARCE (CE)	R\$ 146 mil /mês para o primeiro semestre de 2009. ⁽⁴⁾	2º aditivo Convênio nº 20/2001
ARPB (PB)	0,5% da receita bruta mensal faturada pelos concessionários.	Lei nº 7.843/2005
ARPE (PE)	0,5% da receita líquida da concessionária regulada, dividida em duodécimos.	Lei nº 11.921/2000
ARSAL (AL)	0,5% do valor do benefício econômico anual auferido pelo concessionário.	Lei nº 6.267/2001
ARSAM (AM)	Até 1% incidente sobre o valor faturado.	Lei nº 2.568/1999
ARSEP (MA)	2% do faturamento bruto anual obtido em razão da prestação do serviço regulado.	Lei nº 8.915/ 2008
ARSESP (SP)	0,5% do faturamento anual diretamente obtido com a prestação do serviço.	Lei Compl. nº 1.025/ 2007
ARSI (ES)	0,5% do faturamento anual diretamente obtido com a prestação do serviço.	Lei Compl. nº 477/ 2008
ATR (TO)	0,5% do valor do benefício econômico anual auferido pelo concessionário.	Lei nº 1.758/2007

Fonte: Elaboração do autor.

Nota: ⁽¹⁾Não estão previstas nas leis da Arsete (municipal – Teresina/PI) e Coresab (estadual BA) taxas ou repasses específicos para regulação.

⁽²⁾Taxas e repasses previstos nas disposições legais e pactuadas. Não há necessariamente arrecadação efetiva, pois algumas agências ainda não iniciaram as atividades regulatórias no setor.

⁽³⁾Originalmente a taxa era de até 3% do faturamento bruto da concessionária conforme a Lei Municipal nº 4.924/2003.

⁽⁴⁾Valor referente à cobertura das despesas do plano de trabalho, anexo ao 2º aditivo do Convênio.

maturação prolongado, além de não existir no país experiência concreta de regulação segundo essa modelagem institucional (GALVÃO JUNIOR et al., 2008).

A regulação, por agência estadual, sobre empresa situada na mesma esfera de governo poderia também resultar em captura do ente regulador pelo próprio governo. Diversos são os mecanismos de interferência governamental sobre as agências como, por exemplo, contingenciamento de recursos próprios oriundos de taxas ou repasses de regulação e interferência nas decisões regulatórias. Daí ser fundamental que o desenho da agência salvasse o ente regulador de ingerências políticas e econômicas, preservando os princípios de autonomia e independência estabelecidos em lei.

Entretanto, delegar a regulação à agência estadual não significa omissão do município no exercício dessa atividade. Há diversas formas de cooperação entre municípios e agências, com compartilhamento de funções específicas, cuja modelagem depende fundamentalmente da capacidade político-institucional daqueles. Ante as diferentes realidades regionais e locais, Infurb (1995) corrobora essa posição ao descrever que o exercício da titularidade deve considerar vários formatos de arranjo de partilha e cooperação entre os diversos entes.

Conclusão

A análise dos desafios postos para as agências subnacionais de saneamento básico demonstra que a regulação desse setor será bastante complexa e marcada pela heterogeneidade de soluções quanto aos modelos regulatórios adotados. A desagregação dos serviços entre estados e municípios e a baixa institucionalidade da área tendem a agravar o quadro.

Após dois anos de promulgação da Lei nº 11.445/2007, há ainda mais de 80% dos municípios a serem regulados, somente três políticas estaduais foram definidas, como também existe uma profunda incompreensão por parte do Poder Executivo quanto ao papel das agências reguladoras. O (in)sucesso dessa regulação pode ainda interferir no desempenho e na credibilidade da regulação de outros setores da infraestrutura, haja vista que muitas agências que regulam o saneamento básico são multissetoriais.

Na perspectiva do avanço da regulação do saneamento básico, é fundamental a implantação das políticas e dos planos de saneamento, assim como a concepção do desenho da agência, o perfil dos dirigentes indicados para essas entidades e a capacidade dos quadros técnicos.

Com efeito, somente uma regulação proativa, conforme os princípios da Lei nº 11.445/2007, poderá contribuir de forma relevante para a ampliação dos índices de atendimento de água e esgoto e, conseqüentemente, para a universalização dos serviços.

Notas

¹ A definição na Constituição Federal da titularidade dos serviços nos sistemas integrados e nas regiões metropolitanas encontra-se sob análise do Supremo Tribunal Federal (STF). São duas as ADIns em julgamento no STF: ADIn nº 1.842, referente à ação impetrada pelo Partido Democrático Trabalhista contra o governo e a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro; e a ADIn nº 2.077, arguida pelo Partido dos Trabalhadores contra a Assembleia Legislativa do Estado da Bahia.

² Posição relativa até o final de 2008.

³ Apesar do caráter abrangente da lei, que compreende as atividades de abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos, o foco central são os serviços de água e esgoto.

⁴ Não obstante o Estado de São Paulo haver promulgado a Lei nº 1.025/2007, o foco dessa é a criação da agência reguladora multissetorial, que engloba o saneamento. Nessa lei há alguns capítulos que retificam aspectos da política estadual estabelecida em 1997.

⁵ Não foi considerada nesta seção a análise das legislações municipais de saneamento básico, pois tais políticas públicas, em geral, encontram-se diluídas nas leis orgânicas dos municípios. Ademais, diante do contexto da provisão dos serviços de água e esgoto no país, cuja operação em mais de 80% dos municípios encontra-se sob responsabilidade das companhias estaduais, é de se esperar que as políticas estaduais assumam papel fundamental na universalização e melhoria da prestação desses.

⁶ Também denominado *accountability*.

Referências bibliográficas

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO (ABAR). *Saneamento Básico: Regulação* 2008. Fortaleza: Pouchain Ramos, 2008.

ARAÚJO, H. C.; PIRES, J. C. L. Regulação e arbitragem nos setores de serviços públicos no Brasil: problemas e possibilidades. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, v. 34, n. 5, p. 9-28, set./out. 2000.

ARAÚJO, R. A. Regulação da prestação de serviços de saneamento básico – abastecimento de água e esgotamento sanitário. In: IPEA. *Infraestrutura: perspectivas de reorganização*;

saneamento. Brasília: IPEA, 1999. p. 47-74. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/pub/infraestrutura/saneamento/san_parte2.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2006.

BAKKER, K. J. Paying for water: water pricing and equity in England and Wales. *Transactions of the Institute of British Geographers*, v. 26, n. 2, p. 143-164, Jun. 2001.

BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. *Dimensionamento das necessidades de investimento para a universalização dos serviços de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgotos sanitários no Brasil*. Brasília, DF, 2003.

BURNS, P.; CRAWFORD, I.; DILNOT, A. Regulation and redistribution in utilities. *Fiscal Studies*, v. 16, n. 4, p. 1-22, Nov. 1995.

CONFORTO, G. Descentralização e regulação da gestão de serviços públicos. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 1, p. 27-40, jan./fev. 1998.

_____. A regulação e a titularidade dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Brasil. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 34, n. 5, p. 165-80, set./out. 2000.

CORREA, P. et al. *Regulatory governance in infrastructure industries – assessment and measurement of Brazilian regulators*. Washington DC: World Bank, 2006.

COWAN, S. *Alternative approaches to regulation: an economic analysis of light-handed regulation*. Paper prepared for the Australian Competition and Consumer Commission Regulatory Conference. Surfers' Paradise, Jul. 2007.

DANTAS, D. C. C. A ouvidoria e a informação como instrumentos de controle social: a experiência da ARCE. In: GALVÃO JR., A. C.; XIMENES, M. M. A. F. *Regulação, controle social da prestação dos serviços de água e esgoto*. Fortaleza: ABAR, 2007. p. 177-192.

_____. DI PIETRO, M. S. Z. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: _____. *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 19-50.

EHRHARDT, D. et al. *Economic regulation of urban water and sanitation services: some practical lessons*. Washington, DC.: World Bank, 2007. 30 p. Disponível em: http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2007/06/04/000020953_20070604154231/Rendered/PDF/399110Economic0regulation0WS901PUBLIC1.pdf. Acesso em: 29 jun. 2007.

FARINA, E. M. M. Q.; AZEVEDO, P. F.; PICCHETTI, P. A reestruturação dos setores de infraestrutura e a definição dos marcos regulatórios: princípios gerais, características e problemas. In: IPEA. *Infraestrutura: perspectivas de reorganização, regulação*. Brasília: IPEA, v. 1, p. 43-80, 1997. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/pub/infraestrutura/regulacao/parte2.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2007.

FOSTER, V. *Ten years of water service reform in Latin America: toward an Anglo-French model*. Washington, DC: World Bank, 2005, 26 p. Disponível em: http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2005/04/13/000090341_20050413100040/Rendered/PDF/320270WSSServiceReform.pdf. Acesso em: 29 jun. 2007.

GALVÃO JUNIOR, A. C. et al. *Regulação: procedimentos de fiscalização em sistemas de abastecimento de água*. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora/ARCE, 2006.

GALVÃO JUNIOR, A. C.; PAGANINI, W. S. Estado da arte da regulação da prestação dos serviços de água e esgoto no Brasil. In: CONGRESO DE LA ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE INGENIERÍA SANITARIA Y AMBIENTAL (AIDIS), 30, 2006, Punta del Leste, Uruguay. *Anais ...Punta del Leste: AIDIS*, CD-ROM, 2006.

