



2º LUGAR – REGULAÇÃO ECONÔMICA
AUTOR : FERNANDO FARIA DE OLIVEIRA
BRASÍLIA - DF

ANÁLISE INSTITUCIONAL DO SISTEMA REGULATÓRIO
BRASILEIRO

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo traçar uma análise sobre o sistema regulatório brasileiro, mais especificamente no que se refere às agências destinadas à regulação econômica.

O ponto de partida se dará a partir de um levantamento bibliográfico objetivando apresentar, em linhas gerais, como se desenvolveu até o momento as discussões sobre esse tema. Este levantamento se dará, basicamente, através de artigos encontrados em páginas da *Internet* destinadas à publicação de trabalhos científicos. A partir dessa leitura será possível identificar alguns problemas aos quais as agências estão sujeitas. O próximo passo será justamente, ainda com base na literatura, apresentar quais são os possíveis instrumentos para se solucionar tais problemas. Assim, estaremos aptos para tentar identificar quais desses instrumentos estão presentes na configuração das agências brasileiras. Para tanto, será analisada toda a legislação referente a esse tema, disponível na página da Presidência da República na *Internet*. Após essa análise, teceremos comentários sobre o Projeto de Lei número 3.337/04, que tramita na Câmara dos Deputados cujo objetivo é dispor sobre gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras. Este projeto de lei foi elaborado pelo Poder Executivo devido à necessidade de aperfeiçoamento do sistema regulatório brasileiro.

Depreendemos da teoria que a assimetria de informação, o risco de captura das agências pelo setor regulado, o déficit democrático, o *commitment problem* e a discricionariedade na tomada de decisão são os problemas que mais frequentemente podem acometer o sistema regulatório. Para se evitar

isso, são aconselhados os seguintes mecanismos: conhecimento técnico como critério de seleção para o cargo de direção; ausência de vínculos ou interesses econômicos no setor regulado; estabilidade para os cargos de direção; salários competitivos com os oferecidos pelo setor regulado; não coincidência dos mandatos dos diretores; quarentena para os ex-diretores; forma de decisão colegiada; independência financeira; transparência no processo de tomada de decisões; divulgação dos motivos que resultaram na adoção de determinada ação; diretores sujeitos à sanções; audiências e consultas públicas prévias às decisões; e contrato de gestão.

O sistema regulatório brasileiro apresenta uma falta de padrão no que se refere aos mecanismos acima descritos. Assim, as agências não contam todas com os mesmos mecanismos, fazendo com que algumas tenham características positivas ausentes em outras. O PL 3.337/04 proporcionaria, como ponto positivo, uma maior padronização desses elementos. Entretanto ele não exige a publicação dos motivos que fizeram as diretorias das agências tomarem determinada decisão, elemento que apenas a ANATEL possui, nem a instituição do Conselho Consultivo, órgão que apenas a ANATEL e a ANAC possuem.

A crise aérea vivida recentemente mostrou a necessidade de se instituir elementos que garantam o *accountability*, entretanto é importante ter em mente que a busca desta característica não pode resultar na perda da independência das agências.

Infelizmente não foi possível analisar neste trabalho se os elementos presentes na legislação são utilizados na prática. Outra ausência é a questão referente à competitividade da remuneração dos servidores e diretores das

agências com os setores regulados, ficando estes temas como sugestão a futuras pesquisas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	4
AS TEORIAS.....	8
POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA OS PROBLEMAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	15
A ATUAL CONFIGURAÇÃO DAS AGÊNCIAS..... REGULADORAS NO BRASIL	19
O PL 3.337/04.....	27
CONCLUSÃO.....	35

SIGLAS

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

ANCINE – Agência Nacional do Cinema

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

ANA – Agência Nacional de Águas

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres

ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários

ANP – Agência Nacional do Petróleo

ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil

PL – Projeto de Lei

INTRODUÇÃO

A experiência regulatória no âmbito internacional é antiga e se inicia nos Estados Unidos em 1887, ano em que é criada a *Interstate Commerce Commission*. Entretanto, essa experiência ganha força em várias partes do mundo durante os anos 1980, em boa parte devido às crises econômicas internacionais vividas nesse período, bem como a chamada “crise do Estado”, que significou uma necessidade de readequação dos aparelhos dos Estados ao sistema econômico vivido naquele momento histórico. Segundo o documento intitulado “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”¹, elaborado pela Presidência da República em 1995, a crise do Estado se define como:

“(1) uma crise fiscal, caracterizada pela crescente perda do crédito por parte do Estado e pela poupança pública que se torna negativa; (2) o esgotamento da estratégia estatizante de intervenção do Estado, a qual se reveste de várias formas: o Estado do bem-estar social nos países desenvolvidos, a estratégia de substituição de importações no terceiro mundo, e o estatismo nos países comunistas; e (3) a superação da forma de administrar o Estado, isto é, a superação da administração pública burocrática”

Uma das atitudes tomadas pelo governo brasileiro com o objetivo de solucionar essa crise foi deixar de atuar em setores da economia como produtor para assumir a forma de regulador. Regulação é, segundo definição apresentada no relatório final da Comissão Interministerial formada para analisar e avaliar o papel das agências reguladoras brasileiras²:

¹ MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E DA REFORMA DO ESTADO. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Presidência da República. Brasília, 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/publj_04/COLECAO/PLANDI.HTM> Acessado dia 20/08/2007

² CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA E CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA. *Relatório Final do Grupo de Trabalho Interministerial: Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no Atual Arranjo Institucional Brasileiro*. Presidência da República. Brasília, 2003.

“(...) uma forma contemporânea de ação do Estado. Trata-se, em linhas gerais, do modo como a coordenação entre empresas, cidadãos, consumidores e os diferentes órgãos do governo se dá quanto à edição de normas, e cujo objetivo primordial é o de estimular, vedar ou determinar comportamentos envolvendo determinados mercados que, por seus traços próprios, requerem a interferência estatal.”

Este processo se inicia durante os anos 1990, mas se acelera em 1995, ano em que são aprovadas as emendas constitucionais números 5, 6, 7, 8 e 9, responsáveis por abrirem a possibilidade de criação das agências reguladoras. Em 1997 são estabelecidas as primeiras agências em decorrência do processo de desestatização das empresas responsáveis pela prestação direta de serviços de infra-estrutura, tais como telecomunicações e energia elétrica.

Como dito anteriormente, o processo de privatização foi decorrência da dificuldade do Estado de gerenciar a produção e distribuição eficiente desses serviços. Esta dificuldade se deu devido a uma série de questões, tanto de cunho político, social, econômico e fiscal, bem como a uma junção de todos estes elementos. Porém, um dos motivos para que a administração pública tenha assumido a responsabilidade pela produção e distribuição desses bens é o baixo interesse que essas áreas da economia despertam nos setores privados devido a algumas características inerentes a eles, tais como alto valor de investimento inicial necessário e longo tempo de maturação desse investimento. Como o prazo de rentabilidade desse setor é longo, ele se torna mais facilmente sujeito a sofrer interferências advindas de eventuais mudanças na condução política do país, mudanças essas que podem resultar em alterações nas normas de regulação dessas áreas, podendo inviabilizar o lucro objetivado pelo investidor. Assim, a partir do momento que o Estado não tem mais condições de fornecer esses serviços de forma eficiente, ele precisa mudar esse quadro, criando condições que atraiam o capital privado. E é

justamente para tentar resolver esse problema que surge a idéia das agências reguladoras independentes.

Entretanto, a função das agências não se restringe a atração de capitais. Elas também são responsáveis por impedir que as empresas que atuam nessas áreas se aproveitem de características peculiares a elas (as chamadas falhas de mercado) para oferecer serviços de baixa qualidade cobrando altos valores dos usuários.

A busca pela construção da melhor forma de regulação, ou seja, aquela que garanta a qualidade dos serviços prestados, mas mantendo a rentabilidade do setor, gera uma série de discussões mundo afora. Afinal, apesar de serem necessárias dentro da atual configuração do Estado, as agências reguladoras sofrem críticas devido a alguns problemas que trazem consigo, como nos é apontado pelas diversas correntes teóricas que discutem esse tema.

Este trabalho tem por finalidade discutir os riscos das agências reguladoras apresentados pelas teorias que tratam desse tema e analisar quais mecanismos são e pretendem ser adotados no caso brasileiro para tentar minimizar tais problemas. Assim, o trabalho será dividido em seis partes, sendo a primeira esta introdução.

