

O papel das agências reguladoras no Brasil

Luiz Guilherme Schymura

Pesquisador do Instituto Brasileiro de Economia – IBRE ✓

I – Considerações iniciais

Como sabemos, no moderno capitalismo – em que as firmas são as responsáveis pela oferta de bens e serviços –, o Estado tem assumido crescentemente um papel mais expressivo na criação de processos normativos para a atuação das empresas. Não importa, no caso, se a estrutura do capital social da empresa é pública ou privada.

Embora muitas vezes não seja percebida, a regulação do Estado está muito presente no nosso cotidiano. Vivemos em casas e apartamentos cuja construção, do zoneamento ao uso de materiais e padrões de segurança, deve respeitar determinadas normas. Os alimentos que consumimos respeitam extensa regulamentação, desde especificações para o uso de fertilizantes, corantes e hormônios até as informações que devem ser disponibilizadas na embalagem. Muitos dos serviços

que utilizamos no nosso dia a dia têm os seus preços e padrões de qualidade estabelecidos pelo Governo. De fato, ao longo dos últimos cem anos, houve crescimento expressivo da interferência do Estado nas relações privadas entre empresas e consumidores.

Evidentemente, o exercício desse papel pelo Estado se torna um desafio normativo gigantesco, já que se baseia no conceito de bem-estar coletivo, de difícil identificação. Afinal, para regular as empresas é necessário entender de que forma elas podem contribuir para o bem-estar da sociedade.

Na verdade, a dificuldade de se definir bem-estar social vem de longa data, e sempre foi um problema para os teorizadores, formuladores e executores da regulação dos mercados na sociedade capitalista.

Ciente do problema, Mike Feintuck faz uma boa síntese do problema regulatório: “Na ausência de uma explicação clara dos objetivos essenciais da regulação, haverá dificuldades em identificar o que constitui uma intervenção bem-sucedida, e, por conta disso, problemas em defender a legitimidade de instituições encarregadas de buscar o interesse público.”¹

O texto apresenta mais duas seções. Na segunda, tratarei da evolução do modelo regulatório à luz da teoria econômica, do final do século XIX até os dias de hoje. Destacando três momentos. Um primeiro período, no qual a tônica do Estado era corrigir o que veio a se chamar de falhas de mercado. Um segundo, em que se compreendeu o risco do regulador ser capturado pela agenda de grupos de pressão. Por fim, abordarei a importância das instituições, isto é das regras do jogo em um ambiente regulatório.

Na seção final, tratarei da experiência brasileira com as agências reguladoras, concluindo com o que acho que deva ser o mandato de uma agência reguladora no Brasil.

2 – Histórico da teoria da regulação

2.1 – Uma teoria normativa: correção das “falhas de mercado”

A economia de mercado foi cedo identificada pelos economistas clássicos como uma poderosa ferramenta de promoção da prosperidade, através da competição e da divisão de trabalho. Para funcionar, pressupõe-se um mercado composto por empresas que fornecem bens e serviços para consumidores que transacionam livremente e que podem escolher o que comprar e de quem comprar. Além do que, novas companhias podem vir a ingressar no mercado com custos relativamente baixos.

Evidentemente, no mundo real, nem sempre tal contexto se observa. Por diferentes razões, as empresas muitas vezes adquirem o chamado poder de mercado, através do qual restringem a competição e aumentam seus ganhos por meio da elevação do preço de venda.

A percepção sobre o problema, levou ao entendimento de que é aceitável restringir a ação das empresas em determinadas situações, mesmo que isto represente o estabelecimento de limites à livre iniciativa. É curioso e instrutivo que tenha surgido nos Estados Unidos, o país da livre iniciativa por excelência, a primeira legislação federal de restrição ao poder de mercado das empresas. O Sherman Antitrust Act, aprovado pelo Congresso americano em julho de 1890, permitiu ao governo federal questionar legalmente e dissolver os chamados

trustes. O Sherman Act, com isso, buscava solucionar problemas de poder de mercado associados à concentração da produção nas mãos de poucos vendedores.

Aqui abrirei um breve parêntese. Gostaria de reforçar o entendimento de que a simples presença do setor privado não implica no fato do mercado estar “funcionando bem”. Aqui no Brasil às vezes parece haver uma leitura de que nos transformaremos em uma economia de mercado na medida em que a produção e as prestações de serviços estejam todas nas mãos do setor privado. Como se o setor privado fosse a solução de todos os problemas. Na verdade, por tudo que já li, vivi e estudei a solução é a competição.