- GALVÃO JUNIOR, A. C.; TUROLLA, F. A.; PAGANINI, W. S. Viabilidade da Regulação Subnacional dos Serviços de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário sob a Lei 11.445/2007. *Eng Sanit Ambient.*, Rio de Janeiro, Vol. 13, n. 2, p. 134, abr./jun. 2008.
- HELLER, L.; COLOSIMO, E. A.; ANTUNES, C. M. F. Environmental sanitation conditions and health impacts: a case-control study. *Rev Soc Bras Med Trop*, v. 36, n. 1, p. 41-50, jan./fev. 2003.
- HOLT, L. Utility service quality – telecommunications, electricity, water. *Utilities Policy*, n. 13, p. 189-200, Sep. 2005.
- HUTTON, G.; HALLER, L. *Evaluation of the costs and benefits of water and sanitation Improvements at the global level*. Genebra, Suíça: Organização Mundial da Saúde, 2004.
- IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios*: 2001. Rio de Janeiro, 2002.
- _____. *Estatísticas do século XX*. Rio de Janeiro, 2003.
- _____. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios*: 2005. Rio de Janeiro, 2006.
- IESP – Instituto de Economia do Setor Público. *Proposta de regulamentação da prestação de serviços de saneamento*. Brasília: Ministério do Planejamento e Orçamento. Secretaria de Política Urbana/IPEA, 168 p, 1995. (Série Modernização do Setor de Saneamento, 5).
- INFURB – Núcleo de Pesquisas em Informações Urbanas da Universidade de São Paulo. *Fundamentos e proposta de ordenamento institucional*. Brasília: Ministério do Planejamento e Orçamento. Secretaria de Política Urbana/IPEA, 1995. (Série Modernização do Setor Saneamento, 1).
- INSTITUTO TRATA BRASIL. *Trata Brasil: saneamento e saúde*. NERI, M. C. (Coord.). Rio de Janeiro: FGV/IBRE, CPS, 2007.
- JOURAVLEV, A. *Regulación de la industria de agua potable: regulación de las conductas*. Santiago do Chile: CEPAL, v. 2, 2001. Disponível em: <<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/0/9380/lc11671PE.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2007.
- _____. *Acesso a la información: una tarea pendiente para la regulación latinoamericana*. Santiago do Chile: CEPAL, 2003. Disponível em: <http://www.cra.gov.co/portal/www/resources/nxp_ajouravlev.pdf>. Acesso em: 5 set. 2006.
- MAJONE, G. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança. In: MATOS, P.T.L. et al. (Orgs.). *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. São Paulo: Singular, p. 53-85, 2006.
- MARQUES NETO, F. A. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- MEASSI, J. Mais poder para a agência. *Jornal Notícias do Dia*, Joinville, 2009.
- MENDES, C. H. et al. Poder Concedente e Marco Regulatório no Saneamento Básico. *CADERNOS DIREITO GV*. Vol. 2, n. 2, Relatório de Pesquisa número 10, São Paulo, 2006.
- MIRANDA, S. Futuro da Arsan ainda é incerto. *Correio da Tarde*, Natal, 21 jan. 2009.
- MOITA, R. M. S. *Regulação por incentivos: a universalização dos serviços de saneamento básico*. 2003. Dissertação (Mestrado em Economia). Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, USP, São Paulo.
- OLIVEIRA, G.; FUJIWARA, T.; MACHADO, E. L. A experiência brasileira com agências reguladoras. In: SALGADO, L. H.; SEROA DA MOTTA, R. *Marcos regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer*. Rio de Janeiro: IPEA, p. 163-197, 2005.
- PACHECO, R. S. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 523-43, jul./ago. 2007.

- PECL, A. Regulação comparativa: uma (des)construção dos modelos regulatórios. In: PECL, A. (Org.). *Regulação no Brasil: desenho, governança, avaliação*. São Paulo: ATLAS, p. 72-92, 2007.
- PHILLIPS JR., C. F. *The regulation of public utilities – theory and practice*. Arlington, VA: Public Utilities Report, 1993.
- PIRES, J. C. L.; Goldstein, A. Agências reguladoras brasileiras: avaliação e desafios. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 8, n.16, p.3-42, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev1601.pdf>>. Acesso em: 4 ago. 2006.
- PIRES, J. C. L.; PICCININI, M. S. *A regulação dos setores de infraestrutura no Brasil*. Rio de Janeiro: BNDES, p. 217-260, 1999. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/conhecimento/livro/eco90_07.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2006.
- REYNOLDS, L. Foundations of an institutional theory of regulation. *Journal of Economic Issues*, v. XV, n. 3, p. 641-656, Sep. 1981.
- SALGADO, L. H. *Agências reguladoras na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional*. Rio de Janeiro: IPEA, 52 p, 2003. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/pub/td/2003/td_0941.pdf>. Acesso em: 19 maio 2007.
- SAPPINGTON, D. E. M. *Principles of regulatory policy design*. Washington, DC.: World Bank, 49 p, 1994. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/1994/01/01/000009265_3961005201619/Rendered/PDF/multi0page.pdf>. Acesso em: 19 maio 2007.
- _____. Regulating service quality: a survey. *Journal of Regulatory Economics*, v. 27, n. 2, p. 124-154, 2005.
- SEROA DA MOTTA, R. *Questões regulatórias do setor de saneamento no Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, 24 p, 2004. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/notastecnicas/notastecnicas5.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2007.
- _____. As opções de marco regulatório de saneamento no Brasil. *Plenarium*, Brasília, n. 3, p. 100-116, Set. 2006.
- SEROA DA MOTTA, R.; MOREIRA A. Efficiency and regulation in the sanitation sector in Brazil. *Utilities Policy*, v. 14, n. 3, p. 185-195, set. 2006.
- SERRA, G. C. Questão urbana e participação no processo de decisão. In: PHILIPPI JR. et al (Coord.). *Curso de gestão ambiental*. Barueri, SP: Manole, p. 715-735, 2004.
- SILVA, R. T. A regulação e o controle público da infraestrutura e dos serviços urbanos no Brasil. In: DEÁK, C.; SCHIFFER, S.R. (Orgs.). *O processo de urbanização no Brasil*. São Paulo: Edusp, p. 261-312, 2004.
- SILVA, R. T. Aspectos conceituais e teóricos. In: GALVÃO JR., A. C.; SILVA, A. C. *Regulação, indicadores para a prestação dos serviços de água e esgoto*. Fortaleza: ABAR, p. 29-53, 2006.
- SUNDFELD, C. A. Introdução às agências reguladoras. In: _____ . (Org.). *Direito administrativo e econômico*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, p. 17-38, 2002.
- TEIXEIRA, J. C.; PUNGIRUM, M. E. M. C. Análise da associação entre saneamento e saúde nos países da América Latina e do Caribe, empregando dados secundários do banco de dados da Organização Pan-Americana de Saúde - OPAS. *Rev. Bras. Epidemiol.*, São Paulo, v. 8, n. 4, p. 365-76, 2005.
- TREBING, H. M. Regulation of industry: an institutional approach. *Journal of Economic Issues*, v. XXI, n. 4, p. 1707-1737, Dec. 1987.

- TRÉMOLET, S.; HUNT, C. *Taking account of the poor in water sector regulation*. Washington, DC: World Bank, 75 p, 2006. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2006/10/05/000090341_20061005145018/Rendered/PDF/375340Poor0in0Water0sector0WN1101PUBLIC1.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2007.
- TUPPER, H. C.; RESENDE, M. Efficiency and regulatory issues in the Brazilian water and sewage sector: an empirical study. *Utilities Policy*, v. 12, p. 29-40, n. 1, Mar. 2004.
- TUROLA, F. A. T. *Política de saneamento: avanços recentes e opções futuras de políticas públicas*. Brasília: IPEA, 26 p, 2002. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/pub/td/2002/td_0922.pdf>. Acesso em: 6 maio 2006.
- TUROLA, F. A.; OHIRA, T. H. *Saneamento básico: experiência internacional e avaliação de propostas para o Brasil*. São Paulo, SP: CNI, 2006.
- TUROLA, F. A. T. Participação social na definição de tarifas. In: GALVÃO JR., A. C.; XIMENES, M. M. A. F. *Regulação, controle social da prestação dos serviços de água e esgoto*. Fortaleza: ABAR, p. 95-113, 2007.
- VARGAS, M. C. *O negócio da água*. São Paulo: Annablume, 2005.
- WILLIAMS, J.; BORROWS, J.; DALY, S. *Small water company regulations: choices for commissions*. NARUC, 1988.

* Alceu de Castro Galvão Junior é engenheiro civil, mestre em Hidráulica e Saneamento, doutor em Saúde Pública pela Universidade de São Paulo (USP), analista de Regulação da Agência Reguladora do Ceará (Arce).

A VISÃO DA ARSBAN¹

Urbano Medeiros Lima

O processo de redemocratização do Brasil, a partir da década de 1980, abre perspectivas e caminhos a serem trilhados conforme as concepções de mundo adotadas e defendidas pelas forças políticas, econômicas e sociais em atuação na sociedade brasileira. A defesa de uma nova ordem econômica e social culminou com a instalação da Assembleia Nacional Constituinte, composta por representantes do povo que se encarregaram de escrever a Constituição de 1988 – cuja denominação de cidadã parece expressar o anseio repressado da população brasileira por mudanças na condução do Estado e, conseqüentemente, do seu papel ante as demandas reprimidas e respondidas mediante repressão, nos moldes da ordem que imperava no país naquela época.

O aparelho burocrático, por sua vez, emperrava os mecanismos pelos quais o Estado podia prestar serviços públicos à coletividade de forma adequada, eficiente e eficaz. A cultura tecnocrata, impregnada de ranço autoritário, permeava o serviço público, amparada pela centralização e ausência de participação efetiva da população nas decisões, por mais simples que fossem.

Promulgada a Lei Maior do país em outubro de 1988, após significativa mobilização e participação dos mais diversos segmentos e classes sociais em defesa de seus interesses, delineia-se uma nova ordem jurídica constitutiva do Estado Democrático de Direito, incorporando princípios gerais da atividade econômica, entre outros.

No bojo desses princípios encontra-se alusão à prestação dos serviços públicos nos exatos termos do art. 175 da CF/88: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos” (GIANULO, 2008, p.81).

Já no início da década de 1990, diante da onda neoliberal que varria o mundo, o Brasil – em que pesem as novas diretrizes insculpidas em seu arcabouço jurídico pós-regime de exceção de 1964 – incorporou a partir do Poder Executivo em nível federal, com suporte do Congresso Nacional, processo de privatização dos serviços públicos, cujo aprofundamento deu-se no Governo Fernando Henrique Cardoso (FHC).

