ISSN 1415-4765

TEXTO PARA DISCUSSÃO N° 941

AGÊNCIAS REGULATÓRIAS NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: UM PANORAMA DO ATUAL DESENHO INSTITUCIONAL*

Lucia Helena Salgado**

Rio de Janeiro, março de 2003

* A autora agradece a assistência de pesquisa de Patrícia Regina Sampaio e Pedro Humberto Bruno de Carvalho Júnior, este bolsista ANPEC, e os comentários e críticas de Eduardo P. Fiuza e Paulo Tafner, com as ressalvas de praxe.

** Da Diretoria de Estudos Macroeconômicos do IPEA, da UERJ e do IBMEC.
lsalgado@ipea.gov.br

Governo Federal

Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

Ministro – Guido Mantega
Secretário Executivo – Nelson Machado

ipea **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**

Fundação pública vinculada ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, o IPEA fornece suporte técnico e institucional às ações governamentais, possibilitando a formulação de inúmeras políticas públicas e programas de desenvolvimento brasileiro, e disponibiliza, para a sociedade, pesquisas e estudos realizados por seus técnicos.

Presidente
Glauco Antônio Truzzi Arbix

Chefe de Gabinete
Luis Fernando de Lara Resende

Diretor de Estudos Macroeconômicos
Eustáquio José Reis

Diretor de Estudos Regionais e Urbanos
Gustavo Maia Gomes

Diretor de Administração e Finanças
Hubimaier Cantuária Santiago

Diretor de Estudos Setoriais
Luís Fernando Tironi

Diretor de Cooperação e Desenvolvimento
Murilo Lôbo

Diretor de Estudos Sociais
(vago)

TEXTO PARA DISCUSSÃO

Uma publicação que tem o objetivo de divulgar resultados de estudos desenvolvidos, direta ou indiretamente, pelo IPEA e trabalhos que, por sua relevância, levam informações para profissionais especializados e estabelecem um espaço para sugestões.

As opiniões emitidas nesta publicação são de exclusiva e inteira responsabilidade dos autores, não exprimindo, necessariamente, o ponto de vista do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada ou do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

SUMÁRIO

SINOPSE

ABSTRACT

1 INTRODUÇÃO 1

2 ASPECTOS CONCEITUAIS DA REGULAÇÃO ECONÔMICA 2

3 ASPECTOS INSTITUCIONAIS 4

4 ASPECTOS TÉCNICOS 19

5 O MODELO REGULATÓRIO BRASILEIRO 21

6 DIFICULDADES NA OPERACIONALIZAÇÃO DO MODELO REGULATÓRIO 27

7 DECISÕES COLEGIADAS, DECISÕES MONOCRÁTICAS E O DESENHO INSTITUCIONAL DAS AGÊNCIAS 32

8 PROJETOS DE CRIAÇÃO DE NOVAS AGÊNCIAS 34

9 PROPOSIÇÕES PARA O APERFEIÇOAMENTO DO MODELO REGULATÓRIO 44

BIBLIOGRAFIA 48

SINOPSE

O objetivo deste trabalho é examinar o projeto de reforma do Estado empreendido pelo governo Fernando Henrique, representado pela criação de agências regulatórias após a privatização de serviços públicos. No exame da experiência brasileira recente, constata-se a existência de dois tipos distintos de agências regulatórias: um primeiro tipo, representado pelas agências de governo (também denominadas agências executivas), que executam diretrizes de governo, e um segundo, de agências, equivalentes ao modelo anglo-saxão, que podem ser denominadas agências de Estado e que regulam a oferta de serviços públicos por meio de aplicação de legislação própria específica. Constatam-se dificuldades na concretização da referida reforma do Estado, em função do *status* ambíguo das agências, o que é evidenciado pela falta de clareza quanto a objetivos e quanto à relação entre agências e governo. Por fim, apresentam-se propostas de aperfeiçoamento institucional do modelo.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to exam the State reform intended by Fernando Henrique administration. The focus is on the creation of regulatory agencies to supervise public utilities recently privatized. Examining the Brazilian experience, one realizes the existence of two types of regulatory agencies: the first one corresponding to government agencies, so called "executive agencies", to enforce the administration rules, and a second type of agency, following Anglo-Saxon model, which regulates public utilities enforcing specific legislation. One realizes difficulties concerning the agencies' ambiguous status, represented by bad specification of objectives and relations between agencies and government. Finally, the paper presents some suggestions to improve the regulation model.

1 INTRODUÇÃO

Com este trabalho, pretende-se dar início a uma avaliação da experiência brasileira recente de criação de agências regulatórias. Procura-se apresentar aqui um quadro geral, embora incompleto, da racionalidade subjacente à criação de tais entes públicos, assim como de seu desempenho no cumprimento das tarefas inscritas em lei. As novas agências regulatórias correspondem a uma das facetas do processo de revisão do papel do Estado na economia brasileira, como vem ocorrendo desde a segunda metade da década de 1990, momento marcado pelas Emendas Constitucionais de 5 a 9, todas de 1995, que introduziram a permissão para que serviços públicos pudessem ser ofertados por empresas privadas.

Longe de se propor a esgotar o tema, pretende-se tão-somente focalizar as principais características do marco regulatório recém-adotado no país, identificando-se seus fundamentos e objetivos, bem como as dificuldades encontradas na adaptação desse marco à realidade brasileira dos mercados de serviços públicos (*utilities*) e meritórios — como os serviços de saúde —, distantes ainda dos ideais de adequada rentabilidade ao investimento privado e universalidade de acesso por parte da sociedade.

O trabalho está estruturado em nove seções, incluindo esta introdução. A Seção 2 trata de aspectos conceituais da regulação econômica, ressaltando, de forma sintética, a origem normativa do tema e as recentes contribuições teóricas proporcionadas pela moderna microeconomia.

A Seção 3 aborda os aspectos institucionais examinados pela economia política positiva, em contraponto à abordagem normativa, com destaque para as leituras da teoria econômica da regulação e da *public choice*, ou teoria da escolha pública. A seção encerra-se com comentários sobre engenharia institucional voltada para a promoção do interesse público, rebatendo o ceticismo que permeia as leituras da economia política comentada.

Na Seção 4 são abordados os principais instrumentos de regulação econômica, em particular de serviços públicos, e termina com a discussão de um tema atual, acerca da conveniência de reorganização das indústrias provedoras desses serviços, de forma a separar monopólios naturais dos segmentos onde é possível a introdução de competição.

A Seção 5 descreve o modelo regulatório adotado no Brasil, no bojo da reforma do Estado, dando ênfase à constituição das agências regulatórias de serviços públicos, mais tipicamente identificadas com o desenho de autoridades técnicas e independentes, cuja função é criar mercados, onde antes havia a atividade estatal, e garantir seu funcionamento em condições de concorrência.

A Seção 6 levanta as principais dificuldades enfrentadas pelas agências regulatórias de serviços públicos no cumprimento de suas tarefas, com ênfase nos obstáculos para a introdução do mecanismo concorrencial como indutor do desempenho das indústrias reguladas.

A Seção 7 trata de um tema mais afeito à discussão jurídica, mas de importância não-trivial para as escolhas de engenharia institucional. A contraposição entre

agências de Estado e de governo, sendo as primeiras mais adequadamente representadas pelas agências regulatórias independentes e as últimas pelas agências executivas, uma das categorias de entes introduzida pela reforma do Estado durante o Governo Fernando Henrique, executoras, tal como definidas, de políticas de governo.

A Seção 8 traz comentários sobre alguns dos projetos de constituição de novas agências, de forma não-exaustiva, visto que há inúmeros outros projetos em discussão bem como agências recém-criadas sequer comentadas neste espaço. São comentados os projetos de criação de uma agência regulatória da aviação civil, da concorrência e de transportes ferroviário, rodoviário e de ônibus interestaduais.

O trabalho é concluído na Seção 9, com um apanhado dos problemas levantados ao longo do estudo e indicações de medidas para o aperfeiçoamento do processo de constituição de um modelo regulatório para a provisão de serviços públicos e meritórios.

2 ASPECTOS CONCEITUAIS DA REGULAÇÃO ECONÔMICA

Qual o porquê da regulação econômica? A análise normativa apresenta inúmeras razões, todas de uma forma ou de outra associadas ao conceito de falhas de mercado. Na presença de falhas, os mercados não fornecem sinais suficientes para garantir escolhas adequadas, que levem ao equilíbrio entre ofertantes e demandantes. O grande desafio para a regulamentação econômica é encontrar o ponto ótimo que viabilize a lucratividade, de um lado (e, portanto, a operação e o investimento das empresas), e o bem-estar dos consumidores, de outro, na forma de disponibilidade de bens e serviços de qualidade e a preços razoáveis.

Um aspecto importante do funcionamento dos mercados no mundo real é o acesso à informação. A existência de perfeita informação por parte de consumidores e produtores é um dos pressupostos teóricos citados pela literatura econômica como necessário à comprovação de que a livre concorrência nos mercados leva à alocação eficiente de recursos e à satisfação dos agentes. No mundo fático, porém, são os fabricantes — e não os consumidores — que detêm melhores informações sobre o funcionamento de produtos; os demandantes de crédito possuem melhor informação sobre sua capacidade de pagamento do que as instituições financeiras; e os executivos conhecem melhor as perspectivas de desempenho de uma empresa do que seus acionistas.

O conceito de informação assimétrica encontra-se no cerne da atual teoria econômica, especificamente da microeconomia, que estuda o comportamento dos agentes e o funcionamento dos mercados. A assimetria de informações é uma das justificativas de ordem normativa para a adoção, pelos governos, de mecanismos de regulação. O conceito é uma ferramenta útil para explicar porque os mercados funcionam e porque às vezes falham.

Joseph Stiglitz, um dos laureados pelo Prêmio Nobel de Economia em 2001, causou, ao tempo em que era economista-chefe do Banco Mundial, profundo desconforto no *establishment* econômico, ao publicar artigo em que criticava duramente as prescrições do Fundo Monetário Internacional (FMI), sobre as políticas de ajuste monetário e fiscal para os países asiáticos, durante a crise de 1997. Em seu

texto, Stiglitz atacava a doutrina que ficou conhecida como "o consenso de Washington" e sua fé no livre mercado, qualificando-a como "má psicologia e péssima economia". Um dos pontos de destaque desse artigo foi a ênfase na necessidade de garantir a concorrência em mercados privatizados.

Stiglitz chamou a atenção para o risco de se levar a termo processos de privatização, sem que houvesse cuidado na construção de ambientes institucionais competitivos. Apontou, dessa forma, o erro de se confiar cegamente nos mecanismos de mercado. Sua preocupação encontra sustentáculo empírico, uma vez que a maior parte das experiências latino-americanas e do leste europeu, ao longo da década de 1990, deixou muito a desejar no que tange à criação de regras para estimular a entrada de novas empresas capazes de concorrer com as estatais privatizadas, ao ingresso de novos investimentos, bem como à criação de agências regulatórias independentes e tecnicamente capacitadas.

É significativo que o prêmio Nobel tenha sido concedido a economistas cujos trabalhos dissecaram as razões por trás do mal funcionamento de mercados,[1] em uma época na qual, em todo o mundo, reavaliam-se os respectivos papéis do Estado e do mercado na organização do sistema econômico. A crise energética da Califórnia e do Brasil, assim como a crise por que passa a rede ferroviária britânica comprovam que o processo de liberalização de mercados e de privatização de empresas estatais requer a contrapartida de um aparato estatal capaz de planejar a longo prazo, coordenar decisões privadas e zelar para que sejam cumpridas as regras que garantam o bom funcionamento dos mercados.

Políticas regulatórias pró-competitivas e de defesa da concorrência são hoje ferramentas indispensáveis na construção de mercados saudáveis, uma vez que, como demonstram os recém-laureados, o *laissez-faire* mostrou-se incapaz de garanti-los. É hoje consabido que um dos fatores mais importantes para a atração do investimento direto é a confiança depositada no ambiente regulatório.

Assim, as funções da regulação são as de incentivar os investimentos necessários ao desenvolvimento econômico, promover o bem-estar de consumidores e usuários e propiciar a eficiência econômica. De todas as experiências ao redor do mundo, retira-se a lição de que as mudanças operadas no papel do Estado, que tomaram forma de processos de privatização de serviços de infra-estrutura, devem sempre ser acompanhadas da criação de um marco regulatório promotor da concorrência, em virtude da presença de componentes de monopólio natural na organização industrial das atividades de serviços públicos.

A regulação desempenha função primordial, ao buscar reproduzir as condições de competição, para que os consumidores tenham acesso a produtos e serviços com a qualidade e os níveis de preços que obteriam em um ambiente competitivo. A ação regulatória costuma se concentrar em três pontos: preços, qualidade e condições de entrada e saída. Assim, incentivos regulatórios mais amplamente utilizados, como se verá mais adiante, são a introdução de normas específicas sobre estrutura de mercado, tarifas e regras de interconexão ou acesso.

1. Em 2001 o Prêmio Nobel de Economia foi compartilhado por Geoge Akerloff, Joseph Stiglitz e Michael Spence.

3 ASPECTOS INSTITUCIONAIS

3.1 A ABORDAGEM POSITIVA DO TEMA DA REGULAÇÃO

No campo da reflexão teórica, duas escolas se destacaram, sobretudo a partir dos anos 1970, na abordagem ao problema da regulação econômica. Na tradição da análise positiva, buscaram examinar como, de fato, se daria a regulação econômica, em oposição à matriz normativa, que define as condições e os princípios da intervenção regulatória no espaço econômico. Tais abordagens, descritas a seguir, correspondem à teoria econômica da regulação e à escola da escolha pública (*public choice*).

3.1.1 A Teoria Econômica da Regulação

Até meados da década de 1960 a teoria da regulação prevalecente era a que Joskow e Noll denominaram "análise normativa como teoria positiva" [ver From (1981)]. A idéia central, presente desde Adam Smith, era que as falhas de mercado seriam a justificativa para a intervenção reguladora. Monopólios naturais e a presença de externalidades encabeçavam a lista.[2]

A crítica pioneira à visão benigna da regulação é do neomarxista Gabriel Kolko que, ao estudar a história da regulação das estradas de ferro, concluiu que as agências regulatórias foram "capturadas" por interesses capitalistas. "As ferrovias perceberam (*sic*) que precisavam da proteção do governo federal e se tornaram os advogados líderes da regulação federal nos seus próprios termos" (p. 231).[3]

A teoria econômica da regulação originou-se do trabalho de Stigler publicado em 1971. A idéia orientadora do trabalho era aplicar a teoria econômica ao comportamento político. Na definição de Peltzman (1989, p. 1), "políticos, como o resto de nós, são vistos como maximizadores do interesse próprio. Isso significa que os grupos de interesse podem influenciar o resultado do processo regulatório provendo apoio financeiro e de outras formas para políticos e reguladores".

É fácil observar como as idéias dos dois autores predecessores da economia política positiva são centrais na análise de Stigler.

Dois custos — informação e organização — moldam os resultados no modelo de Stigler. Os grupos de menores custos tendem a ser favorecidos a expensas dos grupos de maior custo. Os grupos numericamente grandes tendem a ser os perdedores no processo regulatório. A principal conclusão da análise de Stigler é que o interesse dos produtores será sempre vitorioso na disputa pelos serviços de uma agência regulatória. Mais genericamente, em qualquer disputa política similar entre

2. A esse respeito, ver também Noll (1992).

3. E mais adiante, "Nem Roosevelt, Taft ou Wilson usaram a regulação para atacar interesses essenciais das ferrovias e nunca deixaram de ser solícitos (com relação a elas). Essa continuidade na política do Executivo de 1900 a 1916 é a realidade da regulação das ferrovias federais (...) tanto Roosevelt quanto Wilson repetidamente consultavam-se com os homens das ferrovias quando consideravam ações ou legislação afetando o seu bem-estar. Em muitas ocasiões os homens das ferrovias definiram os limites e mesmo muitos dos detalhes da legislação proposta" (p. 237). "Federal railroad regulation was the first of many successful efforts to create rationalization and stability in the economy by political means. The goal of these efforts (...) (was a) political capitalism which solved the internal problem of an industry and protect it from the attacks of a potentially democratic society" (p. 239).

grupos de tamanhos diferentes, os interesses organizados de maneira mais compacta vão usualmente ganhar, a despeito dos grupos mais difusos. A conclusão deriva diretamente do problema da ação coletiva de Olson.

É possível traçar um paralelo entre a teoria econômica da regulação e a teoria marxista do Estado como comitê executivo da burguesia. Basta ver como ambas as leituras contrapõem-se à teoria do interesse público, implícita na literatura sobre falhas de mercado e regulação.[4]

Informado pela experiência norte-americana em regulação econômica, em que desempenham considerável papel os grupos de interesse, assim como pela lógica da ação coletiva de Olson (1965),[5] Stigler (1971, p. 3) afirma que "a regulação é adquirida pela indústria e é desenhada e operada primariamente para seu benefício".

A idéia de que apenas os interesses das indústrias reguladas são capazes de exercer influência e pressão no processo regulatório é colocada em questão dentro da própria escola, a começar com a extensão da teoria de Peltzman (1976), com a incorporação dos consumidores organizados.

A ênfase no comportamento político, voltado para satisfazer o interesse próprio, e nos custos de informação e organização tornou-se a pedra de toque da literatura subseqüente em teoria da regulação. Críticas e aperfeiçoamentos à generalização proposta por Stigler surgiram desde o momento de sua apresentação.[6]

Posner (1974) nota que o mecanismo do subsídio interno, típico de experiências de regulação econômica, não poderia ser reduzido a essa "teoria da captura". Se a razão de ser da Interstate Commerce Commission (ICC), por exemplo, fosse cartelizar o transporte ferroviário, o que explicaria a perpetuação do serviço de passageiros a preços subsidiados? Para o autor, os prejuízos associados a esse serviço são muito grandes e os esforços das ferrovias muito intensos para que a explicação da "teoria da captura" seja plausível nesse caso.

Peltzman aperfeiçoou a teoria econômica da regulação com a noção de que nenhum interesse econômico captura de forma exclusiva o corpo regulatório. Ele deriva um equilíbrio em que o político maximizador de utilidade aloca benefícios entre grupos otimamente, ou seja, de acordo com condições marginais usuais. Assim, uma vez que consumidores podem oferecer votos ou dinheiro em troca de algum afastamento do equilíbrio de cartel, a proteção pura do produtor não será, em geral, a estratégia política dominante. Os custos de informação e organização tornam improvável que um produtor vá retirar todo o apoio do sistema regulatório por conta de uma pequena redução nas rendas do cartel. Por outro lado, essas rendas podem ser

4. A relação unívoca e sem "furos" entre burocracia e indústria identificada pela escola da regulação ecoa o Manifesto Comunista, em que Marx e Engels apresentam o executivo no Estado moderno como "não mais que o comitê que administra os assuntos da burguesia".

5. A lógica da ação coletiva de Olson afirma que quanto menor o grupo, maior o ganho *per capita* e, portanto, maior o incentivo para seus membros se organizarem de modo a influenciar o processo regulatório.