A segunda parte apresentará rapidamente um resumo dos principais pontos apresentados em diversas teorias. Entretanto, não é objetivo deste trabalho se aprofundar nesse ponto, tendo em vista a grande quantidade de artigos que já desempenharam de forma competente essa tarefa. Muitos dos artigos destinados a apresentar o estado da arte podem ser encontrados facilmente em páginas da *Internet* destinadas à publicação de artigos

científicos, sendo esta a principal fonte de informação utilizada na composição deste trabalho.

A terceira parte será destinada à discussão dos mecanismos encontrados na literatura e que tenham como objetivo tentar mitigar os problemas que acompanham os entes reguladores.

Na quarta parte analisaremos a atual configuração do sistema regulatório brasileiro. Para tanto, examinaremos a legislação relativa às agências reguladoras. Dessa forma poderemos comparar quais características relatadas na terceira parte foram utilizadas pelo legislador para a composição dos entes responsáveis pela regulação econômica no caso brasileiro. Todas as leis e decretos foram encontrados na página da Presidência da República na Internet.

Na quinta parte discutiremos o Projeto de Lei número 3.337/04, cujo objetivo é dispor sobre gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, conforme consta em sua ementa, bem como a discussão existente em torno desse projeto e sua tramitação. O PL está disponível na página da Câmara dos Deputados na Internet.

A sexta parte será a conclusão do trabalho, onde os principais pontos apresentados nesta discussão serão rapidamente revistos.

É importante citar que, atualmente, os Estados Nacionais não tem criado unicamente agências com a finalidade de regular à economia de seus países, mas também a área social. O caso brasileiro não é diferente. Salgado (2003)³ divide as agências em dois tipos; as de Governo, cujo objetivo é seguir as

³ SALGADO, Lúcia Helena. Agências Regulatórias na Experiência Brasileira: Um Panorama do Atual Desenho Institucional. *Texto para Discussão N° 941*, IPEA. Rio de Janeiro, Março de 2003. Disponível no sitio <http://www.ipea.gov.br/pub/td/2003/td_0941.pdf> Acessado dia 22/08/2007

diretrizes estabelecidas pelo Poder Executivo e que são responsáveis pela regulação social (no Brasil, esse é o caso da ANVISA, ANS e ANCINE) e as de Estado, essas sim responsáveis pela regulação econômica. Neste estudo nos focaremos no segundo tipo, nas agências de Estado (ANEEL, ANATEL, ANA, ANTT, ANTAQ, ANP e ANAC), apesar da grande importância do trabalho desenvolvido pelas demais.

AS TEORIAS

As primeiras teorias que trataram do assunto partiram do pressuposto de que a regulação da economia é fruto da existência de falhas de mercado, quais sejam:

- O monopólio natural, caracterizando como uma situação onde os custos fixos da produção de determinado bem ou serviço são elevados e os custos marginais próximos à zero, dificultando a entrada de outra empresa para competir nesse setor econômico;
- A assimetria de informação existente entre os atores que atuam no mercado (seja entre consumidor e firma responsável pelo bem ou serviço, no que é relativo à qualidade do produto ofertado, seja entre regulado e regulador, no que diz respeito aos custos do primeiro na produção dos bens ou serviços);
- Externalidades, que significa a imposição de custos ou benefícios a terceiros, sem que estes o possam impedir.

Para a Teoria Normativa a regulação do mercado é uma necessidade devido às citadas falhas de mercado, pois estas impedem a plena competitividade econômica, produzindo ineficiência na alocação dos recursos e na produção de bens ou serviços, impossibilitando a criação de uma situação Pareto-eficiente. Dessa forma, a Teoria Normativa se aproxima da Teoria do Interesse Público, onde a intervenção do Estado é vista como algo necessário para se garantir o bem-estar social.

O objetivo principal da Teoria Normativa é apresentar as formas mais eficientes do Estado regular a economia de acordo com a situação específica enfrentada, buscando corrigir as falhas de mercado. Para se estabelecer o melhor comportamento que o regulador deve tomar, a teoria normativa cria a figura do *firstbest*, que seria a solução encontrada por um ditador benevolente que possua toda a informação necessária para o processo de tomada de decisão, ou seja, a *solução ideal* que, segundo Mueller (2001)⁴, é o critério de eficiência adotado por essa teoria para se melhor resolver o problema. Entretanto, considerando-se a não implementabilidade dessa conjectura, então parte-se para a solução *secondbest*, em outras palavras, a melhor forma *possível* de se regular a empresa produtora de bens ou serviços, tentando se aproximar ao máximo da solução ideal. Dessa forma, conseguimos percebermos os efeitos das restrições proporcionadas pelas falhas de mercado.

O principal problema que impossibilita a aplicação de *firstbest* é a assimetria de informação existente entre o regulador e o regulado, pois o primeiro não disponibiliza de todas as informações de custos e de empenho do

⁴ MUELLER, BERNARDO. Regulação, Informação e Política: Uma Resenha da Teoria Política Positiva da Regulação. *Revista Brasileira de Economia de Empresas*, 2001. Disponível no sítio <<http://www.angelfire.com/ky2/mueller/resenha1.pdf>>

segundo. Assim, na *secondbest* a firma acaba ficando com parte da renda provinda do fato de estar operando em monopólio como forma de estimulá-la a revelar o máximo de informações a seu respeito para o regulador, o que não seria necessário na solução *firstbest*.

O quadro de assimetria de informação não é o mesmo em todas as situações onde é necessária a regulação, bem como as demais restrições. Por isso a teoria normativa propõe a confecção de várias opções de regulação, que permitam diferentes rendas e que sejam oferecidas para que os produtores ou distribuidores de bens regulados escolham qual melhor lhe atende como incentivo para revelar suas informações.

Segundo Mueller (2001), a Teoria Normativa apresenta baixa aplicabilidade pois ela exige:

“altos níveis de discricção por partes dos reguladores. Para por em prática estes complexos esquemas, o regulador terá de ser dotado de tamanho poder que haveria sempre o potencial dele agir de forma oportunista, o que destrói o próprio esquema de incentivos que deveria estar criando. Na vida real são observadas diversas limitações sobre o escopo de autoridade concedido aos reguladores, justamente para evitar este tipo de problema. Porém, por estar baseado em um ditador benevolente a teoria normativa não tem como incorporar estas limitações (...)”

Além disso, ainda segundo Mueller (2001), essa teoria não considera as instituições políticas e seus processos de tomada de decisão no estabelecimento da regulação econômica. Assim, para os teóricos normativos, a regulação somente é constituída para os setores da economia que apresentam falhas de mercado, o que, ainda de acordo com o autor anteriormente citado, não corresponde inteiramente com a realidade.

Como crítica a Teoria do Interesse Público, foi desenvolvida a Teoria da Captura, segundo a qual o sistema regulatório, mesmo que tenha sido criado

com o objetivo de maximizar o bem-estar público, tende a ser capturado pelos grupos economicamente mais fortes, que o utiliza como mecanismo de defesa de seus interesses. Entretanto, a teoria da captura não consegue responder quais grupos irão capturar o agente regulador, nem qual grupo sairá perdendo com essa captura, muito menos explica como que pequenos produtores de bens ou serviços conseguem, muitas vezes, capturar a regulação. A primeira tentativa de responder a essas questões se deu através das publicações de Stigler⁵ (1971), que aplicou as idéias que Olson (1965) apresentou em seu livro “*A lógica da Ação Coletiva*”. Segundo Olson (1965), quanto menor o grupo, menor a dificuldade de organização e menores serão os problemas de ação coletiva, como o chamado *efeito caroneiro*⁶. Assim, graças a sua maior capacidade organizativa, os menores grupos poderão oferecer maiores vantagens ao agente responsável pela regulação que, na visão de Stigler (1971), é o legislador. Dessa forma, imagina-se que os grupos de produtores dos benefícios, que tendem a ser menores e mais facilmente organizáveis que os de consumidores, teriam maiores chances que cooptar o regulador.

Anos mais tarde, Peltzman⁷ (1976) desenvolveu mais as idéias de Stigler (1971), e apresentou o que ficou conhecido como Teoria Econômica da Regulação. Segundo essa teoria, o legislador, interessado em maximizar seu apoio político/eleitoral, buscará regular as empresas de tal forma que consiga adquirir o apoio máximo dos regulados, mas sem despertar uma oposição dos consumidores, e vice-versa (ou seja, atingir o ponto ótimo de apoio dos

⁵ Stigler, George J., “The Theory of Economic Regulation,” *Bell Journal of Economics*, 2 (Spring 1971), 3-21.