Sem adentrar na discussão de cunho ideológico do processo de privatização no Brasil – festejado em leilões pelo poder econômico (poderosos grupos nacionais, sobretudo internacionais) –, diante da constatação calcada no dilema da má prestação do serviço público diretamente pelo Estado provedor, difundiu-se por meio do aparelho estatal, por formuladores do pensamento acadêmico e, massificadamente, pela mídia escrita, televisada e falada um novo modelo de Estado, batizado de ‘mínimo’, capaz de assegurar aos cidadãos, usuários e consumidores acesso sem burocracia, rápido e seguro. Supunha-se que tal modelo fosse imune à ingerência de práticas dita obsoletas, as quais levavam inevitavelmente à ineficiência do serviço público. Nesses moldes, estaria afastada, em tese, a inoperância do aparelho de Estado brasileiro.

Invocando a posição de Amaral (2005, p. 08) sobre o tema, observa-se a seguinte lição: “Com a privatização dos serviços públicos, surgiu uma nova função atribuída ao Poder Público, qual seja, a de regular os serviços concedidos”. Assim, o Poder Público manteve sua responsabilidade pelo serviço realizado, apenas transferindo a obrigação de prestá-lo. Não podendo, no entanto, esquivar-se de sua responsabilidade pelo cumprimento integral da obrigação transferida à concessionária ou permissionária. No dizer do autor, o serviço continuou a ser público, inobstante a privatização do seu exercício.

Apesar da euforia alardeada por segmentos da sociedade e amplamente divulgada pela imprensa, constatou-se à época uma espécie de insegurança e ausência de mecanismos, por parte do Estado ou disponíveis à população usuária dos serviços, no sentido do controle, se não sistemático, ao menos pontual da atividade econômica entregue a operadores privados. A deformação no processo de privatização, levado a cabo pelo governo brasileiro naquela quadra histórica do século passado – impulsionado pelos

ditames da política neoliberal implantada na Europa e Estados Unidos e refletida em grande parte do mundo –, produziu consequências importantes no papel do Estado brasileiro após seu desmonte com a privatização de empresas estatais estratégicas para o desenvolvimento soberano do Brasil, a exemplo do setor de telecomunicações e energia elétrica.

As demandas sociais e econômicas cresciam vertiginosamente, porém sem respostas por parte do Estado mínimo idealizado pelo Programa de Desestatização da Economia (PDE). Para responder aos desafios postos, e ante a pressão social, a postura do governo federal, evidentemente, não foi recuar na política implementada em busca da modernização do Estado, como pregado à época, mas partir para criação de entes estatais que responderiam à necessidade de regulação da economia.

Nesse contexto, surgiram as agências reguladoras no Brasil, a partir de 1997, com a criação da Anatel (telecomunicações) e posteriormente da Aneel (energia elétrica), da ANTT (transportes terrestres), da Antaq (transportes aquaviários). Ainda na esteira do entendimento de Amaral (2005, p. 08) “a criação, organização, estruturação e funcionamento dessas agências deveria ter precedido a privatização dos serviços”.

Na verdade, o Estado brasileiro foi omisso no sentido de prover, antes da privatização do patrimônio público, os meios, instrumentos e mecanismos para exercício do controle, da fiscalização e da regulamentação das atividades econômicas exercidas em forma de concessão, inobstante as Leis nº 8.987 e 9.074, ambas de 1995, que regulamentaram o art. 175, inciso III, da Constituição Federal. Dessa forma, a função de regulação criada pelo Estado desfigurou-se diante dos gigantes da economia, que passaram a dominar com sua ânsia de lucro insaciável setores estratégicos para o Brasil e seu povo, com implicações, na visão de muitos, na própria soberania nacional.

Assim, o acesso fácil e a celeridade em adquirir produtos e receber serviços públicos de qualidade transformaram-se em pesadelo para milhões de usuários/consumidores, apesar do incontestável acesso da população a serviços, como a telefonia, cuja universalização era impensável em um espaço de tempo razoável no contexto do desenvolvimento do país. A ausência de regras disciplinadoras na prestação dos serviços públicos concedidos causou espanto e indignação no elo mais fraco da cadeia, ou seja, o cidadão usuário.

Condições desfavoráveis e tarifas elevadas impostas pelas concessionárias ilustraram a história do Brasil no final do século XX.

Contextualização da criação das agências reguladoras no Brasil

As agências reguladoras no Brasil foram instituídas em um ambiente político, social e econômico marcado por profundas transformações na concepção do papel do Estado, visto pelos defensores do neoliberalismo econômico como intervencionista, portanto passível de reformulação de seu papel – adquirindo, nessa visão, um novo dimensionamento apto a responder às demandas requeridas pelos usuários de seus serviços públicos.

Com essa transformação brusca, o Estado regulador desponta e com ele surgem as agências reguladoras, criticadas por uns e ovacionadas por outros. Depois de pouco mais de uma década de atuação, nos três níveis de governo (federal, estadual e municipal), as agências reguladoras estão consolidadas no cenário nacional. Cabe ressaltar, contudo, o caráter diversificado dos modelos adotados nas três esferas de gestão e o debate travado por reguladores, regulados, governo, segmentos econômicos e sociais e demais interessados no tema, em torno da visão atribuída à regulação de serviços públicos no Brasil.

Nesse particular, há de se levar em consideração, no contexto atual, a forte crise por que passa o mundo, com reflexos inevitáveis e já perceptíveis na economia brasileira. Uma possível retração econômica no país causará certamente impactos significativos nos níveis de emprego e renda da população, o que poderá impor queda na qualidade dos serviços prestados ao consumidor. A queda em investimentos privados também se insere nesse contexto.

Fazendo um contraponto inevitável, percebe-se que a teorização em torno do Estado mínimo, defendida com veemência por teóricos da reforma do aparelho estatal brasileiro na década de 1990, parece inadequada diante da crise instalada no planeta desde fins de 2008, a partir dos Estados Unidos – âncora da ciranda financeira e do capital volátil e especulativo.

Nesses tempos de crise econômica mundial, sem precedentes nos últimos 34 anos, o agora Estado regulador passa a ser chamado

principalmente pelos grandes conglomerados econômicos para socorrê-los. Pelo visto, volta-se aos tempos do Estado interventor, batizado nesses termos pela corrente política e econômica prevalente no cenário das privatizações de meados da década passada. Afigura-se como indispensável a discussão em torno do tema, o qual está em consonância direta com o papel a ser exercido pelo Estado na atual quadra histórica, em que o crescimento econômico continua inabalável, se comparado às tempestades experimentadas mundo afora.

Diante desse quadro dantesco, a economia do Brasil não demonstra vulnerabilidade a ponto de sucumbir à crise econômica. Para surpresa dos defensores do Estado mínimo – apenas regulador, não interventor, ou outra denominação que se adéque à espécie ou modelo propugnado –, a realidade hoje no Brasil aponta outro rumo, qual seja o do desenvolvimento com investimentos maciços de bilhões de reais em infraestrutura em diversos setores da economia, com destaque para a área de saneamento básico. O Estado, por meio do governo central, tem anunciado a determinação de continuar induzindo o desenvolvimento sem trégua, o que afugentaria a crise em curso.

Nesse contexto, é preciso absorver e reconhecer as críticas e posicionamentos a reparar o ainda tímido investimento em setores essenciais da economia, a exemplo da infraestrutura de saneamento básico em estados e municípios nesse gigantesco Brasil. Há também de se reconhecer a guinada histórica do papel do Estado brasileiro a partir de 2003, quando, no curso da nossa ainda deformada democracia, o povo apontou um novo rumo para o país. Portanto, a contar de então, seis anos apenas separam o novo período visto por ideólogos do neoliberalismo econômico como interventor, mesmo após a adoção do modelo considerado moderno de Estado e da economia nos marcos de um mercado sob autocontrole, algo inconcebível e desmentido pela história. Inclusive com consequências imprevisíveis para o país, não fosse a interrupção do modelo imposto aos brasileiros, diga-se, sem freios para controlar o mercado e seus grupos econômicos nacionais e internacionais.

Nesse novo período histórico, o desafio que se apresenta para o Estado e seu modelo regulatório é incomensurável. Porém, convém uma reflexão

sobre o modelo mais adequado ou pelo menos mais próximo da realidade econômica, social e política da nação brasileira.

Marco legal da regulação no município de Natal

A política de privatização levada a efeito em nível nacional, como já mencionado, refletiu-se no Estado do Rio Grande do Norte, com a privatização da Companhia de Serviços Elétricos (Cosern). A discussão em torno da transferência do controle de setores da economia, considerados estratégicos, do Estado para a iniciativa privada fez ecoar protestos de diversos segmentos sociais, entre os quais sindicatos e partidos políticos, que logo se transformaram em um amplo movimento em defesa da manutenção do controle estatal sobre a Companhia de Águas e Esgotos do Rio Grande do Norte (Caern), empresa de economia mista. A conjuntura política nacional já incorporava discussões crescentes sobre o papel do Estado na economia, agora abarcando o papel regulador do Estado, e não mais a sua intervenção direta, ante a mudança de paradigmas no Brasil observada a partir do início da década de 1990.

Nesse contexto histórico, o governo estadual e municipal, em campos políticos opostos, passaram a dar prioridade ao assunto dentro dos interesses estratégicos de ambos e a partir da concepção de cada esfera de governo acerca da prestação dos serviços públicos de saneamento básico. Buscaram, então, um arranjo institucional capaz de preservar o sistema sob o controle do Poder Público e, ao mesmo tempo, estabelecer mecanismos e instrumentos jurídico-legais para tanto.

A concretização desse arranjo deu-se em período (2001) considerado de transição no país do Estado provedor para o Estado regulador. Portanto, a pactuação política possível em torno da responsabilidade do Poder Público em prover os serviços de saneamento básico, considerados essenciais, no município de Natal (RN), reflete a conjuntura econômica e política da época.

Assim, tem-se como preponderante, no marco regulatório de Natal, a reflexão diante da modernização do aparelho estatal partindo de uma política nacional, seguindo um modelo que não combinou a transferência de responsabilidade na prestação de serviços públicos essenciais à coletividade e

estratégicos para o desenvolvimento econômico da União, estados e municípios com o controle, a normatização e a fiscalização desses. Isso gerou um fosso na passagem para o Estado regulador, ante a fragilidade e mesmo inexistência de instituições estaduais imprescindíveis ao fortalecimento do modelo.