6. Richard Posner, *Taxation by regulation*, no mesmo volume do *Bell Journal* em que foi publicado o artigo de Stigler.

apropriadas por subgrupos, não pelo conjunto dos consumidores, com as características apropriadas para recompensar os reguladores.[7]

As características da regulação apontadas por Peltzman são:

a) Grupos compactos e bem-organizados tendem a se beneficiar mais da regulação que grupos amplos e difusos. Isso cria uma tendência em direção aos grupos produtores, que são, em geral, mais bem organizados que o conjunto dos consumidores. No entanto, a coalizão dominante freqüentemente inclui subconjuntos de consumidores.

b) A política regulatória vai procurar preservar uma distribuição de rendas politicamente ótima dentro da coalizão. Assim, ao longo do tempo, a política tenderá a compensar mudanças nessa distribuição ótima de acordo com mudanças nas condições de custo e demanda. Em algum momento a estrutura de preços irá proporcionar subsídios cruzados aos consumidores de alto custo a partir das rendas geradas pelos preços cobrados de outros grupos.[8]

c) Na medida em que a recompensa política da regulação resulta da distribuição de riqueza, o processo regulatório é sensível a perdas de tipo "peso morto". Políticas que reduzem a riqueza total disponível para a redistribuição serão evitadas, porque, *caeteris paribus*, reduzem a recompensa política da regulação.

É interessante notar que os proponentes da teoria econômica da regulação não estendem as conclusões sobre regulação à política antitruste. A principal razão está na característica horizontal da política antitruste. Como observa Demsetz (1982): "A teoria da captura regulatória não é facilmente estendida a antitruste, visto que as autoridades antitruste não supervisionam uma única indústria, firma ou pequeno grupo de firmas, como o faz a maioria das agências regulatórias" (p. 19).

De outra parte, a política antitruste é tida por muitos como uma das únicas, senão a única, trincheira do interesse público dentro do conjunto de atividades regulatórias do governo.[9] Os principais proponentes da teoria do interesse privado como motivador das políticas regulatórias vêem a legislação antitruste como uma exceção à regra. Stigler, em entrevista a Hazlett (1984), observa que "até onde posso dizer, a Lei Sherman é uma lei de interesse público. Eu gosto da Lei Sherman." E mais adiante, na mesma entrevista: "Se você propõe uma lei antitruste, as únicas pessoas que irão se opor são aquelas que esperam se tornar monopolistas, e essa é uma parcela muito pequena da sociedade. De modo que esse é um tipo de lei de interesse público no mesmo sentido em que eu penso que a garantia da propriedade privada, o cumprimento de contratos e o combate ao crime são fenômenos de interesse público".[10] Bork (1978) argumentou que "a história legislativa do Sherman Act (...) mostra uma clara e exclusiva intenção de política de promover o bem-estar do consumidor". Na mesma linha, Posner (1976) observa que "os idealizadores do

7. O resultado de Peltzman, típico de maximização sob restrição, afirma que os grupos vão compartilhar as rendas à disposição do regulador, mas não mostra como serão compartilhadas. O interesse está, como usualmente, na estática comparativa das restrições na função utilidade (do regulador).

8. O autor aqui incorpora as conclusões de Posner (1974*b*).

9. Com as demais atividades tendo sido, inevitavelmente, "capturadas" por interesses particulares.

10. Ver Stigler, citado em Hazlett (1984, p. 46).

Sherman Act pareciam estar preocupados principalmente com as conseqüências em preços e produção de monopólios e cartéis".

A noção de interesse público que a legislação antitruste protagoniza é importante para Stigler e Posner. Segundo Posner (1974*b*), é o que justifica sua defesa da "regra do direito" (*rule of law*) com a predominância do Judiciário em oposição à regulação econômica protagonizada pela burocracia do Executivo.

Stigler (1968) observou que "a história da economia norte-americana no século XX testemunha que um programa modesto de combate aos monopólios é suficiente para impedir qualquer declínio considerável na competição". E aqui Stigler refere-se predominantemente ao papel dissuasório da lei.

A "teoria da captura" dá ênfase aos resultados do processo e não aos procedimentos. A maneira como os interesses especiais capturam as agências é deixada de lado, numa autêntica interpretação do tipo "caixa-preta". A teoria é, portanto, vulnerável à crítica de que, se forem mudados os procedimentos envolvidos na regulação econômica, os resultados da ação podem vir a ser outros.

Os desenvolvimentos da teoria econômica da regulação se devem basicamente a Posner e Landes (1975), que introduziram algumas qualificações sobre a extensão das perdas de bem-estar causadas por regulação conduzida politicamente e expondo o papel de um Judiciário independente garantido constitucionalmente. A tese de Posner em *Economic Analysis of Law* é que o direito consuetudinário é geralmente eficiente, ao contrário das leis ordinárias. A única exceção é a legislação antitruste, interpretada — por todos os autores de Chicago — como uma codificação das proibições às restrições de comércio contidas no direito consuetudinário.

Os autores de Chicago identificam objetivos de interesse público na legislação antitruste e não a incluem no rol de políticas regulatórias alvo de captura. Bork (1978) menciona a política como um mecanismo de controle de outras políticas regulatórias: "(...) A política antitruste pode não apenas prestar um serviço valioso aos consumidores mas, como efeito secundário, pode também contribuir para a integridade e a eficiência dos processos administrativos." Demsetz (1982, p. 27), da mesma forma, sugere que "a legislação antitruste pode ser convocada para atacar o protecionismo sustentado pelo governo".

O ponto é que parece muito clara para Chicago a distinção entre regulações de ordem horizontal e de ordem vertical, particularmente quanto à permeabilidade com respeito à captura por interesses específicos.

3.1.2 A Teoria da Escolha Pública

A outra linha de argumentos desenvolvida acerca do fenômeno regulatório nos anos 1970 foi a *Public Choice* ou Teoria da Escolha Pública (TEP), precedida pelos trabalhos de Downs (1957) e Olson (1965) e, embora mais remotamente, de

Schumpeter (1976).[11] Na linha de trabalho consagrada em Chicago, a TEP procura aplicar os postulados básicos da microeconomia neoclássica à compreensão do funcionamento da arena política. O argumento básico é que, seja no mercado, seja na política, os indivíduos comportam-se da mesma maneira, movidos pelas mesmas motivações, ou seja, são maximizadores do interesse próprio. É um erro, segundo essa leitura, supor que as políticas públicas são conduzidas por motivações alheias ao interesse pessoal daqueles envolvidos — políticos, burocratas, lobistas — em nome de alguma entidade abstrata da dimensão do interesse público.

O postulado comportamental básico da teoria foi apresentado por Buchanan e Tullock (1962), além de Downs (1957) e Olson (1965), embora antecedentes possam ser encontrados também em Schumpeter (1976). É notável a ausência de citações a Schumpeter na literatura de escolha pública, com as honrosas exceções de Downs, que, na sua construção do "homem econômico", afirma que "a profunda análise de Schumpeter da democracia forma a inspiração e base para toda a nossa tese" (p. 27) e de Tullock, que, em correspondência, admite o "imenso impacto" de Schumpeter sobre o seu trabalho: "ele me deu a idéia geral do tipo de coisa que se pode esperar do governo (...)" [a*pud* Mueller (1993)].

Buchanan (1983, p. 19) define a teoria da escolha pública como "(...) uma perspectiva em política que emerge de uma extensa aplicação dos instrumentos e métodos do economista à tomada de decisão coletiva ou não-mercantil". Assim, os indivíduos são modelados como maximizadores de utilidade sujeitos a restrições. O objetivo da análise é ser operacional, segundo Buchanan, de onde a definição estreita de interesse próprio como "(...) em termos de posições líquidas de riqueza, tal como previstas ou esperadas" (*ibid.,* p. 24). Buchanan e Tullock (1962) procuram analisar "o cálculo do indivíduo racional quando este depara com questões de escolha constitucional". A perspectiva, básica nessa literatura, é a do individualismo metodológico, dado que a ênfase da análise está na lógica da escolha individual.

Na literatura em escolha pública ouvem-se também ecos de Madison e dos demais federalistas que, da mesma forma, estavam preocupados com o abuso do poder e com a habilidade de grupos organizados de levar vantagem sobre os grupos desorganizados e com outras formas de obtenção de ganhos privados por meios políticos [Mitchell e Simmons (1994)].

Como corpo teórico unificado, a teoria da escolha pública é inaugurada em 1971 com o trabalho de Niskanen, onde os burocratas eram apresentados como "maximizadores de orçamento". Os indivíduos comportam-se na arena política de maneira tão racional-maximizadora quanto no mercado; o que muda é o objeto da maximização, determinado pelo ambiente social/profissional. Niskanen apresenta um modelo de monopólio bilateral, com burocratas e governo; o governo como

11. Schumpeter, em *Capitalismo, Socialismo e Democracia,* apresenta a arena política organizada como um mercado, onde os políticos atuam como empresários, intermediando a negociação em que se trocam votos por políticas. O que está em jogo, tanto no mercado político como no econômico, são os interesses privados. É interessante como os integrantes da TEP não mencionem Schumpeter como predecessor. Da mesma maneira, e também compreensivelmente, os formuladores da teoria econômica da regulação, que se verá adiante, não reconhecem a precedência de Marx.

comprador das políticas regulatórias produzidas pela burocracia.[12] Os burocratas no modelo são maximizadores de utilidade com condições mais amplas de se comportarem dessa maneira. Note-se que a tese de Niskanen não é facilmente compatível com a teoria da regulação, que não trata os burocratas como protagonistas nas atividades do *bureau*.

As teorias da escolha pública e da regulação entendem que o interesse público já é representado de forma eficiente por meio do mecanismo do mercado; qualquer outra instituição — como o mercado político — apenas contribui para confundir os sinais fornecidos pelo sistema de preços e comprometer a eficiência do sistema. Existe um claro *parti pris* contra a representação e a defesa de interesses, que é um aspecto central de sociedades democráticas modernas. O pressuposto é de que o livre mercado é a representação perfeita do interesse público. A representação e defesa de interesses não apenas é uma atividade legítima, como o que existe são representações do interesse público construídas politicamente, através da disputa política, do confronto de recursos políticos, do debate e da tentativa de construção de hegemonia. Não há, como queria Rousseau (1981, p. 33), um interesse geral preexistente à vida em sociedade,[13] que se expresse através de algum mecanismo de revelação de preferências, como o livre mercado e eleições livres.

A literatura localiza-se dentro da discussão sobre bens públicos e externalidades e ilustra muito bem a fúria expansionista da teoria econômica positiva e sua admirável capacidade de apresentar julgamentos de valor como ciência. É evidente o julgamento de valor das instituições democráticas que orienta a análise em escolha pública. A idéia central é que a mão invisível da política, ao contrário de sua contraparte no mercado, produz incentivos distorcidos e informação enviesada, de modo que os mesmos indivíduos, movidos pela mesma libido racional-maximizadora, obtêm resultados perversos, do ponto de vista social, quando atuando na arena política. "Há uma mão invisível na política, mas ela opera na direção inversa da mão invisível de Smith. Eleitores, políticos e burocratas que acreditam estar promovendo o interesse público são levados pela mão invisível a promover interesses outros (...)" [Mitchell e Simmons (1994, p. 211)].

12. Criticando a literatura sobre burocracia, Niskanen nota que esta não reconhece a relevância das preferências individuais do burocrata. "Qualquer teoria sobre o comportamento do *bureau* que não incorpore as preferências individuais dos burocratas só será relevante nos ambientes autoritários mais rígidos" (p. 5). Constrói uma teoria positiva da oferta de serviços públicos com o instrumental da teoria econômica, considerando a relação entre o *bureau* e o governo representativo. Os burocratas são indivíduos maximizadores, como todos, e o objeto da maximização é o orçamento do *bureau*, sujeita à restrição — que limita o tamanho da agência — de que este proveja a oferta de serviços tal como esperada pelo governo representativo ao aprovar o orçamento (não há aqui distinção entre legislativo e executivo). Os burocratas maximizam o orçamento no modelo de Niskanen para obter maiores salários, oportunidades de promoção, além de prestígio e poder, no suposto de que esses fatores dependem do tamanho do *bureau*. O objetivo é alcançável na medida em que os burocratas controlam a informação utilizada pelos congressistas para definirem o orçamento do *bureau*. As evidências empíricas não confirmam a teoria de Niskanen [Blais e Dion (1991)]; não encontram relação entre maximização do orçamento e interesse próprio. Johnson e Libecap (1994) encontram restrições para a estratégia de maximização do orçamento. Os salários dos titulares de *bureaus* são restritos por lei nos Estados Unidos — não podendo exceder o valor dos salários dos titulares do Executivo, o mesmo ocorrendo no Brasil. A restrição institucional remove os incentivos para expansão do tamanho da agência.

13. "Há, muitas vezes, grande diferença entre a vontade de todos e a vontade geral", esta não olha outra coisa que não seja o bem comum, enquanto a outra olha ao interesse privado e não é mais que uma soma de vontades particulares (...)."

Observe-se que a TEP faz uma crítica do arcabouço institucional próprio à democracia — à estrutura de prêmios e penalidades, ou incentivos. A política na democracia não é o governo pelo povo, mas a competição entre os políticos pelo poder por votos. Uma premissa básica é a idéia de Downs de que para o eleitor é racional permanecer ignorante e inativo com relação à luta política. Para o político é também racional o comportamento de mistificação, engano, ocultação e distorção de informações, enquanto para o burocrata a prioridade é maximizar seu poder por meio da expansão de seu orçamento/tamanho do *bureau*. A escolha pública é, pois, necessariamente irracional (do ponto de vista social) e ineficiente.

Esse determinismo estrutural implícito torna irresistível a comparação com o marxismo ortodoxo,[14] que deriva posições políticas de capitalistas e trabalhadores de suas respectivas posições nas relações sociais de produção. Da mesma forma, soa anacrônica e simplista a afirmação de que burocratas, eleitores e políticos são maximizadores, respectivamente, de orçamentos, políticas e votos. Muitos outros fatores entram na determinação de visões políticas.

3.2 CRÍTICAS À ABORDAGEM POSITIVA

Uma distinção básica entre a teoria regulatória da captura e a teoria da escolha pública é que a primeira não associa os interesses envolvidos na aprovação de uma legislação — que podem perfeitamente estar identificados com o interesse público de "consertar" falhas de mercado — com os interesses privados que eventualmente venham a capturar a aplicação da lei. Já a teoria da escolha pública adota uma perspectiva mais "racional", segundo a qual uma legislação é, desde sua origem, motivada pelos interesses privados que favorece.

Considerando-se mais fiel que a teoria regulatória da captura à perspectiva positiva, a teoria da escolha pública afirma que as motivações de uma lei só podem ser inferidas pelos seus resultados, não pelo discurso. Ora, isso supõe que os atores têm controle sobre todas as variáveis que interferem no ambiente onde operam as políticas, quando de fato os resultados de aplicação de políticas por vezes são muito diversos, senão opostos, a suas motivações iniciais, por força de todos os outros elementos envolvidos.

Margolis (1975) critica três aspectos do modelo: em primeiro lugar, o número reduzido de elementos na análise do governo, eleitores, legisladores e burocratas. Particularmente, estão ausentes da análise o Executivo, os partidos políticos e outras organizações. As restrições políticas sob as quais o Executivo trabalha são diversas. Em segundo lugar, os burocratas não são uma categoria homogênea. Há os apontados politicamente, e mesmo dentro dos funcionários de carreira há assimetrias. É comum, por outro lado, que o burocrata mova-se entre vários *bureaus*. Em suma, não existe um tipo único de burocrata, com uma motivação apenas.

Laffont e Tirole (1993, p. 475) observam que tanto a teoria econômica da regulação como a teoria da escolha pública sofrem de duas limitações metodológicas: ignoram as questões de agência e de assimetria de informações. "Na ausência de tais assimetrias, as firmas reguladas seriam incapazes de extrair rendas e daí não teriam

14. Na versão mais reducionista, que desconhece questões de ideologia e hegemonia.

incentivo para influenciar o processo regulatório. Similarmente, eleitores e legisladores seriam capazes de controlar os seus agentes (membros de comitês e agências) que não poderiam se afastar das políticas que favorecessem os grupos de interesse sobre o bem comum. Em contraste, um arcabouço da teoria da agência pode explicar por que os reguladores têm discricionariedade e por que grupos de interesse têm ganhos e poder".

Outra crítica dos autores é que ambas as escolas focalizam o "lado da demanda", como se todo o processo fosse comandado pelos grupos de interesse, com o governo atuando como uma "caixa-preta" de oferta de políticas. A teoria ignora a lógica da burocracia, seus interesses e o funcionamento do sistema político, tratado como uma caixa-preta. Este é um vício da abordagem positiva. Apenas importa avaliar o resultado, e não o processo — mecanismos com que opera o sistema político ou econômico. A função do cientista social é justamente a de desvendar os mecanismos de funcionamento dos sistemas que analisa.

Uma dificuldade adicional da análise positiva em economia política é que além de ignorar os problemas de agência, das diferenças das funções objetivo entre agentes e autoridades, não observa que, em um contexto de assimetria de informação, o comportamento intencionalmente racional e oportunista está presente potencialmente em todas as facetas do jogo.

3.3 INTERESSE PÚBLICO E ENGENHARIA INSTITUCIONAL

A questão sobre se o governo pode efetivamente perseguir objetivos públicos é antiga como o pensamento político. Montesquieu[15] e os federalistas apontavam as dificuldades associadas à natureza humana que engendrariam a necessidade de pesos e contrapesos ao exercício do poder.[16] A reflexão sobre qual o desenho institucional adequado para incentivar os aspectos positivos da natureza humana e "bloquear" os aspectos negativos está presente no pensamento político desde Hobbes. A versão mais moderna da mesma reflexão é fornecida pela teoria da agência, segundo a qual o problema do desenho de mecanismos (*mechanism design*) refere-se à construção de um contrato capaz de fazer com que os agentes revelem informação para a autoridade (*principal*).

A teoria da agência (*principal-agent problem*) situa-se no corpo de literatura de economia da informação e, mais especificamente, trata do caso particular em que há assimetria de informação — uma situação em que um agente sabe algo que o outro

15. Em *Le Sprit de Lois*, de 1748.

16. O princípio dos freios e contrapesos (*checks and balances*) de Madison foi construído a partir da experiência de democracia comandada pelas legislaturas estaduais, com fortes cunhos igualitários. Dahl (1956) lembra que no tempo de Madison, o termo democracia estava associado com o igualitarismo radical e à democracia direta, em oposição à idéia de República e governo representativo. Apóia-se, por outro lado, fortemente em uma visão pessimista da natureza humana, ecoando a linha de pensamento político inaugurada por Hobbes: "Se os homens fossem anjos nenhum governo seria necessário".

Na visão otimista da democracia construída pelo pluralismo, Dahl observa que "todos os grupos legítimos e ativos na população podem se fazer ouvir em algum estágio do processo de decisão". (*ibid.*, p. 21). Na poliarquia de Dahl os mecanismos madisonianos de freios e contrapesos são encontrados na sociedade — e não no sistema político — na medida em que os fundamentos de uma sociedade democrática — não-tirânica — estão na diversidade social e na representação desses interesses em decisões políticas.

agente desconhece, o que leva eles a agirem de maneira estratégica, seja para obter, seja para revelar/esconder informação. Aqui estão envolvidos problemas de risco moral (*moral hazard*) — no mercado de seguros, por exemplo, o problema do risco moral significa que o comprador do seguro não tomará os cuidados necessários para evitar acidentes ou roubo — e oportunismo. A autoridade pode não ser capaz de observar a ação empreendida pelo agente, apenas seu resultado. Neste caso estamos diante de um problema de ação oculta (*hidden action*).