⁶ Para maiores detalhes Olson, M., *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

⁷ Peltzman, S., “Towards a More General Theory of Regulation,” *Journal of Law and Economics*, (1976) Vol.19, 211-240.

consumidores e produtores). Utilizando o preço do produto ou serviço como exemplo, a regulação tenderia a levá-lo a um ponto intermediário, onde não se cobraria o preço máximo (o que beneficiaria aos produtores) e nem o mínimo (o que é desejado pelos consumidores).

Além de apresentar uma nova idéia sobre a captura do regulador, a Teoria Econômica da Regulação aprofunda a discussão ao apresentar outro elemento; os produtores e consumidores não formam dois grupos distintos e homogêneos, existindo na realidade diversos grupos que, muitas vezes, entram em conflito de tal forma que, segundo essa teoria, os vencedores tenderão a ser coalizões entre consumidores e produtores.

Entretanto, como nos diz Mueller (2001), a Teoria Econômica da Regulação não é capaz de explicar tendências atuais, tais como a desregulamentação que vem ocorrendo em diferentes países e o aumento de regulação em áreas sociais (como meio ambiente e cultura). Outro ponto salientado pelo autor é que o parlamentar não é necessariamente o regulador, sendo que essa segunda função é, em muitos casos, delegada a uma agência reguladora (o que não é levando em consideração nas teorias discutidas até agora, que consideram o político eleito como responsável pela regulação econômica). Sendo assim, os interesses dos legisladores (que serão definidos pelo seu interesse de maximização dos benefícios eleitorais que a regulação pode oferecer) não necessariamente coincidirá com os interesses do regulador, interesse esse que o responsável pela regulação pode perseguir graças à assimetria de informação existente entre ele e o legislador e o alto custo de monitoramento para se tentar combater essa assimetria, o que caracteriza a

relação conhecida como agente-principal (essa relação também ocorre entre as empresas que prestam serviços e o regulador).

Caracterizar a relação entre regulador/legislador ou a do regulado/regulador como uma relação agente-principal permite uma série de considerações teóricas. Por exemplo, o agente (neste caso uma empresa produtora ou distribuidora de determinado bem regulado) pode se aproveitar do fato de que o principal (o ente regulador) não possui informações precisas sobre o custo e o esforço necessários para a realização de sua função, e prestar um serviço de baixa qualidade (fruto de um baixo empenho na realização da tarefa) cobrando para tal altos valores, o que é conhecido pela teoria como *Moral hazard*, ou custo moral. Para evitar isso, o principal tenta criar mecanismos para fazer com que o interesse do agente seja próximo ao seu, no nosso exemplo, a prestação de serviços de qualidade com os preços mais módicos possíveis. Considerando agora o caso onde o legislador é o principal e a agência reguladora o agente, o parlamentar pode criar instituições e leis que tentem assegurar que os interesses do agente se aproximem do seu. Considerando os exemplos, fica claro que os efeitos da relação agente-principal influenciam fortemente no aspecto regulatório de um país.

Uma das maneiras de fazer com que o agente ofereça toda informação para o principal, como já foi dito anteriormente neste texto, é recompensá-lo por isso. Assim, parte da renda que voltaria ao principal fica com o agente, se configurando o *secondbest*, também discutido anteriormente. A diferença entre o *secondbest* e o *firstbest* é denominada pela teoria de *rents* informacionais, ou seja, o preço necessário para se tentar mitigar a assimetria informacional.

Segundo Mueller (2001), as formas normalmente utilizadas pelos legisladores para tentar alinhar os interesses das agências aos seus próprios são:

“monitoração direta (*oversight*), nomeação dos diretores das agências, controle do orçamento da agência, o desenho da estrutura e do processo da agência e o uso do judiciário para rever as decisões regulatórias da agência”.

Com base nisso tudo, podemos perceber que, em geral, a regulação é vista como necessária em situações onde existam falhas de mercado, tanto para conseguir atrair investimento do setor privado como para garantir o bem-estar social através de preços módicos e a eficiência na prestação do serviço para os consumidores. Assim percebemos que a atividade de regulamentação não é algo simples, pois precisa:

“(…) (i) asseverar quais são, em cada momento, a quantidade e qualidade ótimas de bens ou serviços a serem produzidos; (ii) criar os incentivos corretos para que os produtores atendam a essa demanda de forma eficiente; (iii) estimulá-los a investir em inovação e adaptação de seus produtos; (iv) ao menor preço (ou tarifa) possível (isto é, com o preço igual aos custos marginais de longo prazo); e (v) induzir o repasse dos ganhos de produtividade para o consumidor dos serviços regulados.”⁸

Entretanto, para que esses objetivos sejam atingidos é necessário se lidar com os problemas apresentados pelas teorias, como o risco de captura das agências e a assimetria de informação. A esses problemas, podemos somar o chamado déficit democrático (uma vez que os dirigentes das agências, responsáveis por decisões de grande relevância, não são escolhidos por meio de eleições), o chamado *commitment problem* (ou seja, como as decisões políticas não são inalteráveis, o governo tem que, de alguma forma, garantir ao investidor um mínimo de estabilidade nas regras, para que ele se sinta seguro

⁸ CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA E CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA. *Relatório Final do Grupo de Trabalho Interministerial: Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no Atual Arranjo Institucional Brasileiro*. Presidência da República. Brasília, 2003.

para investir) e a possível discricionariedade excessiva nas decisões que deveriam ser sobretudo técnicas.

Os mecanismos utilizados na tentativa de se mitigar algumas dessas questões podem contribuir para combater outra, mas também podem acabar agravando outro, mostrando que esses valores algumas vezes são, no extremo, mutuamente excludentes. Por exemplo, uma das soluções apontada para a questão do *commitment problem* é dotar as agências de independência, para que elas não fiquem sujeitas a variações políticas, tão comuns em sistemas democráticos. Entretanto, a independência agrava a questão do déficit democrático e pode aumentar as chances de decisões baseadas na discricionariedade, e as atitudes tomadas para controlar esses dois últimos problemas acabarão, em geral, afetando a independência da agência. Para que essa relação fique mais clara, passaremos a mostrar quais são as formas mais comumente apresentadas para cada um desses problemas.

POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA OS PROBLEMAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Como dito anteriormente, alguns dos principais problemas das agências são:

- Assimetria de informação;
- Captura das agências;
- Déficit democrático;
- *Commitment problem* (ou problema do comprometimento); e
- Discricionariedade.

A assimetria de informação já foi trabalhada anteriormente, onde foram citadas as formas de se tentar combatê-la, presente no texto de Mueller (2001):

“(i) estimular, em geral financeiramente, as empresas reguladas a apresentarem o máximo de informação a seu respeito; (ii) monitoração direta (*oversight*); (iii) nomeação dos diretores das agências; (iv) controle do orçamento da agência; (v) o desenho da estrutura e do processo da agência e (vi) o uso do judiciário para rever as decisões regulatórias da agência.”

Quanto ao risco de captura das agências pelos setores regulados, o Relatório Final da Comissão Interministerial teceu os seguintes comentários:

“Agravam o “risco de captura” circunstâncias como a dependência dos tomadores de decisões, a influência política, a dependência da agência reguladora em relação ao conhecimento tecnológico superior da indústria regulada, a seleção indiscriminada de quadros técnicos oriundos do setor ou indústria regulada para servir à agência, a possibilidade de futuras posições ou empregos na indústria ou setor regulado, a rotatividade dos próprios dirigentes das agências entre funções exercidas no governo e na iniciativa privada, e quando há necessidade, por parte da agência reguladora, do reconhecimento e cooperação da indústria regulada. Obviamente o risco de “captura” não é apanágio das agências, podendo ocorrer com qualquer órgão supervisor, inclusive ministérios, e a identificação de fatores que podem exacerbá-los normalmente se traduz por um desenho institucional que procure diminuí-los.”