O processo histórico da regulação em Natal, iniciado em 2001, teve um forte componente social, contextualizado pelo debate político em torno da teoria do Estado mínimo versus Estado interventor ou provedor, porém em uma quadra histórica de transição para o Estado regulador de fato e de direito. Após a participação da sociedade civil organizada e flexibilizadas posições de cunho meramente político nas esferas de governo, os principais atores envolvidos na discussão ingressam em uma etapa decisiva visando à consolidação de um pacto possível diante da realidade posta.

Essa etapa e as seguintes pautaram-se por visões focadas em políticas de Estado, ultrapassando as pautas da política de governo nas esferas estadual e municipal, sem alinhamento político, mas concebida de modo articulado no sentido de combinar, indissociavelmente, no marco regulatório do setor os seguintes aspectos: técnicos; participação e controle social; sustentabilidade ambiental; e segurança econômica dos serviços de saneamento básico no município.

O produto final desse processo de discussão conduzido com elevado espírito público – inicialmente, entre o Estado do Rio Grande do Norte e o município de Natal, e em seguida em discussão ampla do Poder Executivo Municipal com a Câmara Municipal de Natal –, dentro de um espaço de tempo relativamente curto, ou seja, menos de um ano, demonstra de forma inequívoca o esforço coletivo consubstanciado na engenharia política do diálogo permanente, o qual foi capaz de criar mecanismos modernos de controle na regulação, asseguradores do equilíbrio entre os atores sociais, econômicos e estatais, compondo, portanto, o denominado triângulo da regulação.

No entanto, o marco regulatório concebido e aplicado em Natal com o propósito de regular os serviços de saneamento básico no município enveredou por caminho completamente distinto daquele seguido pelo governo federal na década de 1990, com reflexos principalmente na concepção da regulação nos estados, apesar da ausência de uniformização dos modelos

de regulação, persistente até os dias de hoje. Nos municípios, a influência foi menor, talvez pela própria discussão baseada na titularidade dos serviços, quando se trata de saneamento básico.

A montagem da equação da regulação municipal em Natal ainda agrega um componente incomum em nível nacional: o fato de a agência reguladora municipal controlar, normatizar e fiscalizar uma empresa estadual, a Caern, responsável pelo abastecimento de água, coleta e tratamento de esgotos em 150 municípios do Rio Grande do Norte, deixando de operar apenas em 17.

Nesse particular, o processo de definição da tarifa a ser aplicada pela concessionária nos limites de Natal adquire incontestável importância, em razão da abrangência estadual, não pela competência da agência reguladora corresponder à escala estadual, mas pelo fato de a empresa concessionária aplicar a tarifa unificada em todo o Rio Grande do Norte. Assim, quando o processo de reajuste ou revisão tarifária é deflagrado no município de Natal, quando da definição da tarifa a ser praticada pela concessionária, mais de 3 milhões de usuários são atingidos pela decisão tomada, e não somente os 800 mil habitantes da capital potiguar.

Constata-se, sob o prisma da regulação da política tarifária da companhia estadual, a ação da Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico (Arsban) em nível estadual, apesar de a sua competência regulatória circunscrever-se apenas aos limites geográficos do município de Natal.

Voltando ao contexto dos desafios da regulação no país, com destaque para a experiência de cerca de sete anos em Natal, são necessárias algumas considerações sobre os modernos instrumentos e mecanismos criados para imprimir qualidade e sustentabilidade à regulação dos serviços públicos no município. Como já mencionado, o marco regulatório de Natal seguiu trajetória diversa do da União, à época das privatizações.

Na verdade, o processo tortuoso observado na esfera federal a partir de 1997 não encontrou ressonância na esfera municipal. O arcabouço legal (Quadro 1) produzido caracterizou-se cronologicamente nos moldes seguintes:

- Em janeiro de 2001, deu-se a outorga pelo Poder Legislativo ao Executivo Municipal visando à concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário exclusivamente à Caern.

- Dando prosseguimento à aprovação legislativa do marco legal no município, foi promulgada em julho do mesmo ano a lei que estruturou o Conselho

Municipal de Saneamento Básico (Comsab), para em seguida, dezembro de 2001, ser criada por lei a Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Município do Natal (Arsban). Estava consolidado, em parte, o marco legal do saneamento básico no município, fruto de uma sólida discussão envolvendo todos os atores do processo, com forte espírito republicano, pautado por ideários balizados em políticas de Estado e não de governo.

Quadro 1: Marco legal da regulação no município de Natal

Descrição da Lei ou Decreto (nº / data)	Conteúdo
Lei nº 5.250 de 10/01/01	Dispõe sobre a autorização do Executivo Municipal a outorgar concessão exclusiva à Companhia de Águas e Esgoto do Rio Grande do Norte (Caern), para a prestação dos serviços públicos locais de abastecimento de água e de esgotamento sanitário e dá outras providências.
Lei nº 5.284 de 24/07/01	Dispõe sobre a obrigatoriedade de a Caern fazer constar nas contas de água municipais a composição total do produto final fornecido aos consumidores, bem como dá outras providências.
Lei nº 5.285 de 25/07/01	Cria o Conselho Municipal de Saneamento Básico e estabelece outras disposições.
Lei nº 6.834 de 30/01/01	Regulamenta a Lei n.º 5.284/01, definindo a forma de disposição das informações que deverão constar nas contas de águas.
Lei nº 5.346 de 29/12/01	Cria a Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Município do Natal (Arsban) e dá outras providências.
Decreto nº 6.877 de 19/12/01	Regulamenta o Conselho Municipal de Saneamento Básico e dá outras providências.
Lei nº 5.347 de 07/01/02	Regulamenta a perfuração e o uso de poços tubulares em Natal.

Fonte: Arsban, 2008.

Importante extrair recortes, sobretudo da legislação disciplinadora dos mecanismos de autorização legislativa, controle social e órgão regulador, inclusive quanto à promulgação das leis. A Lei nº 5.250, de 2001, autoriza o Poder Executivo Municipal a outorgar concessão exclusiva à Companhia de Águas e Esgotos do Rio Grande do Norte (Caern), pelo período de 25 anos, impondo porém determinadas condições, entre elas, “a inalterabilidade da natureza estatal da concessionária” (ARSBAN, 2001).

Outro aspecto relevante da lei de outorga consiste na garantia da participação dos usuários dos serviços no processo tarifário, ao mesmo tempo em que assegura a realização da Conferência Municipal de Saneamento Básico a cada dois anos, autorizando ao Executivo constituir entidade própria de regulação ou conveniar nesse sentido. A legislação na área traz ainda a previsão de cláusulas essenciais a serem observadas quando da celebração do contrato de concessão de prestação dos serviços.

Os termos da legislação supracitada evidenciam o desenho do marco legal da regulação no município de Natal, mirando um modelo diverso dos praticados pelas agências reguladoras até então constituídas no país. Essas, no geral, voltam suas atividades para a regulação econômica, sem maiores preocupações com o caráter social da regulação. O modelo do município pode ser observado pela leitura dos arts. 2º, 5º, 8º e 9º da Lei nº 5.250/2001:

Art. 2º O prazo de vigência da presente concessão é de 25 (vinte e cinco) anos, obedecidas em conjunto as seguintes condições:

D) a inalterabilidade da natureza estatal da concessionária;

[...]

§ 3º A entidade concessionária se comprometerá a também cumprir as seguintes determinações:

[...]

II) Assegurar a participação da sociedade usuária na fiscalização da qualidade dos serviços prestados, na definição da política tarifária e na prioridade de serviços a serem executados;

[...]

Art. 5º Para exercer especificamente o controle da prestação dos serviços concedidos por esta Lei, o Executivo Municipal fica, desde já, autorizado a constituir entidade própria ou firmar convênios com outras instituições de caráter público, obedecidas as prescrições legais.

[...]

Art. 8º A concessão prevista nesta Lei efetivar-se-á mediante contrato, do qual, sem prejuízo de outras, constarão como cláusulas essenciais:

[...]

III) os critérios de cobrança de tarifas pela prestação de serviços e os procedimentos para o seu reajuste e revisão;

[...]

VI) o respeito aos direitos dos consumidores usuários dos serviços;

[...]

Art. 9º Competirá ao Poder Executivo Municipal:

I) Instituir o Conselho Municipal de Saneamento Básico, órgão colegiado de composição paritária, assegurando-se a representação dos poderes Executivo e Legislativo Municipal, empresa operadora, usuários/consumidores, empregados da operadora, instituições de estudo e pesquisa na área de saneamento e de preservação ambiental;

II) Promover, a cada dois anos, a Conferência Municipal de Saneamento Básico, assegurando-se a representação de vários segmentos sociais, com fins de avaliar a situação do saneamento e abastecimento desta capital, propondo diretrizes para a Política Municipal de Saneamento e Abastecimento (ARSBAN, 2001).

No curso da construção pactuada da política regulatória em Natal, e após seis meses da autorização legislativa para concessão à Caern, pelo Executivo Municipal, da operação dos serviços de água e esgoto da capital

do Rio Grande do Norte, o Poder Legislativo volta a apreciar projeto de lei – transformado na Lei nº 5.285/2001 –, cuja redação contempla o controle social mediante a participação em órgão colegiado e paritário, com poder opinativo, consultivo e deliberativo.

No dia 28 de dezembro de 2001, foi instituído o ente regulador, organizado sob a forma de autarquia especial, denominado Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Município do Natal (Arsban), encerrando um ciclo de intensos debates envolvendo os poderes Executivo, Legislativo, sociedade civil e demais segmentos técnicos interessados no assunto.

O texto da Lei nº 5.346/2001 trouxe mecanismos inovadores e modernos do ponto de vista da regulação, aqui concebida e entendida sob a ótica da sustentabilidade, significando um somatório de componentes de ordem social, econômica e técnica conjugados para superar conflitos de interesses entre o poder concedente, regulados e usuários, promovendo, dessa forma, mediante o controle e a participação social, o equilíbrio requerido pelas boas práticas regulatórias.