A função de utilidade da autoridade é $x - s(x)$, a produção menos o pagamento do incentivo e a função utilidade do agente é $s(x) - c(a)$, o pagamento do incentivo menos o custo da ação. O principal escolhe uma função $s(.)$ que maximiza sua utilidade sujeita à restrição imposta pelo comportamento maximizador do agente [Varian (1992)]. Há dois tipos de restrição com respeito ao agente: a primeira é conhecida como *restrição de participação* ou *restrição de racionalidade individual*. Consiste em que o agente pode ter outra oportunidade disponível que lhe dê algum nível de reserva de utilidade, de modo que a autoridade (*principal)* deve garantir ao menos esse nível de reserva para que ele esteja disposto a participar do esquema. A segunda restrição é que, dado o esquema de incentivos escolhido pela autoridade, o agente escolherá a melhor ação para si mesmo — *restrição da compatibilidade de incentivos*. Isso significa que a autoridade não é capaz de escolher diretamente qual a ação que será empreendida pelo agente; ela apenas pode influenciar essa opção através de sua escolha do esquema de incentivos.

O problema agente-autoridade clássico supõe uma autoridade única, monopolista. Quando o problema é transportado para uma situação onde uma burocracia pública ocupa o papel do agente, o *principal* (a autoridade) torna-se múltiplo [Dixit (1995)]. Múltiplas autoridades significam conflito entre objetivos e fraco esquema de incentivos. Dixit apresenta prova formal para o argumento de que na arena política é comum a existência de "agências comuns", quando várias autoridades agem não-cooperativamente para influenciar a ação do agente — não conseguem coordenar suas estratégias, seja porque não observam as mesmas variáveis, seja porque conseguem estabelecer o compromisso de fazer os pagamentos laterais necessários para distribuir o excedente entre elas de modo a tornar ótimo para cada *principal* aderir à estratégia cooperativa.

De acordo com a teoria da agência, em uma situação ideal de informação completa, a autoridade poderia observar o nível de esforço realizado pelo agente e, conseqüentemente, premiá-lo ou puni-lo de acordo com o esforço. Se, numa hipótese mais realista, a escolha do nível de esforço é uma decisão privada do agente, estamos diante de um problema de ação escondida (*hidden action problem*). Nessa circunstância, os contratos não podem ser contingentes com relação ao esforço, apenas com relação ao desempenho (este, sim, pode ser observado). Ademais, os contratos entre agente e autoridade estão sempre sujeitos às restrições de compatibilidade de incentivos e da racionalidade individual, o que equivale a dizer que os contratos não podem contrariar o suposto de que os agentes se movem de modo a atender seu próprio interesse [Hermalin (1993)].

A capacidade de as autoridades políticas controlarem seus agentes é um ponto disputado dentro da literatura de ciência política. Niskanen (1971) já destacava o

problema da assimetria de informação entre agências e autoridades políticas (*political principals*), mas recentemente Wangast e Morgan encontraram evidências de que o Congresso pode influenciar significativamente o FTC.[17] Laffont e Tirole (1993) não vêem inconsistência entre os resultados: "as autoridades políticas podem ser capazes de ditar decisões quando informadas, mas de modo geral estão à mercê de agências melhor informadas (...). De maneira mais geral, a discricionariedade de uma agência depende não apenas da assimetria de informação, mas também da alocação dos direitos residuais de controle sobre a indústria".

Uma preocupação constante da "economia política" positiva é que as sociedades não se organizam de acordo com o ideal do mercado. Nessa perspectiva, o mundo real é sempre ineficiente. Para Williamson, seguindo a orientação de Coase (1994), a comparação relevante é entre formas alternativas possíveis.

Na perspectiva da Economia dos Custos de Transação de Williamson, todas as formas de organização — mercado e não-mercado — são sujeitas a "falhas". O conceito de remediabilidade surge nessa conexão. As escolhas devem ser feitas entre formas possíveis [Coase (1994)], daí a necessidade de uma abordagem institucional comparativa. "O conceito de 'remediabilidade' (*remediableness*) aconselha que um resultado para o qual nenhuma alternativa superior disponível pode ser descrita e implementada com ganhos líquidos, presume-se eficiente. Isto colide com as prescrições da economia do bem-estar aplicada" (1994, p. 22). Mesmo quando uma forma é considerada superior à outra, sua implementação pode não ser politicamente possível.

Williamson sugere que "(...) o teste apropriado das 'falhas' de todo tipo — de mercado, burocráticas, de distribuição — é o da remediabilidade: *um resultado para o qual nenhuma alternativa superior pode ser descrita e implementada com ganhos líquidos é presumidamente eficiente*" (*ibid.*, grifo no original).

Williamson (1994, p. 195) segue a sugestão de Coase, de buscar uma análise institucional comparativa para o problema das falhas de mercado: "Até que percebamos que estamos escolhendo entre arranjos sociais mais ou menos falhos, nós não vamos avançar muito".

Se seguirmos a sugestão de Williamson e procurarmos avaliar as alternativas possíveis, o melhor desenho regulatório parece ser o que permite que o universo mais amplo de interesses seja capaz de exercer influência sobre a agência, assim como as ações e resultados sejam monitorados por essa "autoridade" ampliada da maneira mais eficaz possível. Não significa perseguir uma situação poliárquica à maneira de Dahl, mas que as pressões a que respondam as agências regulatórias sejam representativas do público mais amplo possível.

Não se espera, da mesma maneira, que esse interesse geral esteja definido *a priori*, como em Rousseau. Ao contrário, supõe-se que o interesse público é uma construção do processo político, do debate e do convencimento, onde certamente os grupos de pressão com maiores recursos conseguirão transformar em geral — em um processo de construção de hegemonia à moda Gramsci — os seus interesses.

17. McChesney *et alii* (1991) encontram resultados na mesma direção.

A influência de grupos de interesse sobre decisores públicos pode ser diversificada, como sugere a teoria geral da regulação de Peltzman, mesmo que não se atinjam os níveis otimistas da poliarquia de Dahl. Em particular, a captura pode ser pelo próprio governo — um típico problema de agência comum em que uma das autoridades (*principals*) consegue impor sua função objetivo sobre as demais. A captura por parte da burocracia corresponde ao caso de Niskanen (1971), onde os interesses dos burocratas são predominantes na determinação da dinâmica de funcionamento do *bureau*. "Quando os objetivos de uma agência regulatória passam a refletir os objetivos individuais do *staff* por maiores orçamentos, uma cobertura com grande destaque na mídia, uma reputação de ganhar casos legais fortalecida, ou o que mais esses objetivos possam compreender. É trabalhando para influenciar esses objetivos que os grupos de interesse podem se apropriar do processo regulatório para os seus próprios fins. (...) [isso] implica que a regulação vai criar e distribuir renda, usualmente ao restringir a entrada para os mercados em questão" [Neven, Nuttall e Seabright (1993, p. 165)].

Como vimos, a teoria da captura, além de desconsiderar as influências contraditórias e conflitantes de vários grupos de interesse, ignora os problemas de agência, fruto da assimetria de informação entre agente e autoridade e da existência de múltiplas autoridades, com funções objetivos não-conciliáveis. A assimetria de informação, por outro lado, facilita a captura, na medida em que o público, como autoridade em última instância, não observa adequadamente a ação do regulador, que, portanto, pode estabelecer compromissos tácitos ou explícitos com grupos de interesse específicos.

O desenho institucional pode limitar, ou ao menos delimitar, o espaço de influência de grupos de interesse sobre a regulação, mas o desenho institucional é, por sua vez, realizado[18] por agentes e autoridades (burocratas e políticos que, por sua vez, são agentes dos eleitores que representam), cujas funções objetivo podem diferir daquela da autoridade em última instância — dos eleitores de maneira geral.[19] James Mill em *On Government* via as eleições freqüentes como um poderoso contrapeso ao desvio do representante com relação aos interesses dos representados. As eleições freqüentes são o mecanismo pelo qual os eleitores — a autoridade em última instância — resolvem o problema de agência.

A regulação não difere, nesse particular, de nenhuma atividade política que envolva hierarquias de delegação, e que como tal levanta a questão "quem regula os reguladores?" [Neven, Nuttall e Seobright (*op. cit.*, p. 166). "Um exame detalhado da estrutura das instituições regulatórias é, assim, requerido para explicar não só por que a captura regulatória é possível, mas por que meios pode ser restringida."

As diferenças de desenho institucional influenciam a maneira como interagem burocratas e indústria (ou, de maneira mais geral, agente e suas múltiplas autoridades), ponto que escapa à análise positiva em "economia política". Agências que são encabeçadas por indicações políticas atuam de maneira diferente daquelas em

18. Dando lugar ao que Williamson chama de *inefficiency by design*.

19. Aliás, como se sabe desde Arrow, não é trivial definir qual é a função objetivo dos eleitores.

que os titulares têm mandato fixo.[20] Reguladores com mandatos fixos provavelmente respondem menos a pressões políticas do que aqueles que podem ser demitidos a qualquer tempo. O "mecanismo da porta giratória" funciona também mais ou menos eficientemente, dependendo de características do desenho institucional: reguladores bem-pagos e com perspectivas profissionais dentro do ambiente burocrático são menos atraídos pelo mecanismo. Por outro lado, muitas vezes como estratégia para o objetivo de reforçar o seu poder dentro do aparelho do Estado, os funcionários públicos opõem-se a interesses poderosos. O comportamento de burocratas difere em função da história da burocracia que compõem. Quando se trata de uma agência nova, em processo de construção de sua reputação e com rotinas ainda não estabelecidas (e, por conseguinte, sem vícios), os incentivos para a adequação do comportamento dos burocratas aos objetivos das autoridades são relativamente mais altos.

É interessante como integrantes da interpretação econômica da regulação vêem implicitamente o problema do desenho institucional como central para a definição do resultado das políticas implementadas. Posner (1974*a*, p. 351), por exemplo, considera que o Judiciário não está sujeito a problemas de captura devido: "ao caráter terminal de muitas das indicações para o Judiciário, à jurisdição geral da maioria dos tribunais, às características processuais do processo judicial e à liberdade dos juízes com relação à supervisão anual de comitês (do Congresso)."

Ora, o autor admite que são características do desenho institucional do Judiciário que garantem a sua impermeabilidade à captura, ou melhor, que a natureza utilitária-maximizadora dos juízes — a menos que se acrescente hipótese *ad hoc* de que eles são feitos de outro material — seja controlada por mecanismos processuais. Equivale a dizer que, mesmo no suposto do comportamento calculista dos indivíduos, todo o problema reside na construção de instituições eficientes. O princípio poderia ser estendido sem dificuldades para atividades regulatórias.

Pelo que vimos até agora, parece que o problema mais sério envolvido no desenho de instituições é o da assimetria de informações, que funciona como incentivo para o comportamento oportunista. Em agências públicas são vários níveis de assimetria envolvidos e os principais envolvem o público eleitor (autoridade em última instância) com relação à agência e agência com relação aos regulados [Neven, Nuttall e Seabright (*op. cit.*) e Laffont e Tirole (*op. cit.*)].

O primeiro tipo de assimetria permite à agência estabelecer compromissos com grupos de interesses (compartilhar rendas) a expensas do público eleitor.[21] O segundo tipo revela-se na dificuldade da agência de avaliar custos e benefícios esperados, o que

20. Essa é uma das hipóteses que o meu modelo vai verificar, se os aspectos que são ponderados pelo Cade diferem de maneira significativa daqueles que são ponderados pela SDE. Ver adiante na Subseção 3.

21. Impor um arcabouço mais restrito de regras reduz esse tipo de captura mas torna a política mais rígida e menos sensível a circunstâncias e particularidades. Existe um *trade-off* aqui inerente à natureza da regulação sob informação assimétrica, entre discricionariedade e regras; o *trade-off* é particularmente visível na análise de eficiências alegadas em casos de fusões.

no caso da política antitruste traduz-se, por exemplo, na dificuldade de distinguir fusões geradoras de eficiência de fusões que meramente ampliam poder de mercado.[22]

A questão é, portanto, a de desenvolver os instrumentos e arranjos institucionais que reduzam a assimetria de informações dos dois tipos. Para tanto há três métodos básicos: a prestação de contas, a independência e a transparência.

A prestação de contas obriga a agência a afinar suas decisões com os objetivos prescritos em lei, ou seja, com os objetivos da autoridade dos eleitores em última instância.

A independência dos decisores é com relação à pressão de interesses. O instituto do mandato fixo e as exigências de qualificação técnica para o exercício de postos de decisão, assim como a autonomia administrativa do órgão público, como uma agência regulatória, são as indicações usuais para tanto.

Finalmente, a transparência das decisões é garantida pelo prévio conhecimento das regras que orientam as análises do órgão público. A publicação de manuais e guias, assim como de todos os procedimentos adotados pelo órgão, reduz as incertezas do público interessado e funciona como disciplinador de tendências à "captura" por interesses velados.

3.4 QUESTÕES INSTITUCIONAIS E A EXPERIÊNCIA REAL

A análise normativa — que se baseia no que *deve ser* a regulação econômica — é insuficiente para concluir-se sobre as condições de eficácia dessa forma de intervenção. Assim, cumpre destacar a análise positiva, elaborada pela economia política, a qual sublinha a distância entre os objetivos da regulação — quais sejam, superar as falhas de mercado, promover o bem-estar e a eficiência econômica — e a dinâmica própria dos entes regulatórios, moldada pelas motivações de seus agentes. Os ensinamentos da análise positiva[23] enfatizam a importância do desenho institucional das agências regulatórias, para a garantia de que bem servirão ao interesse público.

A análise positiva aponta para os seguintes riscos: captura por parte dos regulados; desvio do interesse público (em razão de motivações próprias por parte da burocracia); a propensão à discricionariedade; e a tendência ao inchaço das agências, dentre outros males. A qualidade do desenho institucional é, pois, condição *sine qua non* para a garantia de eficiência e da eficácia da agência regulatória, no cumprimento dos objetivos previstos em lei.

O Estado brasileiro atravessa profundo processo de transformação em sua forma de intervenção no espaço econômico, passando de empreendedor a regulador.

22. Ao tentar resolver o problema requerendo que firmas reportem custos, por exemplo, ou outro tipo de informação interna, a agência defronta-se com a dificuldade do tipo compatibilidade de incentivos: deve-se assegurar que seja do interesse da firma reportar custos acuradamente, ou qualquer outra informação. As firmas vão reportar o que for de seu interesse, nem mais nem menos.

23. A esse respeito, ver Stigler (1971, p. 1-21); Peltzman (1976, p. 211-240) e Posner (1974, p. 335-359). Uma resenha dessa literatura pode ser encontrada em Salgado (1997, p. 39-49), cujo postulado básico está em Buchanan (1983) e Niskanen (1971) e desdobramentos em Buchanan e Dwight (1992), McChesney e Shughart (1995), Wittman (1995) e Yandle (1995).

Todavia, a ausência de capital privado, de fontes de financiamento e a instabilidade macroeconômica que obrigaram o Estado a assumir funções produtivas por décadas são problemas que ainda não foram inteiramente equacionados. A dificuldade de formação de consórcios com participantes estratégicos e com a presença de capital nacional, além da onipresença de fundos de pensão estatais, tem marcado a história das privatizações no Brasil.

Qual o regime regulatório que vem sendo implantado e de que mecanismos de controle dispõe a sociedade em face desse quarto poder que se delineia?

A função das agências regulatórias, segundo Pires e Goldstein (2001, p. 6) é "melhorar a governança regulatória, sinalizando o compromisso dos legisladores de não interferir no processo regulatório e tranqüilizando os investidores potenciais e efetivos quanto ao risco, por parte do poder concedente, de não-cumprimento dos contratos administrativos, além de reduzir o risco regulatório e os ágios sobre os mercados financeiros".

Faz-se desde logo necessário esclarecer um aspecto para avançarmos na análise: os mandatos das agências regulatórias são inexoravelmente vagos, pois é essa abertura que permite a independência de suas decisões relativamente a pressões externas, sejam do governo ou do mercado. Nesse sentido, as leis que determinam as competências de agências deixam usualmente em aberto as formas como as agências deverão alcançar os objetivos de eficiência e eqüidade. As referências são sempre a preços "razoáveis" e à qualidade de serviço "adequada". Não há como, *a priori*, sem um exame técnico caso a caso, definir como esses objetivos gerais devem ser concretizados.

A solução norte-americana para a questão da vacuidade de mandatos e, conseqüentemente, para a legitimidade das decisões, residiu em rigoroso procedimentalismo, consubstanciado no *due process of law*, que garante o contraditório, a interferência das partes interessadas, o processo público e a transparência, e nas consultas públicas antes da adoção de novas regras. Esse modelo vem sendo sistematicamente seguido nas demais jurisdições que adotam a figura de agências regulatórias.

Sendo vagas as competências das agências, mais fulcral torna-se a questão da prestação de contas à sociedade (ou *accountability*, na denominação anglo-saxã, que já compõe o jargão), bem como a necessidade de transparência do conteúdo e do processo de tomada de decisões. *Accountability* e transparência não são termos tão abstratos como parecem. Observem-se, a título de ilustração, os procedimentos adotados pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), pela Agência Nacional do Petróleo (ANP) e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), nos últimos anos: as sessões deliberativas são públicas; as decisões divulgadas na internet; as propostas de edição de normas infralegais são colocadas em consulta pública, para colheita de críticas e sugestões da sociedade; promovem-se audiências públicas para a manifestação ampla de interesses em casos polêmicos; relatórios são divulgados na internet. O Cade, em particular, tomou por vezes a iniciativa de prestar contas à Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, que tem a atribuição de aprovar a indicação dos dirigentes das agências, assim como os desse Conselho, e a Anatel tem inscrita como obrigação em seu regimento a edição periódica de relatórios de trabalho.

As medidas mencionadas são exemplos simples de procedimentos a serem seguidos por todas as agências, para que a sociedade tenha conhecimento do modo como o interesse público vem sendo perseguido. Mas não é o bastante. É preciso que o Congresso, em particular o Senado, assuma a responsabilidade de fiscalizar a atuação das agências, para que elas se identifiquem com o conceito de executoras da lei, de forma técnica e independente. Outra questão polêmica para o sucesso do marco regulatório é a criação de mecanismos de freio à propensão legislativa do regulador, uma vez que tal tendência gera desconfiança e insegurança de parte do investidor.

É preciso, ainda, que se discuta a natureza jurídica das agências, as quais hoje sofrem de completa ambivalência institucional. São braços do Executivo e, como tais, aplicam políticas de governo, ou são braços do Legislativo, com a função de aplicar a lei de maneira independente? Ademais, o que significa independência, em se tratando dos procedimentos e decisões de agências regulatórias?