Assim, as formas de se evitar esse risco seriam instituir mandados fixos para os diretores das agências reguladoras bem como estabelecer claramente os critérios para eventuais demissões e substituições, não entregando a decisão, seja da contratação ou da demissão, inteiramente nas mãos do Poder Executivo. A importância de que outro Poder da República participe do processo de contratação dos dirigentes dos entes reguladores se dá devido à necessidade de impedir, ou pelo menos dificultar, indicações cujo critério de

seleção seja político, e não técnico. Também é importante dotar as agências de independência financeira, uma vez que esse pode ser um meio de controle do governo. Tais ações têm o objetivo de torná-las mais resistentes às influências e eventuais pressões de cunho político-partidário. A seleção dos funcionários que trabalharão na regulação econômica deve ser feita mediante concurso público onde se exija exímio conhecimento na área a ser regulada, bem como a agência deve estimulá-los constantemente a fazerem cursos objetivando o aumento do padrão técnico de seus colaboradores. Entretanto, isso de nada adianta caso os salários não sejam competitivos aos pagos no setor privado, o que estimularia a migração desses funcionários para o setor regulado. Os diretores devem ser pessoas de reconhecido conhecimento técnico na área, mas sem ter vínculos diretos com nenhuma empresa que produza ou distribua o serviço regulado, bem como devem ficar proibidos de trabalhar neste setor após sair do cargo (estipulação de quarentena), para que ele não se utilize da sua influência na agência, nem de informações privilegiadas.

Quanto ao déficit democrático, a forma de se combatê-lo é através da instituição de mecanismos de prestação de contas e responsabilização, também chamado de *accountability*. Para tanto é necessário que a autoridade regulatória atue obrigatoriamente de forma transparente, que seus atos sejam sempre acompanhados de justificativas e que estejam sujeitos a sanções caso cometam erros. Assim, é apontado como importante a criação de mecanismos de prestação de contas das atividades regulatórias ao Congresso Nacional e a exigência de audiências e consultas públicas. Muitos também defendem a importância da instituição do chamado *contrato de gestão*, que seria firmado entre o regulador e o ministério ao qual se vincula.

Como dito anteriormente, as atividades em geral reguladas tem como característica o alto capital inicial e baixas taxas de rentabilidade a curto prazo, de tal forma que o investidor leva anos para a maturação de seu capital. Assim, os investimentos nessas áreas transpassam governos, o que gera o chamado *commitment problem*, que nada mais é que uma garantia mínima de que o aplicador terá assegurado o retorno de seu investimento acrescido de lucro, independentemente da visão político-partidária do governante que vier a assumir o posto de chefe do Poder Executivo e em eleições futuras. As maneiras apontadas para a redução do *commitment problem* passam pela independência das agências reguladoras (através dos mecanismos acima apresentados), o estabelecimento de um marco regulatório (ou seja, leis que regem a área regulada e que não sofram constantes mudanças, e que servirão para basear as decisões das agências), a não coincidência dos mandatos dos dirigentes das agências com o mandato do Presidente da República, o que evita mudanças bruscas no setor após a mudança de governo e, ainda com o objetivo de se evitar guinadas radicais na condução do setor regulado, é importante que os mandatos dos diretores das agências também não tenham suas datas de início e término coincidentes, fazendo com que a renovação do Conselho Diretor⁹ seja gradual.

Por fim, temos o problema da discricionariedade, que significa a tomada de decisão fundamentada na vontade do regulador, sem se basear em conhecimentos técnicos ou no que dita a lei. A adoção das medidas que visam diminuir a influência política nas decisões das agências também contribuem para se diminuir a discricionariedade, uma vez que uma baixa independência

⁹ Neste trabalho adotaremos o termo Conselho Diretor para classificar o órgão colegiado responsável pela tomada de decisão das agências e composto por seus diretores, apesar de que esse não é o termo utilizado oficialmente para todas as agências brasileiras.

do ente regulador aumenta a chance de que critérios políticos contaminem o processo decisório. Além disso, a forma autocrática de tomada de decisão é mais propensa à discricionariedade do que a forma colegiada. Também é importante que a área de atuação da agência conte com leis claras e estáveis.

Cabe neste momento ressaltar que, como é possível se perceber em alguns trechos deste trabalho, alguns dos mecanismos apontados pela literatura como possíveis meios de se solucionar problemas referentes às agências não são vistos como positivos por analistas de forma unânime, pois muitas vezes contribuem com o agravamento de outros. Dentre eles, podemos citar como os mais controversos a questão orçamentária das agências e o contrato de gestão.

Para alguns analistas, como foi dito anteriormente, o controle orçamentário é uma das possíveis formas que os poderes públicos teriam para forçar a agência a revelar as informações sobre ela, tornando a informação melhor distribuída. Entretanto, outros analistas vêem a independência orçamentária como fundamental para livrar a agência de pressões do governo, visto que cortes de verbas poderiam ser utilizados como maneira de se retaliar eventuais medidas tomadas pelo ente regulador que desagradassem ao governo. Considerando-se a existência de outros mecanismos para a solução da questão da assimetria de informação, não parece que o controle orçamentário seja algo tão necessário, sendo mais benéfico para o sistema regulatório a independência financeira das agências.

Quanto ao contrato de gestão, ele é visto por uns como um dos mecanismos para obrigar as agências reguladoras a prestarem contas à sociedade de suas atividades bem como um elemento que gere uma coesão

entre os planos do governo eleito com as atividades regulatórias desenvolvidas pelas agências. Entretanto, seus críticos alegam que esse contrato resultaria em uma subordinação do ente regulador ao ministério ao qual esse se vincula, indo de forma contrária à independência necessária para o bom exercício da atividade da regulação. Este ponto é controverso e será tratado mais detalhadamente em outra parte deste trabalho.

A ATUAL CONFIGURAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

Atualmente, o Brasil tem dez agências reguladoras, sendo que podemos classificar três delas (ANVISA, ANS e ANCIENE) como sociais ou, de acordo com a definição de Salgado¹⁰ (2003), de governos, cujo objetivo é seguir diretrizes do Poder Executivo. As demais sete agências (ANEEL, ANATEL, ANP, ANA, ANTAQ, ANTT e ANAC) regulam setores da economia e são consideradas agências de Estado. Todas as análises e comentários que se seguirão são relativos exclusivamente a esse segundo tipo de agências, as quais se constituem no objeto específico deste estudo. Cada agência conta com uma lei e um decreto de criação, onde podemos encontrar as características de suas estruturas.

Recapitulando, apresentamos, basicamente, os seguintes pontos como importantes elementos estruturais para reduzir os problemas característicos das agências reguladoras:

¹⁰ SALGADO, Lúcia Helena. *Agências Regulatórias na Experiência Brasileira: Um Panorama do Atual Desenho Institucional. Texto para Discussão N° 941*, IPEA. Rio de Janeiro, Março de 2003.

1. Os diretores devem ser nomeados com base em seus conhecimentos técnicos sobre o setor, sem ter vínculos ou interesses econômicos nele;
2. A nomeação dos diretores, bem como uma eventual demissão, não deve ficar a cargo apenas do Poder Executivo;
3. Os diretores devem ter estabilidade em seus cargos;
4. Os salários dos diretores e funcionários devem ser competitivos aos pagos no setor privado;
5. Não coincidência dos mandatos dos dirigentes das agências com o mandato do Presidente da República;
6. Não coincidência dos mandatos dos diretores das agências entre si;
7. Ex-diretores devem ficar proibidos de trabalhar no setor o qual foi responsável pela regulação por determinado período;
8. As decisões das agências devem ser tomadas de forma colegiada;
9. As agências devem ser financeiramente independentes do Poder Executivo;
10. A atuação da agência deve ser obrigatoriamente de forma transparente;
11. A divulgação dos atos das agências deve sempre vir acompanhada pela apresentação dos motivos que resultaram em sua adoção;
12. As ações das agências, bem como as de seus diretores e funcionários, devem ser sujeitas a sanções;

13. Obrigatoriedade de audiências e consultas públicas prévias às decisões que afetem diretamente os direitos dos atores envolvidos e;

14. A instituição do chamado contrato de gestão.

A Lei Nº. 9.986, de 18 de julho de 2000, estabelece que, independentemente de estar presente em sua Lei ou Decreto de criação, todas as agências terão os seguintes elementos: o mandato não coincidente para seus dirigentes; a renúncia, a condenação judicial transitada em julgado ou o processo administrativo disciplinar como únicos meios dos diretores perderem seus cargos e a chamada quarentena, que é a exigência de que ex-diretores não trabalhem, durante um prazo definido nas leis de criação de cada agência, na área de regulação das agências que dirigiram. Assim, todas as agências contam com os elementos estruturais números 2, 3, 6 e 7.