Portanto, o represamento de conflitos não teve espaço no corpo da legislação que criou a Arsban. Muito pelo contrário, em vez de excluir os segmentos sociais da participação no Conselho Municipal de Saneamento Básico (Comsab), o legislador foi além, ao estabelecer entre as competências do ente regulador a de “estimular a formação de associações de usuários”, garantindo a participação desses em órgãos da agência reguladora. Pode-se perceber ainda outro aspecto relevante inserido no marco legal da regulação no município de Natal: o exercício das atribuições do ente regulador “em conformidade com as políticas e diretrizes estabelecidas pelo Conselho Municipal de Saneamento Básico”.

Nesse sentido, a normatização dos serviços públicos concedidos, consubstanciada na quantidade e qualidade das atividades reguladas, será homologada pelo Comsab e aplicada pela Arsban. A promoção do desenvolvimento econômico e social do município, ancorado no princípio da universalidade dos serviços de saneamento, também se encontra inserta no marco regulatório municipal. Ainda merece destaque a alusão expressa no texto legal quanto ao sistema de informações “com o objetivo de promover a estabilidade e a harmonia nas relações entre o poder concedente, as entidades

reguladas e os usuários”. Portanto, a abrangência da Lei nº 5.346/2001 compreende os aspectos e mecanismos abordados, conforme se vê:

Art. 1º Fica criada a Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Município do Natal (Arsban), autarquia sob regime especial, com o objetivo de regular a prestação dos serviços públicos de saneamento básico, vinculada à Secretaria Municipal de Planejamento e Gestão Estratégica, dotada de autonomia financeira, funcional e administrativa, com sede e foro na cidade de Natal, capital do Estado do Rio Grande do Norte.

§ 1º A Arsban exercerá suas atribuições em conformidade com as políticas e diretrizes estabelecidas pelo Conselho Municipal de Saneamento Básico.

[...]

Art. 3º [...]

§1º A competência regulatória da Arsban deverá compreender a normatização, o controle e a fiscalização dos serviços de saneamento básico [...].

§ 2º A normatização compreende o estudo e a proposta de normas e padrões para serviços de saneamento básico, objetivando o controle e a fiscalização da quantidade e da qualidade das atividades reguladas, para serem homologados pelo Conselho Municipal de Saneamento Básico e aplicados pela Arsban.

[...]

Art. 5º A Arsban obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, e atuará no sentido de assegurar que os entes regulados respeitem os direitos dos usuários e prestem, com justiça e equidade, serviços adequados, satisfazendo as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade das tarifas.

[...]

§ 3º A Arsban criará sistema de informações e de educação dos agentes e demais envolvidos a respeito das políticas, diretrizes e regulamentos do setor de saneamento básico, devendo publicar relatórios periódicos de avaliação, na forma estabelecida em regulamento, com o objetivo de promover a estabilidade e a harmonia nas relações entre o poder concedente, as entidades reguladas e os usuários.

Art. 7º À Arsban compete exercer, nos termos desta lei, dos convênios e demais atos pertinentes, autorizados em lei, os encargos e atribuições recebidos do poder concedente, especialmente:

[...]

XVIII) estimular a formação de associações de usuários, bem como apoiá-las para defesa de interesses relativos ao serviço regulado e assegurar sua participação em órgãos da Arsban, na forma prevista em regulamento.

Como coroamento desse processo de discussão e elaboração do marco regulatório no município – cujo início remonta à autorização, pela Câmara Municipal de Natal, ao Poder Executivo visando à outorga exclusiva à Caern da prestação dos serviços de água e esgotos –, celebrou-se em 30 de abril de 2002 o contrato de concessão, nos termos propugnados pela legislação vigente, tendo o extrato desse instrumento sido publicado no Diário Oficial do Município (DOM) de 21 de junho de 2002 (NATAL, 2002).

É de se notar, na demonstração do marco legal do saneamento em Natal, a constatação de premissas que ensejam segurança e transparência na atividade regulatória. Um exemplo está na solução de conflitos de interesses levados ao Conselho de Saneamento para serem dirimidos em ambiente de democracia participativa, no qual os atores diretos e indiretos se fazem representar, ensejando resultados equilibrados, o que tem propiciado estabilidade e harmonia entre os atores envolvidos no processo de forma direta: poder concedente, concessionária e usuários.

Implementação e consolidação do marco regulatório no município de Natal

Estabelecido o marco legal da prestação dos serviços de saneamento básico no município de Natal, surge o desafio de implantar efetivamente o modelo de regulação desenhado nos moldes do marco constituído em nível local, porém associado a uma realidade nacional bastante adversa do ponto de vista do investimento em infraestrutura das cidades. O saneamento básico continuava órfão de uma política nacional para o setor, refletindo diretamente nos estados e municípios. Nesse ambiente político-econômico desolador, vislumbram-se expectativas com base em metas pactuadas no contrato de concessão visando à universalização progressiva dos serviços de água e esgotos em Natal.

No entanto, ainda no ano de 2002, apesar do avanço representado pela elaboração do marco legal, após um debate com ampla participação de diversos segmentos da sociedade, o país vivia um período histórico importante: a transição operada pelo processo político democrático, cujo resultado eleitoral apontou mudança significativa, pelo menos em termos de prioridades no contexto das políticas públicas. Assim, criou-se uma enorme expectativa local de inserção dos prestadores de serviços regulados nesse cenário. Ultrapassados os obstáculos iniciais, com a criação do Ministério das Cidades no início de 2003 são pautadas prioridades. Os reflexos passam a ser observados já em 2004, quando o governo federal busca pactuar com estados e municípios uma nova política para o setor de saneamento básico no Brasil, concretizada por meio da Lei nº 11.445/2007, ao estabelecer a política nacional e as diretrizes gerais para o setor. Paralelamente a esses acontecimentos, o marco regulatório do município de Natal foi sendo implementado e consolidado ao longo desses sete anos.

Nesse curto período histórico, iniciado em 2001 e aperfeiçoado de forma participativa, alicerçado em um pacto permanente e democrático, o marco legal expressa-se na conjugação de aspectos que reúnem, ao mesmo tempo, componentes técnicos, políticos, econômicos e sociais.

Os instrumentos e mecanismos disponíveis no marco regulatório do município de Natal permitem e integram esses componentes, imprimindo à

regulação um novo paradigma, fundamentado na inserção dos atores interessados diretamente no processo – poder concedente, concessionária e usuários – e alcançando também outros segmentos da sociedade civil organizada.

Na verdade, estamos diante de um processo de entendimento amplo que aponta no rumo de uma política regulatória sustentável, entendida aqui como sendo aquela capaz de reunir componentes técnicos, sociais e econômicos com a finalidade de agregar conhecimento e responder de maneira participativa aos conflitos que se apresentam no contexto do planejamento, elaboração e execução da política municipal focada na prestação dos serviços regulados de saneamento básico.

Ao conjugar esforços na busca de soluções para os graves problemas advindos da ausência de políticas públicas voltadas para ações de infraestrutura urbana, nas quais o saneamento básico tem importância vital para a população, os desafios da regulação dos serviços pela Arsban vêm sendo superados à medida que os planos e projetos vão se concretizando na esteira dos investimentos carreados para obras estruturantes no setor.

Não se pode perder de vista a implementação da regulação dentro de uma construção permanente e simultânea, a um só tempo incorporando elementos adstritos à regulação econômica e social. Esse fato consiste em diferencial importante quando se discute regulação no Brasil. Ou seja, nem sempre o componente social adquire relevância quando a abordagem em torno do Estado regulador evidencia-se. Quase sempre, sobrepõe-se e prevalece a tese que advoga a regulação no seu viés apenas econômico, amparada por um cabedal técnico imprescindível para proteger o mercado e equilibrar suas forças, passando despercebido o papel preponderante do consumidor e/ou usuário dos serviços públicos regulados.

Longe de causar perplexidade, a concepção tão somente reflete a importância dada à regulação econômica, sobretudo em período ainda de transição da Era FHC – marcada pela defesa do Estado mínimo – para o governo atual, empossado em 2003. Com a realidade descortinada pelas eleições de 2002, quando ascendem ao poder central, sob a liderança do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, forças políticas dispostas a promover

transformações no Estado mínimo implantado na década de 1990, o modelo de regulação das agências federais sofre contestações.

No caso de Natal, a Arsban gradativamente ingressa de modo positivo nesse período de ebulição e incertezas no campo da regulação no Brasil, favorecida pelo modelo que adotou, o qual incorpora forte viés de regulação social.

Refletindo as mudanças preconizadas no governo central, o Estado do Rio Grande do Norte incorporou-as, com a eleição da governadora Wilma Maria de Faria, alinhada administrativa e politicamente com o governo federal e o municipal, sob a direção do prefeito Carlos Eduardo Nunes Alves.

No debate da regulação no Brasil, o componente político não pode ser desprezado, inobstante posições divergentes nesse sentido, restringindo, portanto, a atividade regulatória ao campo exclusivamente técnico. É salutar não desconhecer a importância dos aspectos técnico e econômico da regulação. Esse último extremamente valorizado pela gestão da agência reguladora de Natal, desde 2003, quando, dada a inexistência de quadro de pessoal técnico qualificado mediante concurso público no ente regulador, foram contratados serviços de consultoria junto à Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), com a finalidade de proceder a uma auditoria na Companhia de Águas e Esgotos do Rio Grande do Norte (Caern), detentora da concessão.

Vale ressaltar que a ausência de um quadro técnico próprio foi em parte superada pela realização de concurso público, no ano de 2008, o qual procurou contemplar as necessidades da agência em suas várias vertentes.

Para atingir a finalidade técnica e econômica da auditoria na concessionária, cumprindo a agência reguladora suas atribuições, fez-se necessária a constituição de uma comissão composta por membros da Caern, da Arsban e técnicos da UFRN, visando estabelecer os primeiros entendimentos quanto à forma de abordagem daquela intervenção da agência, critérios, objetivos e resultados esperados a partir daquele momento. O cenário observado não desprezou um componente significativo, o político, fundamental do ponto de vista das decisões visando a uma compreensão do processo levado a efeito naquela ocasião, não consistindo em trabalho de intervenção, mas de conhecimento a partir das informações contábeis, econômicas, financeiras e patrimoniais da concessionária.