A resposta a esses questionamentos pode ser parcialmente encontrada na lição de Pires e Goldstein (2001, p. 7), "a tendência mundial de reforma da governança regulatória tem sido a designação de autoridades regulatórias independentes com poderes bem definidos e cujo exercício de sua missão seja baseado em marcos regulatórios previamente definidos, especialmente no que concerne a regimes tarifários, aos fóruns para arbitrar controvérsias e ao papel da autoridade antitruste existente para o monitoramento do acesso às redes e da concorrência nos mercados de serviços liberalizados". Deve-se, também, observar a existência de *trade-off* entre a redução de riscos regulatórios e a flexibilidade para buscar eficiência, o que justifica a necessidade de se conferir alguma discricionariedade técnica às agências, para reagirem a mudanças tecnológicas e de demanda.

É importante notar que a pluralidade de formatos de agências não é uma exclusividade brasileira: Conforme ressalta Noll (1984, p. 10) *apud* Nunes (2001): "*Regulatory agencies come in many sizes and forms. Some are headed by commission — a group of coequal heads who make decisions by voting on formal proposals, much like a legislature — while others have a single administrative head. Some are independent agencies technically outside the President's administrative control, while others are lodged in executive branch departments. Some are what amounts to the first court in the judicial system, while the power to fine regulated firms or even ban them from markets, while others must achieve their ends by fighting regulated firms in the federal courts. Some have very narrow responsibilities (...) Others, like the Occupational Health and Safety Administration, regulate every business in the nation."* Da mesma forma, é da natureza de agências regulatórias que elas exerçam essa miríade de funções — de natureza executiva, legislativa e judicante. O importante é que tais funções sejam exercidas dentro de limites predefinidos e sob o controle da sociedade.

Conforme ressaltou o ministro José Serra, em recente palestra. Serra (2001): "a independência de agências reguladoras é desejável, entre outros motivos, porque permite suavizar as mudanças na regulação dos mercados. Alterações súbitas nessa área, em razão da natural alternância no poder, aumentam a incerteza e resultam em maior custo de capital. No cálculo da taxa de risco de um projeto, o risco regulatório constitui componente importante. A instabilidade de regras encarece as inversões

produtivas, inibindo dessa forma o crescimento". Um desenho institucional que garanta estabilidade de regras e confiabilidade por parte da sociedade nas medidas adotadas pelas agências regulatórias é o objetivo a ser perseguido.

Ainda segundo Serra, deve-se ressaltar, contudo, que "a independência desejável não é absoluta e muito menos algo que justifique a discricionariedade burocrática ou ampare a inépcia e o vedetismo. É imperativo o rigor no controle democrático e legal das agências reguladoras" (idem, *ibidem*). Algumas atribuições, tais como a indicação dos titulares das agências e a formulação das políticas governamentais (que corresponde à execução do programa de governo escolhido pelos eleitores) devem permanecer com o Poder Executivo. Com isto compatibilizam-se, de acordo com as regras de democracia representativa, os objetivos de governo e aqueles dispostos nos diplomas legais.

É necessário, além disso, que se definam salvaguardas, especialmente nos países em desenvolvimento, nos quais há tradição de ruptura contratual e fragilidade institucional. Nesse sentido, devem ser estabelecidos critérios para contratação, bem como salários compatíveis com os vigentes no setor privado regulado. O rigor na escolha dos titulares, sempre de acordo com o critério de excelência técnica, é fundamental para garantir a aderência do desempenho da agência a seus objetivos legais. Nessa linha, conforme explica Smith (1997): "As pessoas nomeadas para essas posições devem ter qualidades pessoais de modo a resistir a pressões e incentivos inadequados. Elas devem exercer sua autoridade com habilidade para conquistar o respeito dos agentes, intensificar a legitimidade do seu papel e de suas decisões e construir sua independência efetiva."

De maneira equivalente, a institucionalização da regulação econômica, por meio da constituição de uma carreira estável de profissionais qualificados, é condição-chave para a garantia de orientação técnica das decisões e regularidade de procedimentos.

4 ASPECTOS TÉCNICOS

Conforme já mencionado, a regulação econômica toma basicamente a forma de regras sobre entrada e saída nos mercados, preços ou tarifação e qualidade. Descrevemos, a seguir, os principais métodos regulatórios.

4.1 O CONTROLE DE ENTRADA E SAÍDA

A criação de barreiras à entrada e à saída de agentes no mercado, por meio do mecanismo de concessão, é fundamental, em determinadas circunstâncias, para se garantir a eficiência produtiva, situação na qual uma firma monopolista pode explorar as economias de escala, e produzir ao menor custo possível. Esses contratos também devem estipular prazos para a concessão e disciplinar a saída de investidores, de modo a se evitarem prejuízos aos consumidores, no caso de uma desistência de operação por parte de firma monopolista.

Uma combinação de condicionantes econômicos e tecnológicos define a forma de entrada de novos participantes nos setores de infra-estrutura. Setores tecnologicamente mais dinâmicos, como os de telecomunicações e geração de energia elétrica, admitem a presença de maior competição, enquanto setores de transportes,

outros segmentos de energia e saneamento básico permanecem, no atual estágio tecnológico, como monopólios naturais.

4.2 DEFINIÇÃO TARIFÁRIA

Alguns dos principais objetivos da regulação [Pires e Piccinini (1999, p. 227-228)] são:

a) garantir simultaneamente preços baixos e elevados níveis de produção;

b) resolver as tensões entre eficiência alocativa distributiva e produtiva; e

c) incorporar mecanismos de indução à eficiência dinâmica.

Para atingi-los, um dos meios eficazes é o estabelecimento de políticas de tarifação. Dentre os mecanismos de tarifação, o mais usual, e adotado no Brasil, é o regime de *price cap*. O mecanismo de *price cap* tem por objetivo estabelecer estímulos à eficiência produtiva, uma vez que confere ao regulador o poder de definir um teto para os preços médios ou de cada produto da firma, corrigido de acordo com a evolução de um índice de preços aos consumidores, subtraído de um percentual equivalente ao fator de produtividade, para um período prefixado de anos.

O objetivo dos reguladores, ao adotar esse mecanismo, é reduzir os riscos e os custos da ação reguladora, dispensando-a de controles que necessitem de informações custosas. O *price cap* é visto como um método tarifário para as empresas em regime de monopólio natural, além de estimular ganhos de produtividade e sua transferência para os consumidores.

4.3 O MÉTODO DE COMPARAÇÃO DE DESEMPENHO OU *YARDSTICK COMPETITION*

O método de comparação de desempenho consiste em uma forma de reproduzir artificialmente um ambiente competitivo, quando, por motivos de organização industrial, a oferta deve, necessariamente, assumir a forma de um monopólio natural.

A *yardstick competition* ou regulação de desempenho é adotada em casos de monopólio natural regional. Por exemplo, costuma ser o mecanismo regulatório usado no setor de saneamento, pois implica introduzir mecanismos de incentivos a empresas monopolistas e de mimetizar a competição. Por esse mecanismo, o regulador dispõe de padrão de avaliação de desempenho das firmas, podendo-se comparar monopólios regionais em condições semelhantes. A remuneração de uma firma é definida comparando o seu desempenho com o de outras, tornando-a sensível aos custos e aos preços de seus congêneres.

4.4 DESVERTICALIZAÇÃO

Muitas indústrias prestadoras de serviços públicos de infra-estrutura são organizadas de forma verticalmente integrada. Contudo, nos diversos níveis da cadeia produtiva, é possível identificar-se indústrias que podem funcionar de forma competitiva e segmentos que representam monopólios naturais. Impõe-se, portanto, nessas

circunstâncias, o descolamento de mercados potencialmente competitivos daqueles que são de fato monopólios naturais.

Uma das dificuldades da reforma regulatória consiste em separar e privatizar empresas de serviços públicos verticalmente integradas. Essa exigência é mais comum nos mercados de energia elétrica, com a separação de mercados potencialmente competitivos de geração e distribuição da rede de transmissão, que operam como monopólio natural. É também nesse setor que se tem observado a promoção de concorrência nos contratos entre geradores e atacadistas — que, na experiência britânica e da Califórnia (Estados Unidos), assim como na tentativa brasileira — consiste na organização de um mercado atacadista de compra e venda de energia, o qual, futuramente, deverá incluir os consumidores finais.

5 O MODELO REGULATÓRIO BRASILEIRO

5.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A revisão do papel do Estado na economia brasileira, operada na década de 1990, fez surgir um novo aparato institucional, formado por órgãos de defesa da concorrência e agências regulatórias de serviços públicos recém-privatizados.

Esses entes públicos foram criados com base nos princípios ordenadores da economia inscritos pioneiramente na Constituição de 1988, quais sejam, a livre-iniciativa, a livre-concorrência e a defesa dos consumidores. A aplicação das novas regras legais, sua assimilação pela sociedade brasileira, assim como a elaboração e o aperfeiçoamento das políticas correspondentes vêm exigindo um esforço de mudança de valores na condução de negócios e na interação entre atores privados e públicos.

A Constituição de 1988 marcou a mudança da inserção do setor público no espaço econômico, ao definir a livre-iniciativa e a livre-concorrência como fundamentos da ordem econômica. Há imensas implicações geradas pelo afastamento do Estado da gestão direta da atividade produtiva, mormente a partir das emendas constitucionais de 1995, que abriram os mercados dos serviços públicos à iniciativa estrangeira.

Com a revisão do papel ocupado pelo Estado no ambiente econômico, inaugurado no início da década de 1990, estabeleceu-se o novo desenho institucional composto pelas agências reguladoras, desenho este que traz, como garantias de independência de pressões e interesses outros que não o interesse público, a decisão colegiada por membros investidos de mandato e a impossibilidade de revisão dessa decisão na esfera administrativa. Atualmente, as agências reguladoras cumprem o duplo papel de estruturar mercados onde antes só havia a atuação estatal, e de garantir que esses mercados se pautem por regras predefinidas. A concorrência é sempre o parâmetro que guia a atuação legal das agências em ambas as funções.

Todavia, é importante mencionar a impossibilidade de transposição de modelos de países desenvolvidos — nos quais as redes de infra-estrutura já estão instaladas e há elevadas economias de densidade — para países em desenvolvimento, os quais ainda precisam constituir suas redes e sofrem de relativa escassez de capital e menores

economias de escala. A introdução precoce de mecanismos concorrenciais pode inviabilizar o desenvolvimento.

Entre 1995 e 1998, o programa brasileiro de desestatização transferiu US$ 60 bilhões aos cofres da União e dos estados, além das dívidas das empresas estatais assumidas pelo setor privado (entre 1991 e 1994, foram US$ 8,6 bilhões) [Presidência da República (2001)]. A abertura dos setores de infra-estrutura ao setor privado representou a transformação do Estado empresário em Estado regulador. As telecomunicações, totalmente privadas, bem como a exploração e produção de petróleo e gás natural, antes monopólios da Petrobras, atualmente contam com investimentos de grandes grupos internacionais. O mesmo processo se observa na geração e na distribuição de energia elétrica, bem como no saneamento básico.

5.2 A FUNÇÃO REGULATÓRIA E A REFORMA DO ESTADO

O aparelho do Estado é constituído pelo governo, corpo de funcionários e força militar. "O Estado é mais abrangente do que o aparelho, compreende também o sistema constitucional-legal que regula a população no limite de um território. O Estado é a organização burocrática que tem o monopólio da violência legal, é o aparelho que tem o poder de legislar e tributar a população de um determinado território" [Presidência da República (1995)].

Do já exposto, compreende-se a necessidade de se distinguir entre "reforma do Estado" e "reforma do aparelho do Estado". O primeiro constitui um projeto mais amplo, que diz respeito às várias esferas de governo e ao conjunto da sociedade brasileira. O segundo mostra-se mais restrito, e significa "tornar a administração pública mais eficiente e mais voltada para a cidadania (*ibid*)". Assim, reforçar a governança significa rever a capacidade de governo do Estado, ou seja, operar a transição da administração pública burocrática, rígida e ineficiente para a administração gerencial, flexível e eficiente, voltada ao atendimento do cidadão e à implementação de políticas públicas.

As agências assumem diferentes estatutos jurídicos, de participantes da administração direta à existência autárquica e independente. No Brasil, as agências que têm sido criadas apresentam competências dos mais diversos tipos: desempenham funções de Executivo (concessão e fiscalização), Legislativo (criação de regras e procedimentos com força normativa em sua jurisdição) e Judiciário (julgamentos, imposição de penalidades, interpretação de contratos e obrigações). Há uma premente necessidade de se melhor delimitar as competências, atribuições e posicionamentos, dentro da estrutura do Estado. Não obstante, como se observou mais acima, mandatos imprecisos e vagos são da natureza das agências regulatórias.

Tem sido uma constante na história brasileira a retirada de políticas dos setores tradicionais do setor público pela administração direta. A título de ilustração, observe-se que durante o governo JK, as decisões que culminaram no acelerado processo de industrialização foram tomadas pelos grupos executivos, preocupados com a agilidade e redução de barreiras ao processo de tomada de decisão [Lafer, *apud* Salgado (1993, p. 18)].

Esse mesmo modelo serviu de inspiração para a tentativa de coordenação de decisões empresariais, com vistas à estabilidade de preços, experimentada durante o governo Collor, com a instituição de Câmaras Setoriais. A experiência, repetida durante o governo Itamar Franco, na tentativa de reedição de uma política industrial, incorporava, contudo, traços de neocorporativismo — com a participação de sindicatos patronais e de trabalhadores —, o que se mostra incompatível com o ambiente institucional necessário a uma verdadeira economia de mercado [Salgado (*op. cit.*)].

Ao contrário do modelo neocorporativista editado na primeira metade da década de 1990, a constituição de agências regulatórias reclama outro modo de participação da sociedade. Nos termos indicados pelo governo Fernando Henrique [Presidência da República (*op. cit.*)]: "a modernização do aparelho do Estado exige, também, a criação de mecanismos que viabilizem a integração dos cidadãos no processo de definição, implementação e avaliação da ação pública. Através do controle social crescente será possível garantir serviços de qualidade".

Todavia, há de se ressaltar a crítica recentemente articulada em estudo sobre o tema: "A criação das agências prescindiu, até o momento, de um verdadeiro regime regulatório amplo, que desse sentido global à nova instância regulatória. As unidades regulatórias agem independentemente de um marco de referência, exceto os contratos das áreas em que atuam, quando os há, visto que em setores onde não houve privatização agora também se alojam agências, vistas, no imaginário administrativo recente, como solução para velhos problemas que demande ação considerada moderna e eficiente. Agências, ou pelo menos a menção de sua instalação, parecem que carregam consigo as soluções nunca antes encontradas pela burocracia tradicional" [Nunes (2001)]. Atentos ao alerta do autor, deve-se evitar a tentação de ver o instituto das agências regulatórias como panacéia para todas as dificuldades de governança experimentadas no aparelho de Estado.

Em apertada síntese, a reforma do Estado do governo Fernando Henrique pode ser condensada em quatro aspectos principais:

a) delimitação do tamanho do Estado;

b) redefinição do papel regulador do Estado;

c) recuperação da governança; e

d) aumento da governabilidade.

A esse respeito, as seguintes providências se mostravam necessárias a partir de 1995: quanto à delimitação do tamanho de Estado, buscar reduzi-lo, principalmente no que tange a quadro de pessoal, privatização, terceirização de serviços não-típicos das funções de governo. Quanto à redefinição do papel regulador do Estado, reduzir o grau de interferência estatal, deixando espaço para o mercado. Quanto à recuperação da governança, aumentar a capacidade de tornar efetivas as decisões do governo, buscando mudar a forma de administração, de burocrática para gerencial. Com isso, passar a controlar os resultados e não os processos de execução de políticas públicas. Quanto ao aumento da governabilidade, buscar o aperfeiçoamento da democracia representativa e maior controle social do poder público.

Considerando-se o já exposto, foram seguidos cinco princípios básicos norteadores na constituição dos entes regulatórios [ver Presidência da República (1995)]:

a) autonomia e independência decisória;

b) ampla publicidade de normas, procedimentos e ações;

c) celeridade processual e simplificação das relações entre consumidores e investidores;

d) participação de todas as partes interessadas no processo de elaboração de normas regulamentares, em audiências públicas; e

e) limitação da intervenção estatal na prestação de serviços públicos, aos níveis indispensáveis à sua execução.

5.3 REGIMES REGULATÓRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS IMPLANTADOS NO BRASIL

5.3.1 Telecomunicações

Com a privatização da Telebrás, houve a criação de várias empresas regionais e uma de longa distância. Observou-se a introdução paulatina da concorrência, através do surgimento de empresa-espelho em cada região e em longa distância. Para fornecer serviço local, a espelho poderia arrendar a infra-estrutura da instalada ou instalar nova infra-estrutura de telefonia "fixa sem fio". Até o presente, observa-se que as empresas-espelho não conseguiram estabelecer-se adequadamente. De acordo com as regras iniciais, a partir de 2001, a entrada em todos os mercados seria ilimitada e, a partir de 2003, a Embratel poderia fornecer serviço local e as regionais incumbentes, serviços de longa distância.

A regulação de preços para todas as incumbentes é do tipo *price cap*. Os preços dos serviços das espelho não são regulados (como na Inglaterra, experiência original de privatização). A intenção é que a regulação de preços vá diminuindo, conforme se aumente a concorrência. As regionais incumbentes têm obrigações de universalização, e aquela que cumpre suas obrigações pode começar a oferecer serviços de longa distância em outras regiões e serviços locais onde a incumbente não cumpriu sua meta de universalização.

Na telefonia móvel, as bandas A e B eram estatais e foram privatizadas. Os critérios para leilão dos serviços na banda B foram: preço ofertado pela franquia e preço a ser cobrado dos consumidores. As participações cruzadas entre telefonia móvel e fixa são proibidas, e as instalações da Embratel são usadas para fornecer serviços de longa distância a assinantes móveis. As taxas são pagas pelo assinante ao fornecedor local que, por sua vez, paga à Embratel.

A Lei Geral de Telecomunicações explicitamente estende a aplicação da lei de concorrência às telecomunicações, ao contrário do que ocorre com os marcos legais das demais agências regulatórias.

Em telefonia fixa, há dois regimes de exploração de serviços pelo setor privado, o público (de concessão) e o privado (de autorização). No regime público, as operadoras privatizadas estão sujeitas ao cumprimento do contrato de concessão, que estabelece, dentre outras, regras tarifárias e metas de universalização. Já no regime privado, a prestação de serviços é outorgada por meio de simples autorização e só pode ser negada por motivos relevantes, não estando a operadora sujeita a metas de universalização.

No segmento de telefonia móvel celular, estabeleceu-se inicialmente um duopólio por meio da divisão simétrica do espectro de freqüências (bandas A e B) para o fornecimento de serviço em áreas geográficas delimitadas. Diferentemente do caso da telefonia fixa, a inexistência dos elevados custos irrecuperáveis nesse segmento dispensou a necessidade de criação de estímulos adicionais para os entrantes.

5.3.2 Energia Elétrica

O novo modelo institucional adotado para o setor elétrico no Brasil foi inaugurado em 1996, com a entrada em vigor da Lei 9.427/96, que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel). O modelo é inspirado na experiência internacional, em particular nos marcos regulatórios implementados no Reino Unido e nos Estados Unidos, respectivamente em 1989, com a lei de energia — o *Energy Act* — e na experiência thatcheriana, pioneira na privatização de serviços públicos e, a partir de 1992, com a lei de política energética (*Energy Policy Act*).