Outras características comuns a todas as agências são as nomeações de seus diretores pelo Presidente da República, a necessidade da aprovação do nome pelo Senado Federal, o mandato fixo de seus dirigentes, a utilização da forma colegiada de tomada de decisão e o estabelecimento da autonomia financeira, atendendo aos elementos estruturais números 8 e 9, além de reforçar os números 2 e 3. Além disso, todas as agências são obrigadas a publicar seus atos desde que o sigilo não seja necessário à segurança do País, o que atende ao quesito número 10. Assim percebemos que, de 14 elementos citados acima, todas as agências contam, de forma padronizada, com sete deles.

Analisando as leis e decretos de criação das agências reguladoras, percebemos que todas apresentavam o impedimento de que seus dirigentes indicados possuam interesses financeiros diretos ou indiretos na área de atuação da agência para o qual está se pleiteando indicá-lo, o que atende a necessidade número 1. Entretanto, a já citada Lei Nº. 9.986, de 18 de julho de 2000, revogou o artigo da Lei de criação da ANP que previa tal condição, sendo que a razão para tal ato não ficou clara para o autor deste trabalho. Cabe ressaltar que essa falta de vínculos econômicos dos diretores com o setor regulado é importante para propiciar credibilidade às decisões tomadas, bem como dificultar, mesmo que minimamente, sua cooptação.

A ANATEL e a ANA são as únicas agências que não contam com a obrigatoriedade explícita em suas Leis de precedência de audiência Pública antes de se tomar decisões que afetem os direitos dos atores envolvidos na área regulada (o que não significa que elas não utilizem esse mecanismo, mas se o fazem é puramente por reconhecer a importância dele, podendo a qualquer momento deixar de fazê-lo). As audiências públicas aumentam a legitimidade das decisões uma vez que permitem aos interessados a oportunidade de mostrarem e defenderem seus pontos de vista além de, ao tornar mais claro o processo de tomada de decisão, diminuir a possibilidade de captura do ente regulador bem como a discricionariedade de suas ações.

A ANA, juntamente com a ANP, também não possui em sua estrutura a ouvidoria, cuja função é, segundo texto de Anis Nacfur¹¹, organizar, estabelecer, consolidar e aproximar o relacionamento da empresa ou, no caso,

¹¹ouvidor da EMBRAPA. Maiores detalhes: NACFUR, Anis. A realidade de uma Ouvidoria. Publicado no sitio da ouvidoria da UNICAMP. Disponível em <http://www.ouvidoria.unicamp.br/textos/A_realidade_de_uma_Ouvidoria.pdf>.

da agência reguladora, com o público que está sob influência da regulação, e que contribui para se conhecer suas necessidades e opiniões. Além disso, a Ouvidoria tem a função básica de defender os direitos dos atores envolvidos no setor regulado contra erros ou omissões das agências.

Outro importante elemento na estrutura de uma agência é o Conselho Consultivo, órgão presente apenas na ANATEL e na ANAC, que tem como objetivo ser a via institucionalizada de participação da sociedade civil nas decisões dos Conselhos Diretores. Este Conselho também contribui para maior legitimidade e transparência das decisões, além de dificultar a discricionariedade e a captura. Como via de participação, também contribui para atrair o investidor, uma vez que ele poderá participar, ao lado de outros atores, do processo de tomada de decisões da agência.

Quanto ao contrato de gestão, apenas a ANEEL e a ANA contam com ele em suas Leis de criação, sendo que no caso da segunda, a Lei diz explicitamente que a não existência não interfere no normal desempenho das atividades da agência. Esse contrato é visto por alguns como uma importante ferramenta de *accountability* uma vez que estabelece metas para as agências, que podem ser utilizadas como parâmetro para analisar o desempenho de determinado período, podendo até ser uma forma de se justificar uma eventual punição para os diretores que não executem suas atividades a contento. Entretanto, outros analistas consideram esse contrato uma forma de subjugar a agência ao ministério ao qual ela é vinculada, diminuindo assim sua independência frente ao Poder Executivo. Certamente essa crítica ao contrato de gestão é tão pertinente quanto os benefícios que essa ferramenta pode trazer. Para se resolver essa questão é necessário estabelecer claramente

como se dará a assinatura desse contrato, permitindo que a agência tenha força durante esse processo para impedir que as metas sejam definidas por questões politicamente vantajosas para o Ministro de Estado, governo federal ou o partido que estiver no poder, deixando assim de lado os critérios técnicos. Além disso, esse contrato também poderia contribuir para intensificar a relação agência-atores se na sua confecção membros da sociedade civil, bem como do Poder Legislativo, pudessem participar ativamente.

Por fim, cabe ressaltar que apenas uma agência, a ANATEL, prevê na legislação que a criou a obrigatoriedade de se publicar os motivos pelos quais as decisões são tomadas. A publicação das razões que levaram aos diretores optarem por determinado ato é fundamental para um eficiente sistema de *accountability*, pois aumenta substancialmente a transparência do órgão que traz como resultado (e nunca é demais repetir) o aumento da dificuldade de tomar decisões baseadas na discricionariedade, assim como torna mais trabalhoso para os regulados capturarem os reguladores, além de permitir maior capacidade de participação da sociedade civil. Certamente, a publicação dos motivos que justificam os atos aumenta a confiança do investidor para depositar seu capital nos setores regulados pela agência.

Infelizmente, por falta de recursos financeiros, humanos e de tempo, não foi possível analisarmos todos os pontos listados. Podemos citar como faltas importantes a esse estudo questões como se os funcionários das agências possuem bom nível de conhecimento técnico, se são estimulados a continuarem melhorando suas habilidades e se recebem remuneração que consiga competir com a oferecida pelo setor regulado. Outro ponto ausente neste trabalho é a verificação se esses pontos que estão presentes na

legislação e foram discutidos anteriormente são aplicados na prática. Esses elementos devem ser analisados e ficam como sugestão a futuras pesquisas.

Assim, podemos perceber que, no geral, o desenho institucional das agências é bom. Entretanto, algumas boas características não estão presentes em todas, o que torna nosso quadro regulatório pouco homogêneo, dificultando alguns casos onde diversas agências (com diferentes estruturas) atuem simultaneamente. Este caso pode ocorrer, por exemplo, com a ANEEL e a ANP ou a primeira com a ANA. Também podemos perceber que na maioria das agências há espaço para uma maior participação da sociedade civil durante o seu processo de tomada de decisão bem como a necessidade de se fortalecer mecanismo de *accountability*. O quadro abaixo apresenta um resumo dos elementos que estão presentes nas legislações brasileiras referentes às agências.

	ANEEL	ANATEL	ANP	ANA	ANAC	ANTT	ANTAQ
Direção Colegiada	X	X	X	X	X	X	X
Audiência pública antes de decisões que afetem direitos dos atores	X		X		X	X	X
Nomeação pelo Presidente da República	X	X	X	X	X	X	X
Aprovação pelo Senado Federal	X	X	X	X	X	X	X
Estabilidade dos dirigentes	X	X	X	X*	X	X	X
Proibição de interesse econômico na área regulada aos diretores	X	X		X	X	X***	X***
Contrato de gestão	X			X**			
Ouvidoria	X	X			X	X	X
Publicação dos motivos pelos quais foram tomados		X					
Autonomia financeira	X	X	X	X	X	X	X
Órgão de participação da população institucionalizado		X			X		
Mandatos dos dirigentes não coincidentes	X	X	X	X	X	X	X
Quarentena para ex-dirigentes	X	X	X	X	X	X	X

* A Lei de criação apresenta uma ressalva: Caso o diretor tenha sido nomeado a menos de 4 meses, ele pode ser substituído sem motivo

**A Lei de criação desta agência diz que a inexistência não afetará o normal desempenho da agência

*** É aceito desde que o vínculo tenha se encerrado a no mínimo 12 meses

O PL 3.337/04

O governo federal enviou em 2004 um projeto de lei à Câmara dos Deputados, onde recebeu o número 3.337/04, cujo objetivo era regular a atuação das agências, produzindo um padrão mínimo para elas, como resultado do já citado Relatório Interministerial para Avaliação das Agências Reguladoras. É importante ressaltar que este PL trata de todas as agências, inclusive as sociais, que fogem do objetivo deste trabalho.

O Projeto assume a forma colegiada de decisão como a mais adequada para as agências, principalmente as de regulação econômica, mas reconhece que em alguns casos as decisões monocráticas, desde que exista a possibilidade de serem revistas pelo Conselho Diretor das agências, possam ser utilizadas sem grandes prejuízos.