Superado o clima de desconfiança instalado no início entre regulador e regulado, o procedimento, antes denominado de auditoria, evoluiu para contabilidade regulatória, sem qualquer prejuízo no conteúdo do trabalho a ser realizado no seio da empresa concessionária. Logo foi percebido pela regulada que a assimetria de informação, tão nefasta no controle da regulação, também precisava ser superada entre setores da própria empresa.

A contabilidade regulatória enquadra-se na modalidade de regulação econômica, tendo a Arsban se destacado na utilização dessa ferramenta importante na regulação dos serviços públicos. Partindo-se do princípio de que não se pode regular quando não se conhece as informações do regulado, o procedimento adotado na capital potiguar foi objeto de discussão na “Oficina sobre Regulação Econômico-Tarifária dos Serviços de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário no Brasil” realizada em Natal, nos dias 5 e 6 de dezembro de 2006. Na referida oficina, foram debatidas questões relevantes acerca das dificuldades encontradas pelas agências reguladoras nos três níveis de governo, com destaque para a assimetria de informação.

A experiência acumulada pela agência desde 2003 serviu de base para outros órgãos reguladores do país inserirem em sua política regulatória essa boa prática havida de um processo que exigiu habilidade e convencimento técnico e político.

A atuação regulatória da Arsban consistiu em pesquisa, avaliação e diagnóstico da situação econômico-financeira da Caern. O estudo em questão possibilitou o conhecimento dos aspectos contábeis, patrimoniais, além dos relacionados aos gastos que representam custos e despesas da concessionária. Também permitiu levantamento das deficiências dessa, subsidiando a política tarifária de água e esgoto praticada pela concessionária até então.

A evolução e o aprofundamento da regulação econômica na empresa regulada desenvolveram-se sem sobressaltos, apesar de, entre 2003 e 2008, quatro presidentes da concessionária ocuparem sua administração, enquanto o diretor-presidente da agência reguladora permanece no seu segundo mandato, que corresponde a quatro anos. Esse fato revela e atesta a importância da pactuação na atividade regulatória, porém sem riscos de captura.

Para entender melhor o contexto da regulação econômica na capital do Estado do Rio Grande do Norte, é preciso concebê-la dentro da

integralidade do seu marco regulatório, como já descrito alhures. Daí a sua indissociabilidade com a política tarifária praticada pela concessionária. O ente regulador, após apreciação de pleitos de revisão e reajuste tarifário, remete parecer técnico ao Conselho Municipal de Saneamento Básico (Comsab). Compete a esse colegiado paritário discutir e deliberar, produzindo em última instância resolução a ser observada pela Arsban, que determina sua aplicação pela Caern.

A explicação para um processo aparentemente complexo, na verdade, é bastante simples. Sob as incertezas geradas pela assimetria de informações, a concessionária regulada não consegue demonstrar, ou pelo menos vai enfrentar dificuldades perante o regulador e o órgão de controle social, nesse caso, o Conselho de Saneamento. Em relação ao regulador, sem informações precisas e seguras, certamente terá dificuldades técnicas para analisar e se pronunciar, o que repercutirá na decisão final do Comsab.

Portanto, a regulação dos serviços públicos de saneamento básico em Natal norteia-se pela combinação de fatores distintos que se completam, convergindo para a instância final de decisão, o Comsab, onde todos os segmentos sociais, de governo e do setor regulado em geral estão representados paritariamente, garantindo equilíbrio às suas decisões.

O processo em torno da contabilidade regulatória não se desenvolve linearmente. Ao contrário, depende de variáveis, a saber: disponibilidade de informações pela empresa regulada; atendimento a recomendações da agência reguladora, entre outras produzidas pela dinâmica da atividade regulatória. No contexto das recomendações geradas a partir da introdução da contabilidade regulatória na regulação econômica dos serviços públicos de saneamento básico, destacam-se:

- Aperfeiçoar os controles internos para que haja interatividade entre o sistema contábil, financeiro, patrimonial e de faturamento;
- Implementar a política de hidrômetros e coleta automática dos dados de consumo para faturamento;
- Proceder ao cálculo das quotas de depreciação com base nas informações do sistema de controle do patrimônio.

A concessionária tem atendido em parte às recomendações da Arsban, repercutindo na regulação social realizada a partir das diretrizes delineadas

pelo Comsab. Em última análise, por meio da contabilidade regulatória, a agência absorve informações indispensáveis a sua atuação, ao mesmo tempo em que subsidia o conselho na tomada de decisões mediante parâmetros confiáveis, permitindo-lhe aferir a posição econômico-financeira da concessionária quando da formulação dos índices de reajustes e sobretudo de revisão tarifária.

A título de exemplificação, menciona-se a reestruturação tarifária apresentada pela Caern, em 9 de junho de 2003, solicitando um índice de reajuste que, segundo parecer da agência, causaria um impacto financeiro na forma de um realinhamento de preços linear atinente de 57,27%, o que, em algumas faixas de consumo, elevaria a tarifa em percentuais superiores a 150%. Contudo, em parecer da agência reguladora encaminhado ao Comsab, foi apresentada proposta de índice linear de 22% sobre a nova estrutura, sendo acolhida pelo conselho, conforme Resolução nº 04/2003.

Mesmo diante de um ambiente regulatório marcado pela insipiência de dados e ausência de parâmetros com vista a fornecer embasamento para tomada de decisão tanto pelo ente regulador quanto pelo conselho, percebe-se agilidade e equilíbrio na condução desse processo tarifário, uma vez que em aproximadamente três meses equacionou-se a demanda média de tempo encurtada em processos posteriores.

A partir de 2004, com a evolução dos estudos e análises de forma sistemática, a assimetria de informação restou diminuída, propiciando ambiente regulatório mais estável. Nesse momento, a Caern pleiteou reajuste de 24,3%, cerca de dois meses após a data-base. Em contrapartida, a Arsbán recomendou índice de 12,28% relativo ao IGP-M apurado no período, justificando para tanto ser suficiente tal percentual no sentido de manter o equilíbrio econômico-financeiro da concessionária. Após intensas discussões no pleno do Comsab, deliberaram os conselheiros pelo acatamento da proposta da agência (Resolução nº 007/2004), em razão de argumentos sólidos agora embasados em parâmetros seguros.

Conforme observado, o Comsab exerce atribuições de suma importância na regulação, posto que é responsável pelas discussões e deliberações acerca das revisões e dos reajustes tarifários pleiteados pela Caern. Dentre outras competências, conforme art. 4 da Lei nº 5.285/2001:

Art. 4º Ao Conselho Municipal de Saneamento Básico, na qualidade de órgão colegiado e com poder opinativo, conforme determinação legal, competirá:

I) Participar ativamente da elaboração e execução da Política Municipal de Saneamento;

II) Participar, opinar e deliberar sobre a elaboração e implementação dos Planos Diretores de Abastecimento de Água, Drenagem, Esgotamento Sanitário, Limpeza Urbana e Resíduos Sólidos do Município de Natal (alterado pelo art. 2º da Lei Promulgada nº 0233/05, publicada no DOM de 26 de abril de 2005);

III) Promover a Conferência Municipal de Saneamento Básico, a cada dois anos, quando não convocada pelo Poder Executivo;

IV) Acompanhar o cumprimento das metas fixadas em Lei, por parte das empresas concessionárias dos serviços de água e esgoto, em especial o atendimento do esgotamento sanitário no município, no prazo fixado pelo art. 2º, II, da Lei nº 5.250/2000;

V) Promover estudos destinados a adequar os anseios da população à Política Municipal de Saneamento;

VI) Opinar, promover e deliberar sobre medidas destinadas a impedir a execução de obras e construções que possam vir a comprometer o solo, os rios, lagoas, aquífero subterrâneo, a qualidade do ar e as reservas ambientais do município, buscando parecer técnico evidenciador do possível dano;

VII) Buscar o apoio de órgãos e entidades realizadoras de estudos sobre meio ambiente e saneamento, de modo a dispor de subsídios técnicos e legais na implementação de suas ações;

VIII) Apresentar propostas de Projetos de Lei ao Executivo ou Legislativo, versantes sobre a matéria que lhe é de interesse, sempre acompanhados de exposição de motivos.

A homologação de resoluções editadas pelo órgão regulador também é de competência do conselho. Aprofundando a normatização e o controle dos serviços regulados, a Arsbab levou à apreciação do colegiado, em 2008, quatro importantes resoluções sobre direitos e deveres dos usuários, ouvidoria, controle social e condições gerais na prestação dos serviços.

Para que o Comsab, enquanto órgão colegiado, pudesse exercer suas competências, ele foi sendo aperfeiçoado em sua composição, atualmente constando de 14 membros assim representados:

§1º A composição do Conselho Municipal de Saneamento Básico constará de catorze (14) membros, assim representados (alterado pelo art. 1º da Lei nº 5.871/08, publicada no DOM de 08 de julho de 2008):

I) 3 (três) representantes do Poder Executivo Municipal (alterado pelo art. 1º da Lei nº 5.871/08, publicada no DOM de 08 de julho de 2008);

II) 1(um) representante do Poder Legislativo Municipal;

III) 2 (dois) representantes das empresas concessionárias e operadoras;

IV) 2 (dois) representantes dos empregados das concessionárias e operadoras;

V) 1 (um) representante dos usuários/consumidores, sem qualquer vínculo empregatício com a empresa concessionária ou Poder Público Municipal;

VI) 3 (três) representantes das entidades públicas de ensino técnico e de nível superior (alterado pelo art. 1º da Lei nº 5.871/08, publicada no DOM de 8 de julho de 2008);

VII) 1(um) representante das entidades profissionais;

VIII) 1(um) representante das organizações não governamentais que atuem nas atividades relacionadas ao meio ambiente.

A composição atual do colegiado reflete a nova concepção do saneamento que visa a intersectorialidade e a integração dos vários atores que compõem o setor. Nesse sentido, incorporaram-se ao órgão instituições responsáveis e ligadas não apenas aos serviços de água e esgotos, mas operadores e afins que atuam nas áreas de resíduos sólidos e drenagem urbana. No entanto, preservando o princípio da paridade, outros representantes da esfera estadual e federal passaram a compor o conselho.