A lei britânica determinou a desverticalização das atividades de geração, transmissão e distribuição, criou a atividade de comercialização de energia, mecanismos para propiciar o funcionamento competitivo dos segmentos de geração e comercialização (como o mercado atacadista), e introduziu incentivos à eficiência nos segmentos de monopólio natural (transmissão e distribuição).

Por ser a mais antiga, a experiência britânica é bastante elucidativa da distância entre os projetos e suas realizações. Após mais de uma década, ainda não foi possível promover-se a concorrência de fato em setores potencialmente competitivos, como o de geração. Criou-se, nesse segmento, um duopólio, que tem recorrentemente sido objeto de processos, por práticas de cartelização e abuso de posição dominante. Por outro lado, o mercado atacadista, onde se esperava operar a maior parte das transações de energia em bases competitivas, não responde hoje nem mesmo por 10% da energia comercializada. Tampouco têm sido estendidos aos pequenos consumidores os benefícios do aumento de eficiência produtiva, tal como idealizado. Pires (1999*b*, p. 54-55), já afirmava que o estímulo à competição no setor elétrico é muito mais complexo do que o idealizado, e que a reestruturação britânica mostra a importância da regulação da concorrência para o controle do processo de concentração e de práticas anticompetitivas, diante dos riscos de manipulação de preços, da assimetria de informações e do comportamento oportunista na declaração de capacidade e de custos.

Já o ambiente regulatório americano caracteriza-se pela extrema complexidade, em virtude da coexistência de autoridades federais e estaduais, bem como de

autoridades antitruste e regulatórias stricto sensu, todas exercendo competência sobre o setor energético.[24].

Na Califórnia, estado que sedia hoje uma crise energética de proporções quase tão graves como a brasileira, há também processos em curso contra geradoras de energia, que teriam formado um cartel para manipular quantidades comercializadas — desativando temporariamente plantas para manutenção — e gerar uma explosão de preços no mercado *spot* atacadista. Não são poucos hoje os críticos que propõem uma total revisão da experiência de desregulamentação vivida pelos Estados Unidos na última década no setor de energia elétrica, em favor de uma presença mais ativa do poder público, à luz da crise californiana.

Os dois princípios básicos estabelecidos pelo *Energy Policy Act* norte-americano são a garantia do livre acesso aos sistemas de transmissão e a constituição de grandes mercados atacadistas. Para tanto, a Ferc estimulou a constituição de operadores independentes do sistema (ISO's), para gerenciarem o despacho de energia. Adicionalmente, incentivou-se a criação de Bolsas de Energia (*Power Exchange*), mercados nos quais se realizariam transações *spot* entre geradores e consumidores livres.

No Brasil, o modelo institucional adotado a partir de 1996 definiu regras de entrada, tarifas e a estrutura do mercado, tendo sido amplamente inspirado nas duas experiências mencionadas. De acordo com Pires (*ibid,* p. 7), os três pilares básicos do modelo são: *a*) a competição na geração e na comercialização de energia elétrica; *b*) a criação de instrumental regulatório para a defesa da concorrência nos segmentos competitivos (em particular com a desintegração vertical, a definição de tarifas de uso da rede não-discriminatórias e a garantia do livre acesso nos sistemas de transporte (transmissão e distribuição)); e *c*) o desenvolvimento de mecanismos de incentivos nos segmentos que permanecem como monopólios naturais (distribuição de energia para o mercado cativo e transmissão). Além disso, criou-se, como no Reino Unido, o segmento de comercialização, formado por corretores e varejistas que compram de distribuidores e geradores para vender a grandes consumidores.

A autoridade regulatória desse sistema é a Aneel, criada como uma autarquia especial, com autonomia gerencial e financeira, competência para normatizar questões técnicas e autonomia decisória, garantida pelos mandatos fixos de sua diretoria, cuja formação fundamentaria a qualidade técnica e a neutralidade das decisões. As demais entidades que conformam o desenho institucional do setor energético do país são o Mercado Atacadista de Energia (MAE) criado pela Lei 9.648/98 e regulamentado pelo Decreto 2.655/98, cuja função é intermediar todas as transações de compra e venda de energia elétrica, e o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) entidade privada composta por diversos agentes do setor, consumidores e poder concedente, cuja função é programar o despacho de energia, a partir das disponibilidades declaradas pelas geradoras. Ambas as entidades seguem de perto os passos da experiência internacional já mencionada.

24. A autoridade federal é a Federal Energy Regulatory Commission (Ferc), que divide competências com as Public Utilities Commissions (PUC's) estaduais, que também cuidam da regulamentação de telecomunicações. Na esfera antitruste, as competências concorrentes são da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (federal) e dos Procuradores Gerais (estaduais).

Furnas, Chesf e Eletronorte permanecem estatais. As redes de transmissão também permanecem públicas. Há planos de separá-las da geração para privatização. No momento, 11 novas linhas estão sendo adicionadas à rede, direitos sendo leiloados pela Aneel.

5.3.3 Gás Natural e Petróleo

A lei de 1997 oficialmente acabou com o monopólio da Petrobras, mas este ainda persiste na prática em vários segmentos. Em gás natural, a Petrobras conduz a maior parte da exploração e desenvolvimento das reservas, e também controla o maior gasoduto. A lei de 1997 requer que as infra-estruturas de transmissão sejam separadas em entidades legais distintas, mas não proíbe participações cruzadas entre estas entidades. Assim, a Petrobras continua controlando ambos os mercados. A esse respeito, competiria ao Cade avaliar essa situação à luz da Lei 8.884/94, em processo que fosse instruído pela ANP. O preço do gás doméstico encontra-se sujeito à regra de *price cap* até o *city gate* (ponto em que a regulação estadual assume controle, em função da titularidade conferida pela Constituição).

5.3.4 Saúde

Na área de saúde, do ponto de vista econômico, observa-se a presença de falhas de mercado; do ponto de vista da saúde pública, é preciso garantir acesso da população e a qualidade dos serviços, pois se trata de um bem meritório.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) foi criada no início de 1999 para o controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços que afetem a saúde das pessoas (alimentos, medicamentos, produtos de limpeza, cosméticos e hemoderivados), bem como o controle sanitário de portos, aeroportos e fronteiras. Além disso, monitora e regula o mercado de medicamentos. Sob sua responsabilidade está a Secretaria Executiva da Câmara de Medicamentos.

A Agência Nacional de Saúde Complementar (ANS), foi criada no início de 2000, com o objetivo de promover importantes alterações na forma de funcionamento e cobertura concedida pelos planos de saúde.

6 DIFICULDADES NA OPERACIONALIZAÇÃO DO MODELO REGULATÓRIO

Como já se observou, um dos principais objetivos da Reforma do Estado promovida pelo governo Fernando Henrique foi gerar um aparato regulatório capaz de organizar mercados onde antes havia a presença direta estatal, mercados esses conduzidos pela concorrência e capazes de prover a sociedade dos serviços previstos na Constituição de 1988, como de responsabilidade do Estado (mais precisamente, da União e dos estados).

Nesta seção destacam-se as principais dificuldades encontradas no curso da organização de marcos regulatórios para os setores de telecomunicações, energia elétrica, petróleo e gás natural, em particular no que tange à introdução da concorrência nesses setores.

6.1 TELECOMUNICAÇÕES

O setor de telecomunicações enfrenta dois problemas em especial:

a) a imprecisa definição da autoridade regulatória para comunicação de massa, a qual permanece em poder do Ministério das Comunicações, sem justificativa técnica para tanto. De fato, a Anatel não exerce regulação sobre rádio e televisão, as quais são objeto de concessão do Congresso Nacional, tornando a questão da outorga uma decisão eminentemente política, fator que precisa ser revisto no aperfeiçoamento do marco regulatório para o setor. Trata-se de problema da maior gravidade, porque afeta a eficácia da agência na monitoração do processo de concentração econômica, em um contexto de rápida convergência tecnológica.

b) O segundo problema reside na falta de concorrência em telefonia fixa, tendo em vista as dificuldades de estabelecimento das empresas-espelho. Nesse particular, observe-se que "Diversos estudos de experiências regulatórias internacionais ressaltam as dificuldades de introdução de competição em mercados de infra-estrutura em virtude do poder de mercado das empresas incumbentes. No caso do setor de telecomunicações, em particular, o poder de monopólio sobre as redes locais de acesso aos usuários, por parte das operadoras de telefonia já estabelecidas, dificilmente será revertido sem uma política regulatória ostensiva de promoção do livre acesso, no qual os preços de interconexão sejam estabelecidos com base nos custos marginais efetivamente incorridos na transação" [Pires e Goldstein (2001, p.19)].

Nesse setor, o direito de interconexão torna-se ainda mais complexo, porque também envolve o acesso aos *backbones* das operadoras de longa distância para transmissão de dados e serviços de internet, potencializando o conflito de interesses, pois uma operadora entrante em um determinado segmento pode ser incumbente em outro.

A solução adotada atualmente é a livre negociação, intervindo a Anatel como árbitro quando não houver acordo. O estabelecimento de preços de referência de interconexão, enquanto o setor não amadurece, faz-se necessário para o aprendizado regulatório e empresarial, uma vez que as decisões eram centralizadas no modelo estatal.

A atividade de regulação da concorrência da Anatel é facilitada por ser definido em lei o seu poder de instrução dos processos a serem encaminhados ao Cade. Na mesma linha, seria conveniente aproveitar o projeto de lei de criação da Agência Nacional de Concorrência (ANC) para se atribuir às autoridades regulatórias competência instrutória nos processos de fusão, aquisição e administrativos no âmbito da Lei 8.884/94 (de defesa da concorrência).

Recentemente, foram introduzidas pela Anatel mudanças no cronograma e nas regras de organização dos mercados de telecomunicações. Os principais objetivos almejados foram: *a*) acelerar a competição na modalidade serviço telefônico fixo comutado; e *b*) facilitar a entrada de novos prestadores de serviço de telefonia local em outras regiões, diante do quadro restritivo a novos financiamentos e investimentos. As principais mudanças podem ser resumidas conforme a seguir:

- abertura para livre competição apenas em 2005 (anteriormente a regra era de abertura a partir de 31/12/02);

- universalização: obrigatoriedade de atendimento a cidades com mais de 200 mil habitantes substituída por atendimento obrigatório a municípios com mais de 500 mil habitantes (redução em 60% do número de localidades com atendimento obrigatório e redução de 70 milhões para 50 milhões de pessoas beneficiadas); e

- livre competição para as concessionárias na longa distância nacional (LDN) e longa distância internacional (LDI) e telefonia local.

Os impactos esperados sobre as empresas são a redução do volume de investimentos e a conseqüente melhoria da situação de caixa, bem como o aumento do retorno dos investimentos. O acirramento da competição em telefonia local será positivo para a Embratel, uma vez que LDN e LDI constituem segmentos pouco rentáveis (sujeitos a guerra de tarifas).

6.2 ENERGIA ELÉTRICA

São inúmeras as dificuldades observadas na regulamentação do setor de energia elétrica. Tendo a Aneel sido estabelecida depois que já haviam ocorrido algumas privatizações, sua legitimidade para a arbitragem de controvérsias foi contestada, mesmo tendo ocorrido na execução de obrigações sobre contratos preexistentes (como os da Light e da Excelsa).

As empresas estatais (como Cesf e Furnas) convivem com as privadas, exercendo forte poder de mercado na geração e na transmissão, bem como não são raros conflitos de interesses nesses mesmos setores. Furnas, por exemplo, ainda não cumpriu a decisão de setembro de 2000, que ordenou o pagamento de multa por dívida com o MAE, agora extinto.

A maior parte dos dirigentes da Aneel foi formada por antigos quadros do DNAE, o que sinaliza para investidores que a regulação do setor enfatiza questões técnicas e operacionais, e não a criação de incentivos econômicos para a formação de um mercado verdadeiramente competitivo [Pires e Goldstein (2001, p. 24)]. O grau insuficiente de coordenação entre ANA, ANP e Aneel dificulta a regulação da indústria de gás e o uso das águas.

A inconsistência de regras contratuais importantes, como os aspectos referentes a cláusulas de contratos de concessão e de contratos iniciais entre geradoras e distribuidoras, leva a que a Aneel não disponha de condições para definir de forma ágil regras de estímulo à entrada. Por exemplo, a demora em definir tarifas de transmissão e mecanismos de repasse dos custos de compra do gás natural importado atrasou, respectivamente, o início das licitações de novas linhas de transmissão e de novos projetos de geração.

Hoje fica evidente que falhas regulatórias responderam pela falta de investimentos na geração e na transmissão de energia elétrica. Há uma premente necessidade de aperfeiçoamento do sistema regulatório brasileiro, que enfrenta problemas como a falta de regras definidoras de competência, ausência de coordenação entre diferentes órgãos, cultura de centralização administrativa, morosidade de processos decisórios e inexperiência do Judiciário.

6.3 PETRÓLEO E GÁS NATURAL

A maior dificuldade nesse setor é a presença dominante da Petrobras em todos os segmentos da cadeia produtiva de gás e petróleo. Adicionalmente, a ANP não dispõe de competência sobre o aspecto crucial da regulação, uma vez que a definição de preços e tarifas depende do Ministério da Fazenda.

Apesar dos percalços, pode-se dizer que a agência vem cumprindo sua missão, pois promoveu a licitação de blocos para a exploração de petróleo e gás natural; implementou a política de livre acesso ao gasoduto Bolívia–Brasil; e cassou o direito de comercialização das distribuidoras de combustíveis irregulares.

Em que pese o acerto da decisão da ANP na questão do livre acesso, tal medida não se mostrou suficiente. Há necessidade do estabelecimento de *unbundling*, separando-se o segmento de transporte com relação aos demais, para se superar os conflitos de interesses hoje existentes, evitando-se assim o exercício abusivo de poder de mercado. Como sugerido anteriormente, há a necessidade de que a ANP, como as demais agências regulatórias, instrua processos administrativos de defesa da concorrência em sua área específica, bem como é necessária uma presença mais ativa do Cade na vigilância do cumprimento das regras de mercado.

Some-se aos problemas mencionados o fato de que a ANP enfrenta a dificuldade de não ter competência sobre as atividades de distribuição e de comercialização de gás natural (conforme artigo 25, §2º, da Constituição), as quais permanecem sob o regime de monopólio das respectivas áreas de concessão, sob a titularidade dos estados.

Outro problema consiste na exploração de gás natural, tecnicamente associada à de petróleo, que sempre foi tratada pela Petrobras como subproduto e sobre a qual a companhia exercia monopólio de exploração e transporte, até 1997. Mesmo com a promulgação da Lei nº 9.742, tal situação não se alterou, pois o gás continuou a ser tratado como derivado do petróleo e, na prática, a Petrobras continua detendo o monopólio, enquanto as redes de distribuição representam monopólios regionais de titularidade dos governos estaduais.

Por outro lado, a Petrobras detém a infra-estrutura que possibilita a importação de derivados de terceiros, que são os terminais aquaviários e os dutos. Portanto, o livre acesso a essas instalações é um fator-chave para a efetiva quebra do monopólio, política que a ANP vem aplicando de forma competente. A Lei 9.478/98 dispõe, em seu artigo 58, que "facultar-se-á a qualquer interessado o uso dos dutos de transporte e dos terminais marítimos existentes ou a serem construídos, mediante remuneração adequada ao titular das instalações.

§ 1º – a ANP fixará o valor e a forma de pagamento da remuneração adequada, caso não haja acordo entre as partes, cabendo-lhe também verificar se o valor acordado é compatível com o mercado.

§ 2º – a ANP regulará a preferência a ser atribuída ao proprietário das instalações para movimentação de seus próprios produtos, com o objetivo de promover a máxima utilização da capacidade de transporte pelos meios disponíveis."

Com respeito ao disposto anteriormente, deve-se mencionar que a lei confere preferência ao proprietário, pois determina que haja um volume mensal de produtos cuja movimentação é garantida ao proprietário da instalação de transporte para a movimentação de seus próprios produtos.

O conceito básico da Portaria 115 é o de que o transportador atenderá, de forma não-discriminatória, a terceiros interessados em capacidade disponível ou capacidade contratada ociosa, inclusive de carregadores proprietários, nas instalações de transporte em que seja responsável pela operação.

As Portarias 251 e 255/2000, por sua vez, regulamentam o livre acesso a terminais e dutos curtos de petróleo e seus derivados. O conceito de livre acesso a terminais aquaviários é o mesmo e presumem-se discriminatórias as contratações, em um mesmo terminal, com um único carregador, que impliquem utilização superior a 50% da capacidade de armazenagem desse terminal. Os titulares de terminais deverão permitir a conexão destes com outras instalações de propriedade de terceiros, respeitadas as normas de segurança e as condições operacionais adotadas pelos operadores. Também nesse aspecto tem valia o conceito de preferência do proprietário.

De acordo com a ANP,[25] 70 das 222 distribuidoras de combustíveis operam amparadas por liminares obtidas na Justiça, representando 31,5% das distribuidoras autorizadas a funcionar. O descompasso entre as decisões técnicas de ordem administrativa tomadas pelas agências e as decisões judiciais de primeira instância que sistematicamente as revogam, sem maior cuidado com o exame do mérito, suscita a questão da necessidade de discussão acerca do nível que deve ser atribuído às decisões das agências regulatórias em grau de recurso. Voltaremos a esse ponto mais adiante.

O prazo inicial para a liberação de preços praticados pelas refinarias e unidades de processamento, previsto para agosto de 2000, foi prorrogado. O gás canalizado é regulado pelos governos estaduais (que controlam a maioria das concessionárias). Nos recentes processos de privatização da CEG e da Riogás, no Rio de Janeiro, e da Comgás, em São Paulo, foram estabelecidos preços-teto para serem adotados pelas concessionárias, sujeitos à variação anual do IGP-M.

6.4 OUTROS PONTOS DE DISTANCIAMENTO ENTRE MODELO DE AGÊNCIA E DESENHO EFETIVO

Pires e Goldenstein, em estudo recente (2001), apontam problemas no desenho das agências regulatórias de serviços públicos, que merecem destaque. Aneel, Anatel e ANP dispõem de alguns mecanismos para garantir transparência das decisões, mas há defeitos que devem ser mencionados:

- ausência de critérios para exoneração dos diretores da ANP, o que prejudica a independência e, portanto, aumenta os riscos de captura;

- apenas a lei que criou a Anatel veda a recondução dos conselheiros, o que reduz riscos de captura;

25. Informações obtidas em www.anp.gov.br

- somente a lei da Anatel prevê a formação de conselho consultivo, reunindo representantes do Congresso Nacional, do Poder Executivo, das prestadoras de serviços, usuários e sociedade em geral;

- o regimento da Anatel é o único que prevê obrigatoriedade de publicação de relatórios anuais de atividades para apreciação pelo Congresso;

- somente a Anatel e a Aneel constituíram ouvidorias para zelar pelos interesses dos consumidores; e

- nenhuma das agências estabeleceu processo de concurso público para a contratação de pessoal próprio, o que é imprescindível para a constituição de um quadro especializado, capaz de acumular conhecimento para o desempenho adequado das funções de regulação da indústria.