Outras características que o projeto visa estender a todas as agências são:

- O procedimento de consultas públicas quando se for proposta alguma alteração de norma legal, de ato normativo e decisão do Conselho Diretor que afete algum direito dos envolvidos no setor regulado.
- Elaboração e envio de relatórios anuais sobre as atividades desempenhadas, bem como seus resultados, para o titular do ministério ao qual a agência estiver vinculada, ao Senado Federal e a Câmara dos Deputados, bem como a disponibilização desse relatório em sua sede e digitalmente em sua página na *Internet*.
- Criação do cargo de Ouvidor, escolhido pelo Presidente da República para um mandato de dois anos, prorrogável por mais dois.
- Utilização do contrato de gestão firmado entre o Conselho Diretor e o titular do respectivo ministério e passando pela aprovação do Conselho de Política Setorial da respectiva área de atuação da agência reguladora ou uma das Câmaras de do Conselho de Governo, servindo como ferramenta para a avaliação de desempenho.
- A participação de especialistas escolhidos por entidades de defesa do consumidor para acompanhar as Audiências Públicas, com os custos arcados pelas agências, observando a disponibilidade orçamentária.

Assim, percebemos que esse projeto é um importante passo na consolidação das agências uma vez que estabelece como padrão importantes órgãos e procedimentos, como no caso da prestação de contas às Casas Legislativas. Entretanto, dois pontos merecem serem melhores discutidos: o contrato de gestão e a indicação de especialistas por órgão de defesa do consumidor e da concorrência com os custos arcados pelas agências.

Alguns setores da economia regulada ficaram preocupados com a idéia de se instituir o contrato de gestão uma vez que a lei não passa a certeza de que a forma que ele será firmado possibilitará a manutenção da independência do órgão regulador. Como foi dito anteriormente, uma das possíveis formas de se aproveitar as vantagens desse mecanismo tentando limitar seus pontos negativos seria a participação de mais setores da sociedade no processo de confecção do contrato, não o limitando ao Poder Executivo.

Quanto à indicação de um técnico, certamente isso ajuda aos órgãos de defesa do consumidor e de defesa da concorrência, visto que estes não são necessariamente especialistas no setor regulado. É positivo que a agência arque com os custos desses especialistas, pois dessa forma, a falta de recursos financeiros por parte das organizações não constituirá uma barreira a sua participação nas discussões sobre os setores regulados. Entretanto, as agências, apesar de formalmente independentes financeiramente (como foi visto anteriormente), sofrem constantemente contingenciamento de seus recursos, de tal forma que não parece muito realístico a exequibilidade deste dispositivo da Lei.

Chama-nos a atenção, de forma negativa, o fato de que o PL não estabelece a exigência da divulgação dos motivos que levaram a tomada de

decisão e nem a criação de Conselhos Consultivos, atitude que poderia contribuir substancialmente para o sistema regulatório brasileiro. Ao contrário, o PL mantém o atual quadro onde apenas a ANATEL conta com estes importantes mecanismos de prestação de contas e legitimação. Assim, sugeriríamos a inclusão desses elementos à Proposição.

O Deputado Leonardo Picciani (PMDB/RJ) foi escolhido relator do PL na Comissão Especial destinada a proferir parecer sobre o Projeto de Lei. O Deputado julgou conveniente apresentar um outro PL que servisse de substituto ao 3.337/04. Nesse substitutivo o relator manteve basicamente a mesma estrutura do PL, porém detalhou mais diversos pontos tratados no Projeto original. Podemos citar como exemplo do que foi dito a regulamentação de pontos relativos à instituição da ouvidoria no que diz respeito ao caso de vacância e de como se proceder para abrir processos contra o ouvidor, casos omissos no 3.337/04.

Podemos citar dois elementos como principais diferenças entre o substitutivo e o PL. O primeiro seria o motivo da realização da consulta pública.

Para alguns analistas, o substitutivo é mais restrito, pois obriga a realização apenas em casos de mudanças tarifárias ou de legislação, enquanto o PL inclui todas as decisões tomadas pelo Conselho Diretor, o que a princípio poderia tornar todas as decisões das agências lentas. O segundo é a limitação do poder de controle externo do TCU, que não poderia exercê-lo em questões regulatórias, o que parece positivo, uma vez que aumenta a garantia dos investidores na manutenção das regras, pois não haveria a possibilidade delas serem revistas por um órgão que não está apto tecnicamente para o exercício da atividade de regulação. Entretanto, este substitutivo se apresenta

novamente como uma excelente oportunidade desperdiçada de se incluir na legislação a obrigatoriedade da publicação dos motivos que levaram a diretoria a tomar determinada decisão. Porém, percebemos no PL um outro elemento que poderia desempenhar uma função parecida com o elemento acima citado, que é a obrigatoriedade da direção da agência de criar um espaço onde os interessados poderiam questionar as decisões e a diretoria seria obrigada a responder cada questionamento, apresentando, nos casos onde fossem necessárias, as razões que levaram a tomar suas decisões. Esse dispositivo é interessante por permitir uma interação entre agência e atores que compõe o setor regulado. Entretanto, é possível que o resultado dessa interação não seja benéfico, sobrecarregando e, conseqüentemente, dificultando o trabalho das agências. O Substitutivo também é omissivo no que diz respeito à instituição do Conselho Consultivo.

O PL 3.337/04 foi apresentado em abril de 2004 e continua na Câmara dos Deputados, tramitando lentamente devido à necessidade dos deputados de compreenderem bem e debaterem melhor o assunto, considerando-se a importância e complexidade dele. Entretanto, a proposição também enfrenta uma série de dificuldades em sua tramitação como resultado de não figurar, ao longo deste período, como prioridade para o Poder Executivo, que tem grande poder para pautar as discussões do Congresso, nem para os próprios deputados.

Este quadro começou a mudar devido a dois acontecimentos. O primeiro foi o lançamento, pelo Poder Executivo, do Programa de Aceleração do Crescimento, também conhecido como PAC, que se constitui de uma série de medidas com o objetivo, como o próprio nome dá a entender, de aumentar o

ritmo do crescimento econômico brasileiro. Muitas das ações preconizadas pelo PAC se dão em áreas da economia que são reguladas e que precisam de grande vulto de capitais privados. Dessa forma, para que esse programa se torne realidade, é fundamental a consolidação do marco teórico desses setores, bem como o aperfeiçoamento das agências, tentando livrá-las dos problemas discutidos até agora, ou pelo menos minimizá-los. Assim, a importância da tramitação do PL é realçada. O segundo acontecimento foi a crise vivida no setor aéreo brasileira trazida a tona pelos desastres aéreos ocorridos com o avião da empresa aérea Gol em 29/09/2006 e com o da empresa TAM no dia 17/06/2007. Esses acidentes mostraram uma série de possíveis erros cometidos pela diretoria da ANAC, o que suscitou, por parte de políticos e alguns setores da imprensa, a discussão sobre a necessidade de mecanismos que permitam a demissão de dirigentes das agências reguladoras em caso de ineficiência. O caso que ganhou maior proporção foi o da então diretora Denise Abreu. Segundo reportagem do jornal Estado de São Paulo¹² publicada no dia 22 de agosto de 2007:

“SÃO PAULO - A Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) virou alvo das investigações sobre o acidente com o voo 3054 da TAM, que deixou 199 pessoas mortas no dia 17 de julho. Depois da aprovação, na CPI do Apagão, do pedido de quebra de sigilo da diretora Denise Abreu e do Ministério Público afirmar que vai apurar irregularidades na agência, uma desembargadora ligou o acidente da TAM a possíveis fraudes na Anac.

Segundo reportagem do **Estado** desta quarta-feira, 22, a presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (São Paulo e Mato Grosso do Sul), desembargadora Marli Ferreira, ligou o acidente do Airbus da TAM ao fato de a Anac ter apresentado documentação à Justiça que embasou a decisão de liberar o Aeroporto de Congonhas para grandes aeronaves.

"O tribunal foi fraudado na sua obrigação constitucional de dizer o Direito de forma reta, justa, moral e equitativa para o cidadão. E o resultado são 200 mortes e o nosso choro, não como juízes, mas como

¹² Reportagem extraída da página do jornal na internet

cidadãos, que se faz ecoar por todo esse País pela falta de responsabilidade administrativa desses administradores que desservem a nação", disse a presidente do TRF. Na terça, a CPI do Apagão Aéreo aprovou o pedido de quebra de sigilo bancário, telefônico e fiscal da diretora da agência, Denise Abreu, e de outros ex-diretores da Anac e da Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária (Infraero).