Destaca-se a importância desse conselho no tocante ao controle social, aqui entendido como: “[...] direito público subjetivo de o particular, individual ou coletivamente, submeter o poder político estatal à fiscalização” (SIRAQUE apud ASSIS, LIMA, PINHEIRO, 2007, p. 151). Na verdade, entre os membros do Comsab, destacam-se representantes de instituições com largo conhecimento e experiência técnica no setor regulado. O conhecimento científico dos conselheiros tem sido disponibilizado a serviço da coletividade.

Proposição do conselho levou a agência reguladora a promover o “Seminário Técnico: Dinâmica dos Aquíferos e Problemas de Contaminação das Águas Subterrâneas em Natal”, realizado no dia 4 de abril de 2003. O seminário reuniu 63 especialistas e estudiosos de 34 órgãos públicos, instituições de ensino e pesquisa, organizações não governamentais, entre outros (ARSBAN, 2003).

A partir das conclusões do seminário, a Arsbán passou a monitorar a qualidade da água nos principais mananciais de superfície, poços de abastecimento público e rede de distribuição da cidade, cujos resultados são utilizados como contraprova ante as amostras da concessionária. O monitoramento permite atestar as não conformidades, em observância à legislação vigente, ensejando recomendações e a até o fechamento de poços. Essa interação congrega componentes técnicos e de controle social na regulação dos serviços concedidos.

Cumprindo a lei de criação da Arsbán, que recomenda a realização das conferências municipais de saneamento, e dessa forma fortalecendo a participação social, a agência até o ano de 2008 realizou três conferências: Saneamento, Saúde e Qualidade de Vida (2003); Saneamento para todos: um marco na cidade (2005); e Universalização, Controle e Participação Popular no Saneamento (2007);

A Conferência Municipal de Saneamento Básico tem um significado extremamente relevante dentro do marco regulatório da capital do Rio Grande do Norte, pois reúne a cada dois anos todos os segmentos sociais, econômicos, poder público e demais interessados na temática, voltada ao estabelecimento de proposições que se incorporam às diretrizes e políticas traçadas pelo Conselho Municipal de Saneamento Básico (Comsab).

O processo de conferência compreende várias etapas. Inicia-se com a publicação do decreto de convocação pelo chefe do Executivo municipal. A coordenação e a organização ficam a cargo da agência reguladora, cabendo a ela promover a articulação com o Comsab na expedição de atos necessários ao desenvolvimento satisfatório do evento. A partir dessas diretrizes, segue-se a publicação das respectivas portarias pela Presidência da Arsan, referentes à constituição da comissão organizadora da conferência e à divulgação do calendário de eleições dos delegados.

Para a escolha dos delegados, utiliza-se critério administrativo/geográfico, dividindo a cidade em quatro zonas: norte, sul, leste e oeste. O número de habitantes por zona é considerado na escolha dos representantes do segmento dos movimentos sociais e populares. Os demais segmentos são: organizações não governamentais; entidades profissionais, acadêmicas e de pesquisa; sindicatos de trabalhadores; empresas, operadoras e concessionárias; gestores públicos federal, estadual e municipal; Poder Legislativo Municipal.

Portanto, quando da eleição dos delegados para a conferência, o que ocorre de fato são pré-conferências ao se introduzir discussões preparatórias. O percentual adotado por segmento, para garantir representatividade e legitimidade às deliberações tomadas no fórum mais representativo do setor de saneamento básico, ou seja, a Conferência Municipal, tem variado de acordo com a avaliação e aperfeiçoamento desse processo democrático. Em torno de 40% da representação tem sido garantida aos movimentos sociais e populares.

O mais importante reside na evolução quantitativa e qualitativa do exercício da democracia direta no município, pondo em prática o marco regulatório do saneamento mediante formulações de proposições visando ao planejamento, à execução e à gestão de políticas públicas para uma

área essencial ao desenvolvimento econômico da cidade, possibilitando a inclusão social e gerando qualidade de vida ao proporcionar um ambiente salubre à coletividade. Quanto ao aspecto quantitativo, verifica-se uma curva ascendente no número de participantes, entre delegados e convidados, evoluindo de duzentos na 1ª e 2ª conferências para cerca de 330 na 3ª.

A dinâmica da conferência compreende mesas-redondas e debates, dando suporte às discussões em grupo envolvendo diversos subtemas. Os relatos dos grupos são levados ao pleno da conferência para apreciação e deliberação final, garantido o direito de voz e voto aos delegados e apenas voz aos convidados participantes.

Toda a produção de conhecimento nesse fórum democrático é sistematizada pela organização do evento, inclusive com a participação direta de coordenadores e relatores dos grupos de trabalho. Elabora-se, então, o relatório final da conferência, o qual é distribuído em todos os segmentos e remetido a diversas instituições para conhecimento e acompanhamento, permitindo o exercício permanente da democracia a partir das diretrizes contidas no documento.

Essas diretrizes refletem o ambiente vivido pela área do saneamento básico em nível nacional e local, com destaque para a abordagem sistêmica e integrada dos componentes do saneamento básico: água, esgoto, resíduos sólidos e drenagem urbana. Desde a primeira conferência, em 2003, essas vertentes são debatidas em uma perspectiva de articulação e integração, demonstrando a preocupação dos segmentos do setor com a sustentabilidade do sistema de saneamento da cidade de Natal, inclusive com a participação dos demais municípios da sua região metropolitana a partir da segunda conferência, em 2005.

Partindo da premissa de que as soluções para os graves problemas da infraestrutura de saneamento não serão superadas com ações isoladas e, portanto, planejamento, investimentos, fiscalização, execução e gestão requerem políticas públicas intersetorializadas, o resultado das conferências de saneamento tem apontado as diretrizes a serem observadas e implementadas, como se pode constatar no decorrer do processo:

a) I Conferência/2003

- Elaborar um Plano Diretor de Gestão das Águas visando à eficiência do sistema de captação de águas superficiais e subterrâneas;
- Priorizar as obras de esgotamento sanitário nas principais áreas de recarga do aquífero;
- Recomendar as observações propostas na Conferência da Cidade de Natal e Conferência Municipal de Meio Ambiente, no que diz respeito ao saneamento ambiental;
- Elaborar o Plano Diretor de Resíduos Sólidos Urbanos da Região Metropolitana de Natal.

b) II Conferência/2005

- Propor e recomendar diretrizes e metas para políticas públicas do setor de saneamento básico no município de Natal, especialmente: drenagem urbana, resíduos sólidos, esgotamento sanitário e qualidade das águas;
- Avaliar os instrumentos de participação social na elaboração e implementação das políticas públicas.

c) III Conferência/2007

- Fomentar a discussão acerca do saneamento na perspectiva da universalização, do controle social e da participação popular;
- Promover uma interlocução do Poder Público Municipal, agência reguladora e a sociedade, a fim de estabelecer uma cultura no tratamento das questões sanitárias em uma perspectiva integrada.

Como visto, essa forma de participação social significa a atuação direta da coletividade. Representa ampliação do exercício da democracia participativa, dentro do aparato do marco legal do saneamento no município, percebido a partir do controle social exercitado no Conselho Municipal de Saneamento Básico.

Levando-se em consideração a premissa contida no arcabouço jurídico-legal, o qual garante o exercício das atribuições da agência reguladora em conformidade com as políticas e diretrizes estabelecidas pelo Conselho de Saneamento, e diante do fato de a conferência municipal aprovar proposições voltadas a essas diretrizes e políticas, conclui-se no sentido da recepção

pelo Comsab dessas proposições, que servem de parâmetro para formulação da política do setor a ser aplicada pela agência.

Outra forma de participação social encontrada no marco regulatório de Natal diz respeito à constituição das Associações de Usuários de Saneamento Ambiental (Assussas), criadas com o incentivo da Arsban. Atualmente existe o Programa de Criação das Associações dos Usuários dos Serviços de Saneamento Ambiental (ProAssussa), gestado para, entre outros objetivos, fomentar a criação de entidades autônomas e propiciar a socialização de informações e de conhecimento no contexto das ações de saneamento na cidade, de modo a interagir com a agência reguladora na atividade regulatória.

As informações são socializadas mediante oficinas cujos temas tratam do controle e participação social, simpósios e encontros para planejamento de ações relevantes para as áreas circunscritas à respectiva associação. Merece registro a promoção do “Simpósio Controle Social no Saneamento: perspectiva para uma cidade saudável”, patrocinado e apoiado pela Arsban no ano de 2007; evento dinâmico, reuniu grandes estudiosos do saneamento e autoridades locais e nacionais, para discutir com o movimento social formas de capacitar as direções das Assussas, ampliando suas bases de organização no processo de participação social na regulação dos serviços públicos de saneamento básico.

A dinâmica advinda da troca de experiência entre as sete associações em atividade permitiram o amadurecimento da discussão objetivando a formação de um Fórum de Assussas, cuja formulação aponta para uma atuação conjunta no intuito de fortalecer a organização das associações e sua estrutura de funcionamento e mobilização. Inclusive com a perspectiva de integrar legalmente o Conselho Municipal de Saneamento Básico (Comsab).

Nessa perspectiva, foi protocolado documento solicitando da agência reguladora posicionamento mediante parecer jurídico sobre a possibilidade de ingresso de um representante das associações de usuários naquele colegiado. A resposta da Arsban foi positiva quanto ao pleito formulado. Em reunião realizada no segundo semestre de 2008, o Comsab acolheu por unanimidade o pleito das Assussas, ensejando a elaboração de minuta de projeto de lei encaminhado ao Executivo Municipal para ser remetido à Câmara

Municipal objetivando a alteração da Lei nº 5.285/2001, com vistas a incorporar um representante das Associações de Usuários de Saneamento Ambiental no conselho.

O ProAssussa representa um processo participativo de sensibilização dos usuários de saneamento ambiental reconhecido nacionalmente, inclusive pelo Programa de Modernização do Setor Saneamento (PMSS) do Ministério das Cidades. “A participação popular e, sobretudo, o engajamento dessas entidades no processo de discussão do saneamento básico, informando e formando multiplicadores capazes de promover a inclusão social, constitui um desafio de caráter educativo-ambiental e mobilizador que visa à participação do cidadão na busca do direito ao saneamento básico” (ASSIS, LIMA, PINHEIRO, 2007, p.167).