7 DECISÕES COLEGIADAS, DECISÕES MONOCRÁTICAS E O DESENHO INSTITUCIONAL DAS AGÊNCIAS

A questão da tomada de decisão no âmbito das agências regulatórias de há muito preocupa os estudiosos da matéria. No Brasil, são diversas as soluções adotadas. Por um lado, na ANP, na Anatel e na Aneel, as decisões são colegiadas; por outro, as decisões da ANS, Anvisa e ANA são monocráticas, e a diretoria colegiada é acionada em grau de recurso. Tais diferenças evidenciam uma ausência de clareza acerca não apenas do desenho institucional, mas também das próprias atribuições das agências que vêm sendo criadas nos últimos anos.

Assim, é preciso distinguir com clareza os dois tipos de agências criadas pela reforma de Estado empreendida pelo governo Fernando Henrique: as agências de governo (também denominadas agências executivas), que executam as diretrizes de governo, das agências de Estado, as quais comportam simultaneamente aspectos regulatórios — como a superação de falhas de mercado — e programáticos — amparados na experiência anglo-saxã, as quais aplicam a lei, na forma estabelecida pelo Legislativo. Esse tipo peculiar de agência pode ser classificado como um ente de Estado, em oposição aos entes de governo, representados pelo primeiro exemplo.

As agências examinadas neste estudo são classificadas a seguir, por suas características de entes de Estado ou de governo. Identificadas dessa maneira, parecem corretas as escolhas realizadas em termos do desenho institucional adotado para cada uma, tal como descrito adiante.

Entes de Estado	Entes de Governo
ANP	ANA
Anatel	Anvisa
Aneel	ANS

7.1 PETRÓLEO E GÁS NATURAL

De acordo com o artigo 11 da Lei 9.742, que instituiu a ANP, a direção da agência apresenta formato colegiado. O artigo 18 estabelece que as questões substantivas relativas aos mercados de gás e petróleo são decididas pelo colegiado: "Art. 18. As

sessões deliberativas da Diretoria da ANP que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos e entre estes e consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo, serão públicas, permitida a sua gravação por meios eletrônicos e assegurado aos interessados o direito de delas obter transcrições."

7.2 TELECOMUNICAÇÕES

A Anatel possui um Conselho Diretor — e não uma diretoria colegiada — e, em seu rol de competências, aparecem logo as questões substantivas, como no caso da ANP (e do Cade):

"Art. 22. Compete ao Conselho Diretor:

I – submeter ao Presidente da República, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, as modificações do regulamento da Agência;

II – aprovar normas próprias de licitação e contratação;

III – propor o estabelecimento e alteração das políticas governamentais de telecomunicações;

IV – editar normas sobre matérias de competência da Agência;

V – aprovar editais de licitação, homologar adjudicações, bem como decidir pela prorrogação, transferência, intervenção e extinção, em relação às outorgas para prestação de serviço no regime público, obedecendo ao plano aprovado pelo Poder Executivo;

VI – aprovar o plano geral de autorizações de serviço prestado no regime privado;

VII – aprovar editais de licitação, homologar adjudicações, bem como decidir pela prorrogação, transferência e extinção, em relação às autorizações para prestação de serviço no regime privado, na forma do regimento interno;

VIII – aprovar o plano de destinação de faixas de radiofreqüência e de ocupação de órbitas;

IX – aprovar os planos estruturais das redes de telecomunicações, na forma em que dispuser o regimento interno;

X – aprovar o regimento interno;

XI – resolver sobre a aquisição e a alienação de bens;

XII – autorizar a contratação de serviços de terceiros, na forma da legislação em vigor."

7.3 ENERGIA ELÉTRICA

O artigo 3º da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, por sua vez, dispõe que "Além das incumbências prescritas nos Arts. 29 e 30 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, aplicáveis aos serviços de energia elétrica, compete especialmente à Aneel:

(...)

V – Dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, premissas, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre agentes e seus consumidores."

7.4 ÁGUAS

A ANA é tipicamente uma agência executiva de governo, no sentido de que cabe a ela coordenar as atividades de regulação dos serviços de saneamento e executar a política nacional de saneamento. Nesse sentido, seu desenho regulatório é adequado ao desempenho de suas funções. A Lei 9.984/2000, que criou a ANA, dispõe em seu Art. 9º que a agência será dirigida por uma Diretoria Colegiada, que cuida basicamente de questões administrativas e examina as decisões de substância das diretorias, tomadas individualmente, em grau de recurso (inciso X do Art. 9º) .

7.5 SAÚDE SUPLEMENTAR

A Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que criou a ANS, em seu artigo 10, §2º, estabelece, assim como no caso da ANA, recurso à Diretoria Colegiada das decisões dos diretores (monocráticas). De acordo com o artigo 9º, compete à Diretoria Colegiada a responsabilidade de analisar, discutir e decidir, em última instância administrativa, sobre matérias de competência da autarquia.

7.6 VIGILÂNCIA SANITÁRIA

Na Anvisa, à Diretoria Colegiada compete a responsabilidade de analisar, discutir e decidir, em última instância administrativa, sobre matérias de competência da autarquia. Dos atos praticados pelas Diretorias da Agência caberá recurso à Diretoria Colegiada, como última instância administrativa, sendo o recurso passível de efeito suspensivo, a critério da Diretoria Colegiada (redação dada pela MP 2.000-12, de 13 de janeiro de 2000). Assim como ANA e ANS, a Anvisa é uma típica agência executiva, que, ao mesmo tempo que fiscaliza, em perspectiva regulatória o funcionamento dos mercados que compõem sua área de atuação, executa diretrizes de governo.

8 PROJETOS DE CRIAÇÃO DE NOVAS AGÊNCIAS

Há, no momento, dois anteprojetos de criação de agências para a regulação do setor de transportes. A primeira seria a Agência Nacional da Aviação Civil (Anac); a outra seria a Agência Nacional de Transportes (ANT).

8.1 AVIAÇÃO CIVIL

Até o presente, a regulação do setor de aviação civil vem sendo feita por um órgão do Ministério da Defesa, o Departamento de Aviação Civil (DAC). A subordinação desse órgão regulatório ao órgão militar tem sido justificada pela necessidade de um relacionamento continuado entre a aviação civil e a militar, uma vez que compartilham parte da infra-estrutura, incluindo aeroportos e sistemas de controle de tráfego aéreo.

O mercado é composto por quatro grandes companhias privadas, representativas de 95% do tráfego aéreo. A legislação brasileira limita a 20% o capital estrangeiro em companhias aéreas nacionais. Todas fazem parte de alianças internacionais. Os 68 principais aeroportos pertencem e são operados pela Infraero; os 100 aeroportos menores são operados pelos municípios e pequenos aeródromos operados privadamente [ver Clark (2000, p. 223-224)].

A desregulamentação gradual do setor vem ocorrendo desde o início da década de 1990, tendo sido impostas bandas tarifárias: as companhias podem estipular seus preços dentro de um limite, em geral 65% abaixo ou 35% acima de um preço de referência. Após o Plano Real, há reajuste anual para limite máximo para preços, tendo havido liberação para a oferta de descontos.

As restrições para entrada estão sendo gradativamente eliminadas, observando-se já alguma entrada nos mercados de aviação regional. No início dos anos 1990, uma comissão oficial controlava a alocação das rotas para as companhias. Estas encontravam-se regularmente com a comissão e trocavam informações diretamente sobre operações e projetos futuros (o que não é aceitável em uma legítima economia de mercado). A comissão foi abolida em meados dos anos 1990, mas as companhias aéreas, embora não tratem mais formalmente de rotas, continuam se encontrando no âmbito do DAC para discutir questões relacionadas a aeroportos, controle de tráfego aéreo e meio ambiente. Essas discussões podem incluir a divulgação de informações pelas empresas de projetos para novos serviços. O DAC não pretende que as reuniões sejam um meio para a coordenação de preços ou serviços, mas existe a possibilidade de que essas reuniões possam facilitar acordos desse tipo [Clark, *op. cit*, p. 224-225).

8.2 TRANSPORTE FERROVIÁRIO, RODOVIÁRIO E ÔNIBUS INTERESTADUAIS[26]

A supervisão desse setor compete à Secretaria de Transportes Terrestres, do Ministério dos Transportes. O setor de ônibus é operado inteiramente por empresas privadas; o de ferrovias ainda é misto, tendo parte do sistema ferroviário sido privatizada. A ausência de interesse privado para o restante do sistema é responsável pela existência de trechos ainda públicos. O limite de propriedade máxima é de 20% por uma única empresa (de modo a prevenir abuso de posição dominante, o que poderia ocorrer caso grandes usuários controlassem o sistema e passassem a discriminar outros usuários).

O Conselho Federal de Transporte Ferroviário é formado por três representantes do governo, dois dos usuários e dois dos concessionários. O Conselho resolve questões de interpretação de acordos de concessão e permissão de direito de uso dos trilhos, podendo os usuários submeter reclamações ao Conselho com relação a essas questões.

Os acordos de concessão incluem bandas de preço, a partir das quais os operadores estão livres para estipular seus preços. Assim como para companhias aéreas, o Ministério dos Transportes e o Ministério da Fazenda conduzem revisões anuais de pedidos para aumentar as bandas de preços.

26. Esta subseção, como a anterior, baseia-se nas informações colhidas em Clark, *op. cit*.

O transporte de caminhões só se encontra submetido a normas técnicas e de segurança, sendo que os serviços de ônibus interestadual e internacional são concessões do Ministério dos Transportes. Atualmente 266 empresas operam rotas interestaduais e internacionais, mas apenas três controlam 52% das rotas.

O processo de concessão foi problemático. Algumas empresas obtiveram ordens judiciais autorizando-as a operar sem concessão. Urge rever esse processo, submetendo-o ao princípio geral de concorrência e do melhor atendimento ao usuário.

O Ministério dos Transportes defende a regulação do setor para preservar a qualidade do serviço e o investimento contínuo em equipamentos, uma vez que se trata de setor fundamental para a grande maioria da população, no que está certo. Para interromper o serviço em uma rota é preciso ter autorização do ministério, indicando como a rota será atendida depois da saída.

8.3 O PROJETO DE CRIAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE CONCORRÊNCIA

8.3.1 A Criação da Agência

Recentemente, tem-se assistido a intensos debates em torno da proposta governamental de criação da Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência (ANC),[27]. A controvérsia se baseia no texto de um anteprojeto de lei, de proposta do Poder Executivo, apresentado a consulta pública entre outubro de 2000 e janeiro de 2001.[28]

Os defensores de sua implantação sustentam a necessidade de se solucionar os principais problemas do sistema atualmente em vigor, quais sejam, a busca de otimização e diminuição do tempo de análise dos processos (sejam atos de concentração ou processos administrativos), e a sobreposição de funções entre a Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), a SDE e o Cade. Mostramos a seguir uma análise das principais controvérsias que emergem do anteprojeto.

O projeto propõe a resolução de uma série de problemas, apontados em uníssono há tempos. Um dos principais pontos corresponde à necessidade de superar a superposição de competências entre Seae, do Ministério da Fazenda, Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça, e Cade. Tal superposição foi sempre criticada, tanto por administrados como pela própria burocracia, em virtude

27. Na realidade, embora tratada de forma unificada, a proposta de modificação da estrutura concorrencial vigente engloba, na verdade, dois anteprojetos: o primeiro para a criação da ANC, enfocando sua estrutura burocrática e competência de seus órgãos internos, ao passo que o segundo, para alterações na Lei 8.884/1994. Neste trabalho, referência é feita genericamente ao "anteprojeto de criação da ANC", conforme expressão já consagrada pelos estudiosos do tema em artigos e publicações. Por outro lado, ao tratarmos das alterações pretendidas na redação de dispositivos da Lei 8.884/1994, a ela faremos alusão expressa, de forma a se evitar qualquer equívoco.

28. O anteprojeto foi elaborado por um Grupo de Trabalho Interministerial criado por decreto de 11 de agosto de 2000, conforme alterado por decreto de 25 de agosto de 2000. O Grupo foi composto por um representante de cada um dos seguintes órgãos: Casa Civil da Presidência da República (com função de coordenação dos trabalhos); Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça; Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça; Ministério da Fazenda; Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; e Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.

da ineficiência representada pela duplicação de trabalho e os custos impostos ao setor privado.

As origens dessa bizarra organização remontam aos erros incorridos no início da década de 1990, quando o governo Collor criou a SDE para dar maior agilidade aos processos de combate "aos cartéis e monopólios" e impedi-los de boicotar o Plano Collor de estabilização de preços. Tendo assumido as funções de investigação e instrução do velho Cade, mas desprovida de recursos mínimos para seu funcionamento, a colaboração do então Ministério da Economia, através de um parecer econômico oferecido pelo órgão posteriormente denominado Seae, pareceu de fundamental importância e foi incluído na regulamentação da lei então em vigor, a 8.158/91. Já em 1994, no processo de aperfeiçoamento da legislação antitruste, o parecer da Seae ascendeu de *status* e passou a fazer parte do corpo da lei, agora a 8.884/94. Por outro lado, vetada pelo então ministro da Justiça a proposta técnica de retorno da área de instrução e investigação ao Cade em seu formato original — o que lhe daria de fato o formato pioneiro de agência, ora detido pelas agências regulatórias criadas no governo Fernando Henrique — a SDE permaneceu no âmbito da administração direta, estabelecendo-se assim o arranjo tricéfalo que tanto tem dificultado o aperfeiçoamento da aplicação da legislação da despesa da concorrência.

Portanto, em boa hora propôs-se a criação de uma agência unificada, em que as funções executiva, legislativa e judicante, que habitualmente convivem em seu interior, possam ser exercidas de forma mais harmoniosa e eficiente.

Outro tópico do anteprojeto a merecer análise consiste na oportunidade de criação de uma agência para a defesa da concorrência. Cumpre observar que o conceito de agência encontra-se visceralmente ligado ao de regulação da atividade econômica. A respeito, explica Carlos Ari Sundfeld: "Fazem regulação autoridades cuja missão seja cuidar de um específico campo de atividades considerado em seu conjunto (o mercado de ações, as telecomunicações, a energia, os seguros de saúde, o petróleo), mas também aquelas com poderes sobre a generalidade dos agentes da economia (exemplo: órgãos ambientais)."[29]

Veja-se que, de acordo com a segunda definição, o Cade já seria uma agência reguladora[30] e, portanto, a criação de uma "agência" para defender a concorrência não representaria uma inovação no ordenamento. Nesse sentido, observe-se o entendimento de Zanella di Pietro (2000, p. 388-389), segundo o qual as agências não representam grande inovação na administração pública brasileira, uma vez que anteriormente ao seu surgimento já existiam no Brasil órgãos executivos com independência e poder normativo regulamentar — as autarquias (como o Cade). Reforça a posição da autora a constatação de que as agências reguladoras brasileiras foram instituídas sob a forma de autarquias especiais, com o propósito específico de desempenhar as atribuições anteriormente conferidas à administração direta na

29. Ver Sundfeld (2000, p. 18). Explica ainda o professor: "A regulação, enquanto espécie de intervenção estatal, manifesta-se tanto por poderes e ações, com objetivos claramente econômicos (o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado), como por outros de justificativas diversas, mas de efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das profissões etc.)" *Ob. Cit.*, loc. cit.

30. Conforme defende Souto (2000, p. 249).

qualidade de poder concedente. De fato, não se pode pretender a mera transposição das *agencies* norte-americanas — originárias do sistema da Common Law — à Administração Pública brasileira, instituída por um ordenamento jurídico de matriz romano-germânica.

Como já observado, as agências reguladoras, nos diversos ordenamentos jurídicos em que foram instituídas, caracterizam-se por sua independência técnica e decisória. Contudo, essas características nem sempre têm sido observadas nas normas que instituíram as agências brasileiras. Isso é particularmente preocupante quando observamos a norma constante do anteprojeto de criação da ANC, segundo a qual os mandatos dos diretores deverão obrigatoriamente coincidir com o do presidente da República. Por todas essas razões, acreditamos que a transformação do Cade em autarquia, operada em 1994, conferiu ao Conselho a necessária independência e autonomia decisória, motivo pelo qual não cremos que a criação da Agência por si não trará maiores benefícios à defesa da concorrência, a não ser o de harmonizar o desenho do Cade com o das demais agências regulatórias. O benefício virá, sem dúvida, da fusão de órgãos e funções que hoje compartilham, de forma ineficiente, competências de autoridades antitruste.

8.3.2 Defesa do Consumidor e da Concorrência — Necessidade de Separação

Não pairam dúvidas de que a defesa da concorrência e a do consumidor guardam alguns aspectos em comum. Nesse sentido, observe-se trecho da lavra de José Geraldo Britto Filomeno:

"O Código de Defesa do Consumidor alia-se às normas estabelecidas pelo Código da Propriedade Industrial bem como às Leis de Defesa Econômica (Cade), que pretendem conferir maior agilidade ao combate aos trustes e cartéis, esforço esse que visa ao livre mercado e à livre concorrência, com o que somente têm a lucrar consumidores e fornecedores de bens e serviços" [Grinover (2000, p. 77)].

No entanto, quando da apresentação do projeto, foi bastante questionada a junção da proteção à concorrência e da defesa do consumidor em uma mesma entidade estatal. Embora essa comunhão apareça na estrutura organizacional da administração pública em alguns países (como no Canadá e na Austrália, para citar os exemplos mais notórios), o entendimento dominante no Brasil é o de que a proteção conjunta da concorrência e a do consumidor poderiam ocasionar medidas conflituosas, considerando-se que o bem-estar do consumidor é apenas um dos objetivos visados pela defesa da concorrência. A título de ilustração, observe-se que embora a prática de preço predatório beneficie imediatamente o consumidor, trata-se de conduta sancionada pelas leis antitrustes, o que demonstra que nem sempre são

homogêneos os interesses tutelados por ambos os direitos.[31] Acrescente-se, ainda, o argumento de que o direito da concorrência e o do consumidor, no Brasil, estão em diferentes patamares de efetividade,[32] e a coordenação de ambos por um mesmo órgão certamente implicaria privilegiar-se um em detrimento do outro.

Cumpre também ressaltar que o sistema de defesa do consumidor brasileiro é baseado em um modelo descentralizado de órgãos e entidades governamentais (como o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça, as seções especializadas das Procuradorias e as Defensorias Públicas) e não-governamentais (vejam-se as atuações dos Procons e do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec),[33] por exemplo).[34] Já a defesa da concorrência, por se tratar de questão de abrangência nacional, requer uma única análise, a qual é centralizada nas três entidades federais que compõem o sistema brasileiro de defesa da concorrência (Seae, SDE e Cade).

Dessa forma, parece acertada a decisão do governo Fernando Henrique de retirar da ANC a competência para conhecer de assuntos atinentes às relações de consumo, conforme a nova redação do anteprojeto trazida a pública em novembro de 2001.