Em 22 de fevereiro, Denise Abreu, levou à desembargadora Cecília Marcondes uma norma que proibia pouso de aviões com reverso inoperante em pistas molhadas como a garantia de que as operações seriam seguras. Na CPI do Apagão Aéreo, no entanto, Denise disse que o papel não tinha validade de norma. "Ela se contradiz a cada instante, mente para nós e mentiu para a juíza quando apresentou um documento que a induziu a liberar o aeroporto de Congonhas", afirmou o relator da CPI, senador Demóstenes Torres (DEM-GO), justificando o pedido de quebra de sigilo de Denise.

Norma

Segundo Marli, a apresentação da norma da Anac à desembargadora "foi uma atitude absolutamente impensada, uma atitude ilegal, que abusou do poder de regulamentar, abusou do Poder Judiciário e se vestiu de inconstitucionalidade".

"A desembargadora Cecília Marcondes agiu acertadamente e eu agiria da mesma forma (se lhe fosse apresentada a documentação)", prosseguiu a presidente do tribunal. "A decisão foi dada com base em documento da Anac e da Infraero, que dava como absolutamente adequada aquela pista", continuou.

A magistrada defendeu uma rediscussão do papel das agências reguladoras, "na mão de administradores que não têm sensibilidade de tratar a coisa pública com seriedade". Mas ressaltou que existem "vários entraves de ordem legal" para isso e caberia ao Legislativo e Executivo apresentarem mudanças nas regras de escolha de diretores ou nas atribuições dessas agências. Ele disse que cabe ao Ministério Público "apurar a responsabilidade penal" da Anac e sua direção no caso".

Além do episódio do envio de uma norma que não estava em vigor para a Justiça de São Paulo, o ex-presidente da Infraero José Carlos Pereira afirmou, segundo reportagem de Eduardo Simões¹³, que a ex-diretora da ANAC tentou transferir o setor de cargas do aeroporto de Congonhas para o de

¹³ SIMÕES, Eduardo. Bombardeada, Denise Abreu é primeira diretora da Anac a cair. *Reuters Brasil*, 24 de Agosto, 2007. Disponível em <http://br.today.reuters.com/news/newsArticle.aspx?type=topNews&storyID=2007-08-24T224119Z_01_N24465476_RTRIDST_0_MANCHETES-AEREAS-DENISE-ATUA-POL.XML> Acessado dia 22/09/2007

Ribeirão Preto, que supostamente seria administrado por um amigo de Denise Abreu, que nega a acusação.

O dep. Eduardo Cunha (PMDB/RJ), segundo reportagem da Agência Câmara, indagou: “Se o Parlamento pode destituir o próprio presidente da República, por que não o presidente de uma agência?”. Já o relator do PL afirmou, ainda segundo a mesma fonte: “A estabilidade não pode servir de guarda-chuva da incompetência”. Muitos analisam qual deveria ser a forma para que os dirigentes percam seus mandatos, se por vontade do presidente, se por vontade do presidente autorizado pelo Senado, se através de um processo no congresso. O relator já anunciou que estuda mudanças em seu relatório, para incluir essa medida. Reportagem da Agência Câmara diz:

“Ainda falta acordo, porém, sobre como encaminhar essa mudança sem interferir na autonomia das agências, que foi amplamente defendida nos debates como elemento fundamental do modelo regulatório”. De qualquer forma, Picciani já antecipou que vai propor que a demissão de dirigentes de agência tenha a chancela do Poder Legislativo”

Ao analisarmos esse caso podemos perceber nele alguns dos problemas que depreendemos das teorias. Quando a juíza, que havia proibido pousos no aeroporto de Congonhas em dias de chuva, recebe um documento da ANAC afirmando que esse procedimento era seguro e como prova dessa segurança uma norma que, na realidade, não estava em vigor, percebemos claramente que essa é uma situação típica de assimetria de informação e que pode ter induzido a justiça a um erro, sendo as razões que poderiam ter levado os dirigentes do órgão regulador a tal atitude desconhecidas, mas pode ser relacionada a alguma situação de captura e discricionariedade. A outra questão que podemos levantar também se refere à captura da agência e

discricionariedade, situação clara caso seja verdade que a ex-diretora tentou transferir o setor de cargas do aeroporto de Congonhas para o de Ribeirão Preto não por questões técnicas, mas pelo interesse pessoal de beneficiar o administrador do segundo aeroporto.

Certamente este caso serviu para observarmos que são necessários aperfeiçoamentos no setor de regulação brasileiro. Todos esses acontecimentos demonstram a importância do que foi dito repetidas vezes neste trabalho; a instituição de elementos que garantam o *accountability*, ou seja, publicação das ações, explicitação dos motivos para as ações serem tomadas e responsabilização para eventuais erros, além da garantia de participação da sociedade civil nesse processo. Entretanto, não podemos permitir que o afã gerado por esses fatos descritos anteriormente nos leva a desenhar um sistema regulatório sem elementos fundamentais para as agências, como a estabilidade do diretor (para que este não possa ser demitido por questões políticas). Também é importante ressaltar que não adianta termos vários elementos que contribuam para o bom desempenho das agências se eles não forem colocados em prática eficientemente. Como exemplo, podemos evitar a discricionariedade e a falta de conhecimento técnico da direção, importante para se evitar a captura, através da sabatina feita pelo Senado Federal para a aprovação do nome indicado pelo Presidente da República.

CONCLUSÃO

A regulação econômica é um fenômeno internacional atualmente necessário para os governos. Entretanto, a atividade de regulação pode trazer consigo mais problemas do que vantagens caso a estrutura regulatória do país

não seja montada cuidadosamente e de forma adequada. Vários teóricos escreveram trabalhos que servem para nos mostrar possíveis pontos frágeis desse sistema, como a assimetria de informação, a captura das agências, o déficit democrático, o *commitment problem* e a discricionariedade. Para cada um desses problemas existem uma ou mais formas de se combatê-los. Entretanto, em alguns casos, uma medida que ajuda a combater um problema pode agravar outro, como o caso do controle financeiro das agências, que pode facilitar para o governo conseguir as informações das agências, contribuindo para mitigar a questão da assimetria de informações. Entretanto, por outro lado, o controle financeiro limita a independência do ente regulador, fundamental para o bom desempenho de sua atividade bem como para se evitar o risco de captura do regulador pelo regulado, como explicado anteriormente.

O sistema regulatório brasileiro é composto por dez agências, sendo três sociais ou de governo e sete econômicas ou de Estado, e que foram o objetivo específico deste trabalho. As estruturas das agências são relativamente boas, apesar de não padronizadas, ou seja, apenas sete (de um total de 14) características apresentadas nesse trabalho como importantes estão presente em todas as agências. Para mudar essa realidade, está em tramitação o Projeto de Lei 3.337/04, elaborado pelo Poder Executivo como consequência do Relatório Final do grupo Interministerial para analisar e avaliar as agências reguladoras. No geral, este projeto é positivo, pois estende a todas as agências uma série de características positivas. Como ponto negativo, podemos citar a ausência da obrigatoriedade da publicação dos motivos que levaram o regulador a tomar suas decisão (obrigatoriedade que apenas a ANATEL

possui). O PL assegura o direito de associações de consumidores ou de defesa da concorrência de contratar técnicos para acompanhar as audiências públicas, ficando o custo a cargo das agências, o que pode ser inviável principalmente se considerarmos os cortes de verba que os entes reguladores têm sofrido, apesar de formalmente serem independente financeiramente. Outro ponto que cabe citar sobre o projeto de lei é a instituição do chamado contrato de gestão, item interessante, mas que causa polêmica, pois da forma que foi apresentado não dá garantias de que, no processo de confecção dele, as agências conseguirão manter suas independência, assim como poderão ter transformados objetivos políticos de determinado governo em metas a serem perseguidas.

Por fim, de pouco vale a existência de mecanismos para combater os problemas da regulação se eles não são adequadamente utilizados, como o caso da sabatina feita pelo Senado para aceitar a nomeação de diretores do Presidente da República.

O quadro regulatório brasileiro, apesar de ter vários pontos positivos, necessita urgentemente de aperfeiçoamentos. Apesar disso, a tramitação do PL 3.337/04 ocorre de forma lenta, tendo voltado à pauta graças a acontecimentos que podem enviesar sua discussão, resultando na adoção de elementos negativos ao bom desempenho da atividade regulatória caso não seja debatido com parcimônia.