A constituição das associações encampa aspectos relevantes da Constituição Federal de 1988 ao garantir, no seu texto legal, mecanismos para o exercício da democracia participativa. Essas entidades também encontram abrigo na Lei nº 5.346/2001, quando, ao dispor sobre as competências da Arsban, prevê a atribuição de “estimular a formação de associações de usuários, bem como apoiá-las para defesa de interesses relativos ao serviço regulado e assegurar sua participação em órgãos da Arsban, na forma prevista em regulamento” (ASSIS, LIMA, PINHEIRO, 2007, p.168).

Entre os anos de 2004 e 2008, sete associações de usuários foram criadas nos bairros de Natal, abrangendo todas as zonas administrativas da cidade. A primeira do gênero em Natal e no Brasil, a Assussa Pitimbu/Planalto com atuação nesses dois bairros da capital, integra o Subcomitê da Bacia Hidrográfica do Rio Pitimbu, curso d’água responsável pelo abastecimento de aproximadamente 25% da população natalense com água potável.

Um dos obstáculos da regulação no Brasil do ponto de vista da sua sustentabilidade, enquanto atividade de Estado, consiste na vertente social. Apesar dos avanços no campo da democracia participativa alcançados no processo de redemocratização do país na década de 1980, inclusive com superação considerável em setores importantes como o da saúde, em que estruturas de conselhos nas esferas municipal, estadual e federal vêm garantindo a estabilidade das políticas setoriais (HELLER, 2007), ainda é sintomático o distanciamento da sociedade civil do processo de participação

coletiva. Conquistas de cunho social e político foram reproduzidas na Constituição da República de 1988, porém a cultura autoritária enraizada no seio da sociedade continua presente na formulação e execução de políticas públicas e em outras intervenções do aparelho de Estado.

Com o advento da Lei nº 11.445/2007 (Lei do Saneamento), o setor de saneamento passa a dispor de um instrumento importante na consolidação do controle social. O art. 2º estabelece o controle social como um dos princípios fundamentais para a prestação dos serviços de saneamento. No seu art. 3º conceitua de forma clara o que significa controle social:

Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:

[...]

X) controle social;

[...]

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

[...]

IV) controle social: conjunto de mecanismos e procedimentos que garantem à sociedade informações, representações técnicas e participações nos processos de formulação de políticas, de planejamento e de avaliação relacionados aos serviços públicos de saneamento básico;

[...]

Para adequar-se à nova lei do saneamento e objetivando avaliar o cumprimento do pacto contratual pela concessionária, a Arsban contratou, mediante processo licitatório, empresa que, por meio de equipe multidisciplinar, apresentou estudo visando subsidiar o poder concedente no tocante a uma possível repactuação de cláusulas e metas contidas no contrato de concessão dos serviços de água e esgotos, celebrado entre o município de Natal e a Companhia de Águas e Esgotos do Rio Grande do Norte (Caern).

Assim, sem incorrer em possível equívoco de transigir ou recuar ante o moderno marco regulatório do saneamento municipal, o estudo indica alternativas a serem examinadas, sobretudo no contrato de concessão dos serviços à Caern. A possibilidade de alterações no contrato de concessão envolve fatores ligados diretamente ao usuário/consumidor dos serviços.

Como a proteção dos direitos difusos da sociedade cabe ao Ministério Público, a exemplo da proteção do consumidor, é importante a participação da instituição na discussão. A propósito, “[...] a interferência de outros setores da sociedade, como o Ministério Público, que pode ser um aliado [...], além de contribuir com a sua credibilidade e poder de ajuizar ações e firmar termos de ajuizamento (*sic*) de conduta [...]” (ASSIS e VILLA, apud ASSIS, LIMA e PINHEIRO, 2007, p.161).

Além da interlocução com os segmentos envolvidos diretamente no setor regulado, o Ministério Público tem sido um parceiro de grande importância na regulação dos serviços em Natal, principalmente no tocante à reestruturação tarifária ocorrida em 2003 e ainda no monitoramento permanente da água e dos esgotos no município.

Sem desconsiderar os avanços representados pela nova lei do saneamento básico, o marco regulatório do município de Natal reúne elementos importantes de cunho social, político, técnico e econômico que garantem estabilidade à prestação e regulação dos serviços públicos ofertados em regime de concessão.

Conclusão

Diante dos desafios da regulação no Brasil, a Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Município do Natal (Arsban), cuja missão consiste em “normatizar, controlar e fiscalizar os serviços de saneamento básico no município de Natal, promovendo o equilíbrio entre o Poder Público, o usuário e prestadores, buscando cidadania, saúde e qualidade de vida”, vem exercendo suas atribuições de acordo com as políticas e diretrizes estabelecidas pelo Conselho Municipal de Saneamento Básico, fórum de controle social.

A história da construção do marco legal do setor de saneamento básico em Natal demonstra um arranjo institucional com forte participação de todos

os atores envolvidos no processo: Poder Público, sociedade civil organizada, operadores do sistema e demais interessados. Essa combinação de esforços, em torno do saneamento básico, produziu um desenho de marco regulatório alicerçado em instrumentos e mecanismos inseridos na legislação capazes de proporcionar um modelo estável de regulação no âmbito municipal. A implementação e a consolidação desse modelo regulatório consideraram a atuação harmônica dos participantes do processo.

A dinâmica advinda da combinação de variáveis econômicas, sociais e técnicas possibilita dirimir conflitos, promovendo o equilíbrio do sistema, visando à prestação dos serviços com a participação dos atores diretos e demais interessados em mantê-lo equilibrado e sustentável.

O exercício permanente de mecanismos democráticos e a visão sistêmica da regulação dos serviços concedidos na capital do Rio Grande do Norte têm garantido uma boa prática de regulação. Esse desenho de marco regulatório representa mudança de paradigma comparado a outras práticas de regulação exercitadas por outros entes reguladores no país.

Longe de representar uma experiência ou modelo a ser absorvido no contexto da atividade regulatória no Brasil, antes de mais nada, serve tão somente para compartilhar experiências em busca da incorporação de novos elementos com vista a aperfeiçoar mecanismos e instrumentos da regulação, cujo desafio maior para sua otimização corresponde à sua sustentabilidade.

Portanto, esse desafio macro pressupõe a superação de outro não menos relevante, o de compatibilizar a vertente técnico-econômica com a social, buscando harmonizá-las no intuito de eliminar ou pelo menos diminuir os conflitos inerentes ao sistema regulado e à prestação de seus serviços à coletividade para atingir a regulação sustentável.

Nota

¹ Agência Reguladora de Serviços Básicos do Município do Natal (Arsban), criada em 28/12/2001 pela Lei nº 5.246/2001.

Referências bibliográficas

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. As agências reguladoras de serviço público no Brasil. In: *Revista Regulação Brasil*, v. 1, n. 1. Porto Alegre: ABAR, 243 p, 2005.

AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO DO MUNICÍPIO DO NATAL (Arsban). *Lei nº 5.346/01 de 28 Dez. 2001*. Cria a Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Município do Natal e dá outras providências. Diário Oficial do Estado. Natal, 29 Dez. 2001. Disponível em: <<http://www.natal.rn.gov.br/arsban>> Acessado em: 11 out. 2008.

_____. *Relatório da I conferência de saneamento básico municipal do Natal*. Natal: ARSBAN, 26 p, 2003.

_____. *Relatório da II conferência de saneamento básico municipal do Natal*. Natal: ARSBAN, 28 p, 2005.

_____. *Relatório da III conferência de saneamento básico municipal do Natal*. Natal: ARSBAN, 43 p, 2007.

ASSIS, João Batista Lucena de; LIMA, Urbano Medeiros; PINHEIRO, José Ivam. Controle social na regulação da prestação dos serviços de água e esgotos em Natal – RN. In: *Regulação: controle social da prestação dos serviços de água e esgoto*. Alceu de Castro Galvão Junior, Marfisa Ferreira Ximenes [Editores] Fortaleza: Pouchain Ramos, 256 p, c2007.

BRASIL. *Lei nº 8987/95*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. DOU 14.02.1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm> Acesso em: 17 mar. 2009.

_____. *Lei nº 9074/95*. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. DOU 08.07.1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9074cons.htm>> Acesso em: 17 mar. 2009.

_____. *Lei nº 11.445/07*. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.leidireto.com.br/lei-11445.html>> Acesso em: 03 nov. 2008.

CONSELHO MUNICIPAL DE SANEAMENTO BÁSICO (COMSAB). *Resolução nº 04/2003*. Dispõe sobre o reajuste tarifário aprovado pelo Conselho em Reunião Extraordinária realizada no dia 25 de setembro de 2003. Natal: ARSBAN, 2003.

_____. *Resolução n. 07/2004*. Dispõe sobre o reajuste tarifário, no âmbito do Município de Natal, aprovado pelo Conselho em Reunião Extraordinária realizada no dia 28 de dezembro de 2004. Natal: ARSBAN, 2004.

GIANULO, Wilson. *Wademecum referenciado de direito* 2008. 3. ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1158 p, 2008.

HELLER, Léo; HELLER, Pedro Gasparini Barbosa; REZENDE, Sonaly Cristina. Participação e controle social em saneamento básico: aspectos teórico-conceituais. In: *Regulação: controle social da prestação dos serviços de água e esgoto*. Alceu de Castro Galvão Junior, Marfisa Ferreira Ximenes [Editores] Fortaleza: Pouchain Ramos, 256 p, c2007.

PREFEITURA MUNICIPAL DO NATAL (PMN). *Lei nº 5.250/01*. Dispõe sobre a autorização do Executivo municipal a outorgar concessão exclusiva à Companhia de Águas e Esgoto do Rio Grande do Norte (Caern), para a prestação dos serviços públicos locais de abastecimento de água e de esgotamento sanitário e dá outras providências. Natal: ARSBAN, 2001.

_____. *Lei nº 5.285/01*. Cria o Conselho Municipal de Saneamento Básico e estabelece outras disposições. Natal: ARSBAN, 2001.

* Urbano Medeiros Lima é professor, advogado, especialista em Gestão Pública, diretor-presidente da Agência Reguladora de Serviços Básicos do Município do Natal (Arsbán).