---

31. Sobre a diferença de tratamento do consumidor entre o CDC e a Lei 8.884/94, observe-se trecho da lavra do ex-presidente do Cade Gesner Oliveira, em voto vencedor proferido no ato de concentração 54/95, sendo requerentes Cia. Petroquímica do Sul (Copesul), OPP Petroquímica S.A., OPP Polietileno S.A. e Ipiranga Petroquímica S.A., de 11 de fevereiro de 1998*:* "A ampliação do direito individual do consumidor contratante [note-se que a regra (art. 6º do CDC) fala em direitos básicos do consumidor], com a inversão do ônus da prova, responde, assim, a uma exigência de justiça substancial, de forma que a limitação processual do fornecedor se compatibilize com sua preponderante situação econômica. Seria ocioso argumentar que a relação processual aqui é totalmente distinta daquela verificada nos processos de competência do Cade. É difícil imaginar que situação de hipossuficiência teria o Estado ao acusar uma empresa de abuso do poder econômico ou realização de ato inibidor da concorrência, que justificasse uma limitação aos direitos constitucionais fundamentais de livre-iniciativa, presunção de inocência e contraditório desta última: o desequilíbrio processual, que deve ser moderado pelo contraditório e ampla defesa, pende contra a empresa investigada, e não o contrário! Fica claro que a regra de inversão do ônus da prova choca-se frontalmente com o espírito da Lei 8.884/94, além de ser incompatível com a relação processual de defesa da concorrência, não podendo ser aplicada, por analogia ou extensão, para favorecer o consumidor ator econômico (beneficiário, mas não fim único da defesa da concorrência), pois restrita a norma ao caso específico do consumidor contratante."

32. Sobre a efetividade das normas, merece destaque ensinamento de Luís Roberto Barroso: "A efetividade significa, portanto, a concretização do direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social" [Barroso (2000, p. 85)].

33. O Idec (2001, p. XXX), assim se manifestou sobre a criação da ANC: "Entendemos, ainda, que ao criar uma agência de defesa do consumidor junto com a concorrência, inevitavelmente, haverá um distanciamento maior ainda das outras áreas que têm interface com a defesa do consumidor, como a Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), a ANSS (Agência Nacional de Saúde Suplementar), a Defesa Agropecuária, o Inmetro [Instituto Nacional de Metrologia], entre outras, e até dos próprios órgãos estaduais e municipais (procons), que já atuam de forma desarticulada. Esta 'fusão' traz o risco de desvirtuar a defesa do consumidor como instrumento de afirmação da cidadania para ser, apenas, um componente de política econômica. No projeto, não se vê mecanismos e estruturas onde se preserve a independência da área de defesa do consumidor e que evite a hegemonia da área de concorrência no funcionamento da agência".

34. Reza o artigo 105 da Lei 8.078/1990, do Código de Defesa do Consumidor: "Integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor."

8.3.3 A Estrutura Burocrática Pretendida

Nos termos do projeto, a Diretoria-Geral seria um órgão monocrático com extenso feixe de competências, incumbindo-lhe aprovar atos de concentração reputados incapazes de limitar a livre concorrência, bem como arquivar averiguações preliminares, seja por falta de provas ou porque o ato não constitui violação à lei antitruste. Somente nos casos em que vislumbrasse possibilidade de dano à concorrência deveria o diretor-geral remetê-los à análise do Tribunal da Concorrência.

A maioria dos especialistas em antitruste repudia a excessiva concentração de poderes nas mãos do diretor-geral, ainda mais porque, segundo o anteprojeto, o seu mandato obrigatoriamente coincidiria com o do presidente da Republica.[35] Teme-se pela independência e imparcialidade das decisões do diretor-geral, sendo evidente o retrocesso quando se compara esse modelo com o sistema hoje em vigor, no qual todos os atos de concentração e processos administrativos são decididos em sessões públicas semanais, por um colegiado (o Cade) composto de sete conselheiros com mandatos fixos de dois anos, sendo permitida uma recondução.[36] A redução das competências do Cade parece trazer inegável prejuízo à imparcialidade e transparência das decisões emanadas dessa Agência em projeto.

De acodo com o anteprojeto, caberia ao Cade "apreciar os acordos de leniência[37] celebrados pelo diretor-geral, nos termos da Lei 8.884/1994" (art. 8º, VII, do anteprojeto). Entretanto, não esclarece o anteprojeto a finalidade de o Cade "apreciar" os acordos de leniência, se não está estabelecida a competência do órgão para exercer qualquer juízo de valor no sentido de modificar sua redação ou ordenar o seu desfazimento.

35. Dispõe o artigo 5º, §3º do anteprojeto de criação da ANC submetido a consulta pública: "Os mandatos dos diretores serão coincidentes, extinguindo-se, obrigatoriamente, 90 dias após a data de posse do presidente da República, ainda que não completado seu prazo legal de duração."

36. Em posição diversa, observe-se trecho de artigo do secretário-adjunto de Acompanhamento Econômico, Paulo Correa, publicado no jornal *Valor Econômico* em 06/12/2000: "Não procede a crítica de que o anteprojeto de lei sobre a criação da Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência (ANC) concede poderes excessivos ao diretor-geral da agência. Primeiro, porque qualquer decisão terminativa do diretor é passível de revisão. Mesmo as operações aprovadas por rito sumário poderão ser remetidas ao Tribunal da Concorrência mediante questionamento do ouvidor. Segundo, e mais importante, porque será atribuição do Tribunal arbitrar todos os 'litígios' existentes entre o diretor-geral e as empresas requerentes ou representadas. Como os 'litígios' ocorrerão nos casos relevantes, caberá ao Tribunal a decisão de mérito nos casos que constituirão, de fato, o corpo substantivo da doutrina antitruste no país." Ousamos discordar da opinião do secretário-adjunto porque consideramos que os mecanismos legais previstos são insuficientes para garantir que os casos relevantes serão realmente submetidos ao Tribunal da Concorrência. Não há na lei critérios objetivos que obriguem o diretor-geral a submeter o caso ao Tribunal, e tampouco é certo que a atuação da ouvidoria será eficaz.

37. A celebração de acordos de leniência, de acordo com a Lei 10.149/2000, é prerrogativa da Secretaria de Direito Econômico (SDE). Trata-se de acordo mediante o qual qualquer infrator da ordem econômica, que denunciar à SDE prática ilícita que não seja do conhecimento da secretaria, e efetivamente colaborar na identificação e responsabilização dos demais infratores, terá extinta sua punibilidade em relação ao ilícito praticado. Cumpre mencionar que não será concedida leniência à sociedade ou pessoa física que tenha liderado a conduta (conforme artigo 35-B da Lei 8.884/1994, com a redação dada pela Lei 10.149/2000).

8.3.4 A Criação de Recursos na Esfera Administrativa

Os defensores da reforma estrutural proposta alegam que o anteprojeto atenderia uma antiga reivindicação de estudiosos e praticantes da área – a previsão de recursos na esfera administrativa contra decisões do Cade, uma vez que o artigo 50 da Lei 8.884/1994 prevê que esse Conselho julga sem recurso.[38] É questionável a constitucionalidade do artigo 50 da Lei 8.884/1994, uma vez que a mais moderna doutrina administrativa, acompanhada pela jurisprudência, entende que o direito ao recurso administrativo é garantia fundamental do administrado.[39] A revisão das decisões do Cade somente é possível mediante recurso ao Poder Judiciário ao qual muitas vezes os administrados deixam de recorrer em virtude da morosidade do processo, dos altos custos incorridos para patrocínio da ação e da incerteza dos resultados em virtude da ausência de familiaridade dos juízes com a matéria. A principal razão para a ausência de discussões em juízo, todavia, consiste na perda do desconto de 30% sobre o valor da multa conferido pela Resolução Cade nº 09/1997 ao administrado que paga sem qualquer contestação.[40]

8.3.5 A Adoção da Regra "*Per Se*"

Além das modificações estruturais, pretende-se ainda proceder a algumas mudanças significativas na redação da Lei 8.884/1994. A principal reside na adoção da regra *per se* na análise das denúncias de cartelização, o que contraria a tradição brasileira de apreciação de todos os casos antitrustes de acordo com a regra da razão. Veja-se, a propósito, a nova redação que se pretende atribuir ao artigo 20 da Lei 8.884/1994:

"Artigo 20 – Constituem *infração absoluta* da ordem econômica, independentemente de culpa, e são nulos, os atos sob qualquer forma manifestados, adotados

38. Reza o artigo 50 da Lei 8.884/1994: "As decisões do Cade não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições." Observe-se, todavia, que na legislação anterior havia previsão de recurso ao ministro da Justiça, conforme expressa previsão do artigo 21 da Lei 8.158/1991: "As decisões administrativas previstas nesta lei serão passíveis de recurso, voluntários ou de ofício, interposto ao ministro da Justiça, no prazo de dez dias."

39. Nesse sentido, observe-se acórdão do STJ no curso do Mandado de Segurança 7.225/DF, Rel. Ministro José Delgado, j. em 13.06.2001, *verbis*: "Direito Constitucional e Administrativo. Devido Processo Legal. Direito, no campo do processo administrativo, a que as instâncias recursais sejam garantidas. (...)

1. A Administração Pública, ao aplicar as regras impostas para a tramitação dos processos administrativos, está, também, obrigada a obedecer ao devido processo legal.
2. No âmbito dessa garantia está o direito de as partes utilizarem-se de recursos para todas as instâncias administrativas, assegurando-se-lhes, assim, ampla defesa, contraditório e segurança do julgamento.
3. Hely Lopes Meirelles, em sua obra Direito Administrativo Brasileiro, 14ª edição, p. 571, preleciona que 'os recursos administrativos são um corolário do Estado de Direito e uma prerrogativa de todo administrado ou servidor atingido por qualquer ato administrativo. *Inconcebível é a decisão administrativa única e irrecorrível, isto porque contrária à índole democrática de todo julgamento que possa ferir direitos individuais, e afronta o princípio constitucional da ampla defesa que pressupõe mais de um grau de jurisdição. Decisão única e irrecorrível é a consagração do arbítrio, intolerado pelo nosso direito.*' (...) Mandado de segurança concedido." (Grifou-se.)

40. Dispõe o artigo 12 da Resolução Cade nº 09, de 16 de julho de 1997: "Respeitado o valor mínimo legal, a multa aplicada será reduzida: I em trinta por cento, se o pagamento ocorrer no prazo de que trata o art. 4º". Reza o artigo 4º: "O autuado deverá pagar a multa ou apresentar impugnação no prazo de vinte dias, contado do primeiro dia útil da juntada aos autos do comprovante de intimação."

mediante acordo, arranjo ou conluio entre concorrentes, que tenham por objeto ou possam produzir quaisquer dos seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados (...)". O novo conceito, da "infração absoluta", sobrepõe-se à investigação acerca da existência de poder de mercado, das condições e efeitos de seu exercício, condições com base no direito constitucional da livre iniciativa e da proibição do abuso do poder econômico, o administrado tem o direito de defender-se de uma possível condenação por formação de cartel imposta pela administração pública, alegando que sua conduta é adequada e necessária ao incremento do mercado em que atua, que há particularidades no seu caso concreto que justificam a adoção de conduta concertada e que, portanto, entre o seu direito de empreender e o da administração pública de defender a livre concorrência, deve-se, no caso específico, dar guarida ao primeiro em prejuízo do segundo.

O atual sistema da Lei 8.884/1994 — segundo o qual todas as condutas e atos de concentração são analisados sob a regra da razão — parece melhor responder às necessidades econômicas de países em desenvolvimento como o Brasil, nos quais, em determinadas circunstâncias, certas práticas concertadas e concentrações podem ser admitidas sempre que necessárias ao fortalecimento e à consolidação da economia. À guisa de ilustração, a organização de um *pool* de pequenas empresas para políticas comerciais conjuntas, em um ambiente econômico dominado por uma ou várias grandes empresas, dificilmente poderia ser caracterizada como uma prática nefasta à concorrência; ao contrário, tal "cartel" representaria uma estratégia de competição agressiva, geradora de benefícios para o consumidor, que disporia de fontes alternativas de oferta e maior disputa por sua escolha.

Uma das questões mais graves atinentes ao anteprojeto refere-se à competência conferida ao diretor-geral para "acompanhar e monitorar as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas, notadamente as que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso".

A impropriedade desse inciso parece ser evidente, pois o direito da concorrência opõe-se a qualquer forma de controle de mercado que signifique a criação de condições artificiais. De fato, o único "monitoramento" possível corresponde ao controle prévio do processo de concentração econômica, consubstanciado na necessidade de notificação de determinadas operações às autoridades de defesa da concorrência. Exigir documentos, acompanhar preços ou ditar quantidades de vendas, enfim, monitorar — e intervir sobre — a atuação cotidiana dos agentes econômicos é atividade totalmente alheia à aplicação da legislação concorrencial em um ambiente de mercado.

Deve-se lembrar que a ordem constitucional inaugurada em 1988 não admite tabelamento nem congelamentos, de forma que se questiona o que pretenderam os redatores do anteprojeto ao conferir ao diretor-geral competência para "monitorar" os mercados.

8.3.7 Os Novos Critérios para a Notificação de Atos de Concentração e os Prazos para Submissão e Análise.

- Critérios ensejadores de notificação

Finalmente, cumpre mencionar a modificação dos critérios para a submissão de atos de concentração ao controle das autoridades de defesa da concorrência. Caso as alterações pretendidas na Lei 8.884/1994 venham a ser aprovadas, passará a haver apenas um critério de notificação: que uma das partes envolvidas na operação tenha apresentado faturamento superior a R$ 150 milhões no Brasil no último exercício fiscal.

Conforme mencionado na seção anterior, os atuais critérios de submissão de atos de concentração são: *a*) qualquer das sociedades ou grupo de sociedades envolvidos na operação haver apresentado faturamento superior a R$ 400 milhões no último exercício fiscal; ou *b*) qualquer das partes possuir ou passar a deter — em decorrência da operação — parcela superior a 20% do mercado relevante em questão.

Werter Faria ex-presidente do Cade explica a razão de ser do primeiro critério nos seguintes termos: "Ao estabelecer índice capaz de medir o porte econômico de empresas, quis o legislador trazer ao exame, exclusivo e compulsório, do Cade, todos os efeitos da concentração do poder econômico, projetados sobre qualquer dos planos do mercado concorrencial, a fim de não apenas tratar desses efeitos quanto eles se projetam em um mesmo mercado relevante, isto é, no plano horizontal" [citado por Dutra (1997, p. 13)].

Dessa forma, tendo em vista a finalidade de medição do porte econômico das partes envolvidas na operação, o critério atualmente em vigor, ao determinar que o faturamento gerador do dever de notificar pode ser obtido interna ou mundialmente (desde que haja pelo menos uma controlada no Brasil ou que um dos grupos atue no mercado interno por meio de importação/exportação), parece atender melhor a esse objetivo. A nosso ver, o reducionismo pretendido pelo novo critério (faturamento superior a R$ 150 milhões no Brasil) deixa a descoberto operações entre grupos estrangeiros com elevado poder no mercado internacional embora de diminuta participação no mercado brasileiro. O novo critério negligenciaria o potencial de futuros investimentos desses grupos no Brasil, capazes de ocasionar graves prejuízos ao mercado interno. Sobre a necessidade de se observar o faturamento mundial dos grupos envolvidos em operações de concentração, observou-se em decisão dos Cade que: "O critério de faturamento de que trata o art. 54, §3º, da Lei 8.884/94 é uma proxy do poder econômico da adquirente e de sua real capacidade em dominar o mercado relevante no curto prazo, ainda que não possua qualquer participação de mercado no momento da aquisição. Considera-se, para tanto, o faturamento do grupo econômico, ainda que no exterior, e não apenas o da empresa envolvida na operação."[41]

41. Voto da conselheira Lucia Helena Salgado proferido no ato de concentração 08012.008596/98-82, em 23 de junho de 1999, sendo requerentes Sara Lee/De Coffee & Tea do Brasil Ltda. e Seleto do Brasil Indústria e Comércio S.A. [Citado por Franceschini (2000, p. 60)].

Portanto, o novo parâmetro — R$ 150 milhões de faturamento no Brasil, de um lado, e R$ 30 milhões, de outro — parece constituir um retrocesso. Por outro lado, excluir a análise desde o ponto de vista da participação dos agentes no mercado, afastando o critério da participação superior a 20% no mercado relevante, tampouco auxilia na obtenção de conclusões quanto aos impactos advindos da operação. Nem se alegue que compete à autoridade governamental — e não às partes — a definição do mercado relevante e, conseqüentemente, da participação dos agentes. A experiência demonstra que as empresas conhecem, melhor do que ninguém, o mercado em que atuam e sabem listar seus principais concorrentes. A exigência de demonstração da metodologia utilizada pelas requerentes reduz o risco de maquiagem na prestação dessa informação, sendo ainda certo que à autoridade é sempre facultado redefinir o mercado, segundo critérios considerados mais precisos.

- A Notificação Prévia

Os autores do anteprojeto destacaram como uma das maiores inovações a serem implementadas na análise das estruturas a substituição do atual modelo de notificação — segundo o qual a mera submissão do ato de concentração às autoridades antitruste não impede a consumação da operação — pelo sistema da análise prévia. De fato, na maioria dos países em que há controle de atos de concentração, a consumação dessas operações tem, por condição suspensiva, a sua aprovação pelas autoridades de defesa da concorrência.

Atualmente, o entendimento dominante é o de que, salvo previsão contratual estabelecendo a aprovação do Cade como condição para o fechamento da operação, a condição de que trata o §7º é resolutiva – e não suspensiva. Dessa forma, as operações podem ser concluídas sem a aprovação prévia do Cade; caso esse venha a considerar um ato contrário à concorrência, deverá ordenar o seu desfazimento e regular os efeitos decorridos entre a realização da operação e a data da decisão do Conselho.

Dessa forma, em decorrência do entendimento dominante de que o §7º do artigo 54 da Lei 8.884/1994 consagra uma condição resolutiva, o anteprojeto representa um avanço ao determinar que a notificação seja prévia e, para torná-la possível, reduzir o seu tempo de análise. Cabe mencionar que a imposição de multa caso a operação seja fechada antes da autorização da autoridade constitui elemento essencial para de fato transformar em prévia a notificação de operações de concentração ora feita ao Cade.

9 PROPOSIÇÕES PARA O APERFEIÇOAMENTO DO MODELO REGULATÓRIO

Observou-se, no quadro delineado por este estudo, uma série de problemas cujo equacionamento faz-se necessário para o aprimoramento do modelo adotado em seqüência ao processo de privatização de serviços públicos. Adicionalmente, tal como sugerido na Subseção 3.3., quando se tratou da engenharia institucional para a promoção do interesse público, há uma série de princípios gerais a serem observados de modo a evitar a frustração desse objetivo. Transparência, prestação de contas, isolamento técnico, estabilidade de regras, são condições *sine qua non* para a garantia de um desenho institucional adequado de agências que se pretendem promotoras do

interesse público.[42] Vale frisar que há dois tipos básicos de agência sendo criados: há as agências de tipo I — que aplicam políticas e diretrizes de governo, representando o que no programa de Reforma do Estado apresentado em 1995 denominou-se agências executivas, muito embora não deixem de exercer importante papel regulatório de mercados — e agências do tipo II, ou de Estado — que zelam pelo cumprimento do disposto pelo Poder Legislativo. As agências regulatórias de setores de infra-estrutura privatizados são as que classicamente pertencem ao grupo II. A compreensão dessa distinção está presente na definição do processo decisório adequado a cada tipo. Para as agências do tipo I, parece funcionar bem o arranjo em que diretorias especializadas tomam decisões monocráticas em suas esferas de competência, tendo o colégio de diretores como instância recursal. Tais decisões usualmente refletem diretrizes programáticas de governo. Por sua vez, para as agências do tipo II, funciona bem o processo de decisão colegiada para as questões substantivas atinentes à regulação setorial, arranjo este que protege a agência de tentativas de pressão e captura por parte de interesses localizados. Tais decisões costumam pautar-se pela aplicação da legislação em vigor medida por parâmetros técnicos.