Por fim, podemos citar que a maior necessidade do atual quadro regulatório é o estabelecimento de um sistema que garanta o *accountability* através da publicação de todos os atos das agências (ressalvado casos em que isso resulte em risco para a segurança nacional), a apresentação dos

motivos que o levaram a ser tomados, a existência de elementos que permitam punir erros cometidos pelos diretores e uma maior participação da sociedade civil no processo decisório.

BIBLIOGRAFIA

CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA E CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA.. *Relatório Final do Grupo de Trabalho Interministerial: Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no Atual Arranjo Institucional Brasileiro*. Presidência da República. Brasília, 2003.

Dixit, A. K. (1996). *The making of economic policy : a transaction-cost politics perspective*. Cambridge, Mass, MIT Press.

FIANI, Ronaldo. Afinal, a quais interesses serve a regulação? *Economia e Sociedade, Campinas, v. 13, n. 2 (23), p. 81-105, jul./dez. 2004*. Disponível em <www.eco.unicamp.br:8888/seer/ojs/include/getdoc.php?id=85&article=60&mode=pdf> Acessado dia 22/08/2007.

GOMES, Eduardo Granha Magalhães. As agências reguladoras independentes e o Tribunal de Contas da União: conflito de jurisdições?. *Rev. Adm. Pública, July/Aug. 2006, vol.40, no.4, p.615-630*. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n4/31598.pdf>> Acessado dia 22/08/2007.

MEIRELLES, Fernanda and OLIVA, Rafael. Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil. *Rev. Adm. Pública, July/Aug. 2006, vol.40, no.4, p.545-565*. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n4/31595.pdf>> Acessado dia 22/08/2007.

MELO, Marcus André. A Política da Política Regulatória: INSTITUIÇÕES, DELEGAÇÃO E CREDIBILIDADE. *Paper apresentado no GT Política e Economia, XXIV Encontro Anual da ANPOCS, 23 a 27 de outubro de 2000, Palácio Quitandinha, Petrópolis*. Disponível no sítio <[HTTP||BIBLIOTECAVIRTUAL.CLACSO.ORG.AR](http://BIBLIOTECAVIRTUAL.CLACSO.ORG.AR)>. ACESSADO DIA 22/08/2007.

MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E DA REFORMA DO ESTADO. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Presidência da República*. Presidência da República. Brasília, 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI.HTM> Acessado dia 20/08/2007.

MUELLER, BERNARDO. Regulação, Informação e Política: Uma Resenha da Teoria Política Positiva da Regulação. *Revista Brasileira de Economia de Empresas*, 2001. Disponível no sítio <<http://www.angelfire.com/ky2/mueller/resenha1.pdf>> Acessado dia 22/08/2007.

NACFUR, Anis. A realidade de uma Ouvidoria. Publicado no sitio da ouvidoria da UNICAMP. Disponível em <http://www.ouvidoria.unicamp.br/textos/A_realidade_de_uma_Ouvidoria.pdf>. Acessado dia 22/09/2007.

OLSON, Mancur, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

PELTZMAN, S., "Towards a More General Theory of Regulation," *Journal of Law and Economics*, (1976) Vol.19, 211-240.

SALGADO, Lúcia Helena. Agências Regulatórias na Experiência Brasileira: Um Panorama do Atual Desenho Institucional. *Texto para Discussão N° 941*, IPEA. Rio de Janeiro, Março de 2003. Disponível no sitio <http://www.ipea.gov.br/pub/td/2003/td_0941.pdf> Acessado dia 22/08/2007.

STIGLER, George J., "The Theory of Economic Regulation," *Bell Journal of Economics*, 2 (Spring 1971), 3-21.

VINHAES, Elbia. O Novo Papel do Estado nos Setores de Infra-Estrutura: Reflexões sobre Regulação e Regulamentação. Disponível em <<http://anpad.org.br/enanpad/1999/dwn/enanpad1999-ap-36.pdf>> Acessado dia 22/08/2007.

REPORTAGENS

ESTADÃO. Sitio destinado à divulgação de notícias do jornal *O Estado de São Paulo*, 22 de agosto de 2007. Disponível em <http://www.estadao.com.br/cidades/not_cid39004,0.htm> Acessado dia 22/09/2007.

FERNANDES, Edvaldo. Debate sobre agências reguladoras se acirra na Câmara. *Agência Câmara*, 14/08/2007. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/internet/homeagência/materias.html?pk=107922>>. Acessado dia 20/09/2007.

FERNANDES, Edvaldo. Estabilidade dos diretores das agências. *Agência Câmara*, 15/08/2007. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/internet/homeagência/materias.html?pk=108108>> Acessado dia 22/09/2007.

MUGNATTO, Sílvia e FERNANDES, Edvaldo. Dirigente de agência pode perder estabilidade. *Agência Câmara*, 16/08/2007. Disponível

em://www2.camara.gov.br/fiquePorDentro/ultimas-noticias/dirigente-de-agencia-reguladora-pode-perder-estabilidade> Acessado dia 22/09/2007

SIMÕES, Eduardo. Bombardeada, Denise Abreu é primeira diretora da Anac a cair. *Reuters Brasil*, 24 de Agosto, 2007. Disponível em <http://br.today.reuters.com/news/newsArticle.aspx?type=topNews&storyID=2007-08-24T224119Z_01_N24465476_RTRIDST_0_MANCHETES-AEREAS-DENISE-ATUA-POL.XML> Acessado dia 22/09/2007.

LEIS E DECRETOS

BRASIL. Câmara dos Deputados. Mesa Diretora. Projeto de Lei número 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. 13 de abril de 2004.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Mesa Diretora. Substitutivo ao Projeto de Lei número 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. 24 de agosto de 2004.

BRASIL. Decreto nº. 2.238 de 07 de outubro de 1997. Aprova o regulamento da agência nacional de telecomunicações e dá outras providências. *Diário Oficial da União* 08/10/1997, P. 22529.

BRASIL. Decreto nº. 2.335 de 06 de outubro de 1997. Constitui a Agência Nacional de Energia Elétrica -ANEEL, autarquia sob regime especial, aprova sua Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão

e Funções de Confiança e dá outras providências. *Diário Oficial da União* 07/10/1997.

BRASIL. Decreto nº. 2.455 de 14 de janeiro de 1998. Implanta a Agência Nacional do Petróleo - ANP, autarquia sob regime especial, aprova sua Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e Funções de Confiança e dá outras providências. *Diário Oficial da União* 15/01/1998.

BRASIL. Decreto nº. 3.692 de 19 de dezembro de 2000. Dispõe sobre a instalação, aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos Comissionados e dos Cargos Comissionados Técnicos da Agência Nacional de Águas - ANA, e dá outras providências. *Diário Oficial da União* 20/12/2000.

BRASIL. Decreto nº. 4.122 de 13 de fevereiro de 2002. Aprova o Regulamento e o Quadro Demonstrativo dos Cargos Comissionados e dos Cargos Comissionados Técnicos da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, e dá outras providências. *Diário Oficial da União* 14/2/2002.

BRASIL. Decreto nº. 4.130 de 13 de fevereiro de 2002. Aprova o Regulamento e o Quadro Demonstrativo dos Cargos Comissionados e dos Cargos Comissionados Técnicos da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, e dá outras providências. *Diário Oficial de União* 14/02/2002.

BRASIL. Decreto nº. 5.731 de 20 de março de 2006. Dispõe sobre a instalação, a estrutura organizacional da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e aprova o seu regulamento. *Diário Oficial da União* 21/03/2006.

BRASIL. Lei nº. 11.182 de 27 de setembro de 2005. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. *Diário Oficial da União* 28/09/2005.

BRASIL. Lei nº. 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a agência nacional de energia elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e das outras providências. *Diário Oficial da União*, 27/12/1996, P. 28653

BRASIL. 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 nº 8, de 1995. *Diário Oficial da União*, 17/07/1997, P. 15081.

BRASIL. Lei nº. 9.478 DE 6 DE AGOSTO DE 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. *Diário Oficial da União* 07/08/1997.

BRASIL. Lei nº.10.233 de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. *Diário Oficial da União* 06/06/2001.

BRASIL. Lei nº.9.984 de 17 de julho de 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. *Diário Oficial da União* 18/07/2000.

BRASIL. Lei nº.9.986 de 18 de julho de 2000. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. *Diário Oficial da União* 19/07/2000