Observa-se que, no caso brasileiro, enquadram-se bem nessa definição conceitual a Anvisa e a ANS como agências do tipo I, enquanto a ANP e a Anatel são claros exemplos de agências de tipo II. Já a ANC em projeto não segue a mesma lógica. Como se trata de agência regulatória no sentido clássico, que zela pelo cumprimento das regras de mercado, deveria constar no projeto uma proposta de processo decisório do tipo colegiado.

Sintetizam-se abaixo as principais propostas de aperfeiçoamento do modelo regulatório brasileiro, classificando-as em proposições gerais e tópicas.

9.1 PROPOSIÇÕES GERAIS

- Deve-se evitar a banalização do conceito de agência regulatória, marco institucional importante em um novo modelo de desenvolvimento, em que o Estado passa a ocupar o papel crucial de — além de provedor de bens públicos e meritórios, como saúde e educação — orientador, fiscalizador e regulador dos mercados que apresentam falhas estruturais. Tem, ainda, a função de garantia de operação das regras de mercado.

- O atual momento abre a oportunidade para se reavaliar a adequação do marco regulatório, sem que tal discussão implique o abandono do projeto de privatização e liberalização de mercados empreendido ao longo da década de 1990. Uma das possíveis correções de rota seria rever a proliferação de agências regulatórias, com a conseqüente desarticulação de decisões em setores complementares e afins, como petróleo, gás natural, energia elétrica e águas. Ao mesmo tempo, é necessário desfazer o equívoco representado pela confusão de atribuições de agências, ora tidas por agências independentes, que aplicam tecnicamente a lei, ora vistas como agências executivas que implementam programas de governo. No primeiro caso, estamos diante de entidades do Estado, subordinadas ao controle do Legislativo e do Judiciário, com menor discricionariedade na definição de regras para o mercado,

42. Tal como discutido nas Subseções 3.2. e 3.3.

relativamente às competências ora detidas pelas agências; no segundo, estamos diante de entidades de governo, que aplicam, de forma flexível e com autonomia gerencial e financeira — fazendo uso de instrumental infralegal —, as diretrizes setoriais do programa de governo. O presente *status* das agências regulatórias no Brasil é ambíguo, pois incorpora aspectos dos diferentes conceitos de agência e configura um dos aspectos que alimentam a insegurança jurídica do setor privado.

- Assim, é preciso distinguir com clareza os dois tipos de agências criadas pela reforma de Estado empreendida pelo governo Fernando Henrique: as agências de governo (também denominadas agência executivas), que executam as diretrizes de governo, as quais comportam simultaneamente aspectos regulatórios — como a superação de falhas de mercado — e programáticos — amparados na experiência anglo-saxã, as quais aplicam a lei, na forma estabelecida pelo Legislativo. Esse tipo peculiar de agência pode ser classificado como um ente de Estado, em oposição aos entes de governo, representados pelo primeiro exemplo. Há um conjunto de medidas a serem propostas na direção do aperfeiçoamento e do aprofundamento do modelo de Estado regulador, que substituiu o Estado provedor que havia conduzido o modelo de desenvolvimento esgotado nos anos 1980. Tais medidas vão na direção de definir com clareza as atribuições, limites de competência e natureza das agências que estão sendo criadas. As especificidades e urgências do caso brasileiro levaram à fusão de atribuições, de entes de Estado e de governo, nas agências recentemente criadas. Definir com clareza suas atribuições é caminho necessário para o aprimoramento do trabalho desses entes, bem como para a criação de um ambiente de segurança jurídica, favorável ao investimento.

- A parcimônia no processo de criação de agências é princípio importante a ser observado. Justamente por sua essencialidade, como um dos alicerces do modelo de desenvolvimento que foram implantados no curso do governo Fernando Henrique, é que se torna necessário manter a coerência do modelo de implantação de agências regulatórias, voltadas para a superação de falhas de mercado que emperram o desenvolvimento. Nessa perspectiva, é preciso evitar-se a banalização do termo "agência". É fato que muitas das políticas de governo podem ser desenvolvidas com o aparato tradicional da administração direta, evitando-se, adicionalmente, a ampliação dos gastos públicos.

- Assim, entende-se que para as agências executivas, que aplicam políticas de governo, o formato adequado é aquele definido hoje para a ANS, para a ANA e para a Anvisa, nas quais as atribuições são divididas entre diretorias, que tomam decisões monocráticas, funcionando a diretoria colegiada como instância recursal. A divisão de trabalho e a especialização das diretorias permitem uma melhor qualificação e a necessária discricionariedade para a execução da agenda de políticas escolhidas pela maioria do eleitorado, ou seja, de forma afim aos princípios da democracia representativa.

- Já para as agências classicamente regulatórias — de serviços públicos privatizados, assim como para a agência de defesa da concorrência que se prenuncia — o formato adequado é o de órgão colegiado, em que as decisões de substância são tomadas por maioria, o que fortalece a necessária "impermeabilização" contra as tentativas de pressão por parte de interesses privados (ou seja, dos agentes regulados)

— assim como por interesses de governo, que eventualmente podem colidir com a aplicação da letra fria da lei e gerar insegurança de parte dos investidores privados. Evitam-se, assim, para usar a linguagem da economia política positiva, os riscos de captura, que enfraquecem o modelo de Estado regulador da atividade econômica que se quer consolidar.

9.2 PROPOSIÇÕES TÓPICAS

- Outra proposição oriunda da análise do desempenho recente das agências regulatórias no Brasil é a necessidade de articulação entre entes cujas atribuições encontram pontos de contato e mesmo de interseção. Refere-se, aqui, principalmente à área de energia (ANP, Aneel e ANA), em que são mais visíveis esses pontos de comunhão. Essas agências, por meio de legislação ou regulamentação complementar, devem evoluir no sentido de compatibilizar mecanismos de intervenção nos mercados de gás natural, assim como no uso produtivo do recurso representado pela água. Da mesma forma, é necessária a articulação entre as agências e os organismos regulatórios na esfera estadual, para garantir a compatibilidade de incentivos à iniciativa privada em todos os níveis de governo. Esta determinação aplica-se prioritariamente à área de saneamento básico, assim como à distribuição e comercialização de gás. Tal coordenação pode evoluir para a fusão das agências na área de energia.

- Uma melhor definição das competências de cada agência, de forma a que para elas convirjam decisões que hoje ainda estão a cargo de ministérios.

- A adequação de contratos e regras no caso do setor de energia elétrica.

- Necessidade de elevar o grau de recurso das decisões administrativas das agências à segunda instância de exame pelo Judiciário, ou seja, aos Tribunais.

- No que tange a telecomunicações, há necessidade premente de a Anatel incorporar a competência para regular setores de radiodifusão e televisão, sobretudo em um ambiente econômico que caminha aceleradamente para a convergência tecnológica.

- A regulação do setor de saneamento também enfrenta as questões abordadas. Além da dificuldade representada pela titularidade fragmentada entre estados e municípios, por determinação constitucional, há a urgência de se perseguir o objetivo da universalidade no acesso a esse serviço. O espaço da atuação da União, nesse particular, pode ser o de viabilizar as condições para a articulação das ações fragmentadas na direção da regulação ótima. Conforme observado na Seção 4, a organização industrial da atividade de saneamento leva à formação de monopólios naturais regionais e, neste caso, a regulação adequada é a de comparação de desempenhos (*yardstick competition*), pois a geração de incentivos à eficiência representada por tal comparação só será possível na presença de articulação entre as entidades nos diversos níveis de governo. A ANA, conforme prevê a legislação, deve reforçar sua atuação na direção de prover condições para a geração de tais incentivos.

- Outro ponto a destacar é a composição das agências regulatórias. Institucionalizar as agências, criando quadros de profissionais especializados, com os incentivos de carreira e pecuniários necessários para minorar os riscos de captura, é

fundamental para assegurar as bases de uma intervenção de longo prazo confiável do ponto de vista do investidor privado e legítima, da perspectiva do interesse público.

• Por outro lado, a competência do Executivo para indicar os titulares das agências regulatórias deve ser exercida da forma mais criteriosa possível, sempre buscando a excelência técnica nas respectivas áreas.

• É necessário reforçar-se a articulação entre políticas regulatórias, que têm na introdução e estímulo à competição o eixo de organização dos novos mercados, e a defesa da concorrência. O projeto de lei que cria a ANC, recentemente concluído pelo governo, pode ser o instrumento com o qual se estabeleça com clareza as competências, no que tange à defesa da concorrência, de agências regulatórias e autoridade antitruste. Estas deveriam incumbir-se de fornecer os elementos técnicos para a instrução de processos de condutas restritivas da concorrência e atos de concentração (fusões e aquisições). Assim, em colaboração, seriam somadas as *expertises* específicas de cada ente — antitruste e regulatório — para atingir o objetivo geral de introduzir a concorrência como parâmetro de organização dos mercados.

BIBLIOGRAFIA

BALDWIN, R., CAVE, M. *Understanding regulation — theory, strategy and practice.* Oxford: Oxford University Press, 1999.

BARROSO, L. R. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

BEESLEY, M. E. *Privatization, regulation and deregulation*. 2nd ed. New York: Routledge, 1997.

BLAIS, A., DION, S. *The budget maximizing bureaucrat: appraisals and evidence*. University of Pittsburgh Press, 1991.

BORK, R. *The antitrust paradox — a policy in war with itself.* Chicago: University of Chicago Press, 1978.

BUCHANAN, J. *Liberty, market and the state — political economy in the 1980s*. Wheatsheaf Books, 1983.

BUCHANAN, J., DWIGHT, L. Private interest support for efficiency enhancing antitrust policies. *Economic Inquiries*, v. XXX, Apr. 1992.

BUCHANAN, J., TULLOCK, G. *The calculus of consent*. Ann Arbor, University of Michigan Press, 1962.

CLARK, J. W. Competition policy and regulatory reform in Brazil: a progressive report. *OECD Journal of Competition Law and Policy*, v. 2, n. 3, 2000.

COASE, R. *The firm, the market and the law.* 1st ed. Chicago: University of Chicago Press, 1988.

_____. Economic and contiguous disciplines. *Essays in Economics and Economists,* Chicago: University of Chicago Press, 1994.

DAHL, R. *A preface to democratic theory.* Chicago: University of Chicago Press, 1956.

DEMSETZ, H. *Economic, legal, and political dimensions of competition*. 1st ed. North-Holland Publ. Co., 1982.

DIXIT, A. *Common agency and incentives in government bureaucracies.* Princeton: Princeton University Press, 1995, mimeo.

DOWNS, A. *An economic theory of democracy.* New York: Harper & Row, 1957.

DUTRA, P. A concentração do poder econômico e a função preventiva do Cade. *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo*, v. 4, n. 1, jan. 1997.

EASTERBROOK, F. H. The limits of antitrust. *Law Review,* v. 63, p. 1-40, University of Texas, 1984.

FRANCESCHINI, J. I. G. *Direito da concorrência: case law*. São Paulo: Singular, 2000.

FROMM, G. (ed.). *Studies in public regulation*. MIT Press, 1981.

GIAMBIAGI, F., GOSTKORZEWICZ, J., PIRES, J. C. L. *O cenário macroeconômico de oferta da energia elétrica no Brasil*. IPEA, mar. 2001 (Seminários DIMAC, 47).

GRINOVER, A. P. *et al. Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6ª ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HAZLETT, T. W. Interview with George Stigler. *Reason*, p. 44-48, Jan. 1984.

HELM, D., JENKINSON, T. (eds.). *Competition in regulated industries.* Oxford: Oxford University Press, 1998.

HERMALIN, B. *An introduction to mechanism design*. UC Berkeley, 1993, mimeo.

IDEC. *A posição do Idec sobre a consulta pública de anteprojetos de leis que criam a Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência, alteram e acrescentam dispositivos às leis que mencionam,* disponível em www.uol.com.br/idec/campanhas/not1411032000.htm

JOHNSON, R., LIBECAP, G. *The federal civil service system and the problem of the bureaucracy: the economics and politics of institutional change.* Chicago: University of Chicago Press, 1994.

KOLKO, G. *Railroads and regulation 1877-1916*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1965.

LAFFONT, J. J., TIROLE, J. *A theory of procurement and regulation.* MIT Press, 1993.

LEVY, B., SPILLER, P. *The institutional foundations of regulatory commitment: a comparative analysis of telecommunications regulation.* June 1994, mimeo.

MARGOLIS, J. Comment on Niskanen. *Journal of Law and Economics,* v. 18, n. 3, p. 645-659, 1975.

McCHESNEY, F. S *et alii*. Be true to your school: the Chicago's contradictory views of antitrust and regulation. *Cato Journal,* v. 10, Spring 1991.

McCHESNEY, F., SHUGHART, W. *The causes and consequences of antitrust: the public choice perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1995.

MITCHELL, W. C., SIMMONS, R. *Beyond politics — market, welfare and the failure of bureaucracy.* The Independent Institute, Westview Press, 1994.

MUELLER, D. C. *Public choice II.* Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

NEVEN, D., NUTTALL, R., SEABRIGHT, P. *Merger in daylight —the economics and politics of European merger control*. CEPR, 1993.

NISKANEN, W. *Bureaucracy and representative government*. Chicago and New York: Aldine Atherton, 1971.

NOLL, R. Economics perspectives on the politics of regulation In: SCHMALENSEE, R., WILLIG, R. (eds.). *Handbook of Industrial Organization.* Elsevier , 1989.

_____. The politics of regulation. In: SCHMALENSEE, R., WILLIG, R. (eds.). *Handbook of Industrial Organization,* v. 2, 1992.

NUNES, E. *O quarto poder — gênese, contexto, perspectivas e controle das agências regulatórias.* Out. 2001, mimeo.

OECD. *Enhancing the role of competition in the regulation of banks*. 1998 (Series Roundtables on Competition Policy, 17).

_____. *Relationship between regulator and competition authorities*. Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, Commitee on Competition Law and Policy (Daffe/CLP), 1999.

_____. *Mergers in financial services.* Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, Commitee on Competition Law and Policy (Daffe/CLP), 2000.

OLSON, M. *The logic of collective action.* Cambridge: Harvard University Press, 1965.

PELTZMAN, S. Towards a more general theory of regulation. *Journal of Law and Economics*, v. 19, n. 2, p. 211-240, Aug. 1976.B

_____. The economic theory of regulation after a decade of deregulation. *Brookings Papers on Economic Activity — Microeconomics*. Brookings Institution, 1989.

PIRES, J. C. L., GOLDSTEIN, A. *Reestruturação competitiva e regulação nos setores de energia elétrica e de telecomunicações.* Rio de Janeiro: Instituto de Economia, UFRJ, 1999*a* (Tese de Doutoramento).

_____. *Políticas regulatórias no setor de energia elétrica: a experiência dos Estados Unidos e da União Européia.* Rio de Janeiro: BNDES, 1999*b* (Texto para Discussão,73).

_____. O processo de reformas do setor elétrico. *Revista do BNDES*, v. 6, n. 12, dez. 1999*c*.

_____. *Desafios da reestruturação do setor elétrico.* Rio de Janeiro: BNDES, mar. 2000 (Texto para Discussão, 76).

_____. Agências reguladoras brasileiras: avaliação e desafios. *Revista do BNDES,* Rio de Janeiro, v. 8, n. 16, dez. 2001.

PIRES, J. C. L., PICCINI, M. S. A regulação dos setores de infra-estrutura no Brasil. In: GIAMBIAGI, F., MOREIRA, M. (orgs.). *A Economia Brasileira nos Anos 90*. Rio de Janeiro: BNDES, 1999.

POSNER, R. Theories of economic regulation. *The Bell Journal*, v. 5, n. 2, p. 335-359, Autumn 1974*a* .

_____. *The economic analysis of law.* Chicago: University of Chicago Press, 1974*b*.

_____. Antitrust law, an economic perspective. Chicago: University of Chicago Press, 1976.

_____. The social cost of monopoly and regulation. *Journal of Political Economy,* v. 83, n. 4, p. 807-827, 1975.

POSNER, R., LANDES, D. The independent judiciary in an interest-group perspective. *The Journal of Law and Economics,* v. 83, n. 4, Aug. 1975.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Brasília: Câmara da Reforma do Estado, 1995. Disponível em www.planalto.gov.br.

_____. *Preparando o Brasil para o século XXI*. Brasília, 2001.

ROZANSKI, G., RUBINFELD, D. Mergers and other competition policy issues in *Banking, an Appendix to the United States Submmission to the OCDE Competition Law and Policy 1998* (Working Paper, 2).

ROUSSEAU, J.-J. *O contrato social.* Lisboa: Europa-América ed., 1981.

SALGADO, L. H. *A economia política da ação antitruste*. São Paulo: Singular, 1997.

_____. Política de concorrência e estratégias empresariais: um estudo da indústria automobilística. *Perspectivas da Economia Brasileira 1994.* Rio de Janeiro: IPEA, 1993.

SERRA, J. Regulação e defesa da concorrência no Brasil do novo século — *seminário internacional sobre regulação e concorrência*. Rio de Janeiro: IPEA, out. 2001.

SCHUMPETER, J. Capitalismo, socialismo e democracia. Rio de Janeiro: Zahar, 1942 (ed. bras. 1984).

_____. Capitalism, society, and democracy. New York: Harper & Row, 1976.

SMITH, W. *Utility regulators: roles and responsabilities. The World Bank, Public Policy for the Private Sector.* 1997 (Viewpoint, 128).

SOUTO, M. J. V. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*. 3ª ed. atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000.

STIGLER, G. *The organization of industry*. Chicago: University of Chicago Press, 1968.

_____. The theory of economic regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science,* v. 2, n. 1, p. 1-21, Spring 1971.

SUNDFELD, C. A. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, C. A. (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

VALOIS, C. *Regulamentação e operacionalização do livre acesso a dutos e terminais de petróleo e derivados*. Rio de Janeiro: IPEA, Seminário Internacional de Regulação e Concorrência, out. 2001.

VARIAN, H. *Microeconomics analysis*. Norton, 1992.

VISCUSI, W. K., VERNON, J. M., HARRINGTON, J. E. *Economics of regulation and antitrust*. D.C. Heath and Co., 1992.

WILLIAMSON, O. *The politics and economics of redistribution and inefficiency*. Berkeley: University of California, 1994, mimeo.

WITTMAN, D. *The mith of democratic failure*. Chicago: University of Chicago Press, 1995.

YANDLE, B. The positive economics of antitrust enforcement. In: McCHESNEY, F. S., SHUGHART, W. F. (eds.). *The causes and consequences of antitrust — the public choice perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1995.

ZANELLA DI PIETRO, M. S. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2000.