Com o tempo, porém, verificou-se que não era apenas o poder de mercado oriundo da concentração da produção o problema. Havia outras situações em que a intervenção do Estado se fazia necessária. A ação do Estado deveria ocorrer quando se verificasse o que veio a ser denominado de “falhas de mercado”. Seriam três as principais a serem “corrigidas”:

Poder de mercado – Os monopólios e os oligopólios, os vendedores veem crescer seu poder de barganha em relação aos compradores, na medida em que são poucos a ofertar o produto. Nesse caso, cabe ao Estado-regulador derrubar barreiras para favorecer a entrada de novos competidores na oferta de bens e serviços. Caso não seja viável, o regulador deve criar regras de conduta que impeçam, ou ao menos minorem, o uso de tal poder de mercado. Esta é a realidade em setores nos quais as economias de escala são muito significativas: telecomunicações, distribuição e transmissão de energia elétrica, distribuição de água e esgoto.

Externalidades – Que podem ser tanto positivas, como as inovações agrícolas, quanto negativas, como a poluição. A teoria econômica sugere que é justificável a intervenção estatal no estímulo às boas externalidades e na coibição ou controle das ruins.

Informação imperfeita – A assimetria de informação configura um tipo de falha de mercado no qual um dos lados de determinada transação se beneficia pelo fato de conhecer melhor e em mais detalhes o produto comercializado. Por conta disso, o conhecimento superior pode causar prejuízos à contraparte. Exemplos típicos de assimetria de informação ocorrem com medicamentos, em que o natural desconhecimento científico do cidadão comum pode criar riscos a sua saúde, outros exemplos seriam as apólices de seguro e os produtos financeiros complexos, em que o cliente, pessoa física, dificilmente tem condição de compreender minúcias importantes do que adquiriu. Em todos esses casos, o papel da regulação é claro, com o Estado preenchendo a lacuna de conhecimento da parte mais vulnerável na transação.

Entendidas as falhas de mercados, o papel do Estado, como o regulador no caso, passou a ser corrigi-las. Essa prática, que contorna a espinhosa tarefa de definir detalhadamente o bem-estar coletivo, parte da premissa de que o mercado competitivo perfeito contempla de forma ótima o equilíbrio entre a busca do interesse particular e a construção do bem coletivo. Resta ao regulador, portanto, fazer com que o mercado funcione adequadamente, isto é, aproxime-se de um mercado perfeitamente competitivo.

Para isso, ele tem a seu dispor uma farta literatura microeconômica com os remédios apropriados para sanar as falhas de mercado. O regulador, portanto, é fundamentalmente um técnico, que corrige as

ditas “falhas de mercado”. O foco da regulação, nesse caso, passa a ser a eficiência alocativa no uso dos recursos, a chamada agenda da eficiência econômica.

Há uma curiosidade. Evidentemente, ao se corrigir uma falha de mercado, empresas que se valiam do poder de mercado, ou de externalidades, ou ainda do uso de informação privilegiada, enfim das ditas “falhas de mercado” se veem prejudicadas. Naturalmente, não ficam nada satisfeitas com a ação regulatória. Mas, ao longo dos anos, mais precisamente do século passado, o que se construiu dentro das sociedades foi o entendimento de que o lucro auferido com o uso de tais práticas não é bem acolhido. Em outras palavras, é indefensável que o lucro seja oriundo da exploração de uma falha de mercado. O que dá ao responsável pela regulação maior respaldo ao tentar coibir tais ações.

2.2 – Uma teoria positiva: os anos 1970

Essa abordagem da regulação, porém, começou a ser contestada a partir da década de 1970, em decorrência de novos avanços da literatura econômica. Em particular, o trabalho de George Stigler, da Universidade de Chicago, agraciado com o Nobel de Economia em 1982, colocou em questão a neutralidade do regulador que busca corrigir falhas de mercado. Segundo Stigler, uma vez que qualquer regra tem como contrapartida uma transferência de renda, instaura-se de imediato a suspeição da captura do regulador pelos diferentes grupos de pressão da sociedade.

A título de exemplo, não há dúvida de que uma atividade industrial poluidora deva ser regulamentada. Afinal, no caso, existe uma clara falha de mercado: a externalidade negativa que a poluição gera. O nível de exigência da lei de proteção ambiental, porém, será objeto de de-

bate em que grupos de interesse certamente tentarão fazer prevalecer suas posições. De um lado, fabricantes de equipamentos antipoluição defenderão padrões mais rígidos de controle, enquanto que no lado contrário estará o setor que polui sugerindo menos restrições.

No caso, a visão de que o regulador vai arbitrar o nível ótimo de transferência do ponto de vista econômico e social recai na ingenuidade de imaginar tecnocratas invulneráveis às pressões de captura. Interesses econômicos, sociais e políticos estarão a cada momento pautando essas decisões, e a regulação não terá como ignorar o poder dos *lobbies*.

A compreensão de que o regulador não é neutro e está vulnerável à captura colocou em xeque a visão predominante que privilegiava a correção das falhas de mercado. A questão por detrás de toda a regulação, que é definir o interesse público, já não podia mais ser contornada pela simples aplicação, em termos normativos, do conhecimento da microeconomia sobre monopólios, assimetria de informações etc.

Esse avanço fez com que a redoma técnica na qual a regulação se abrigou durante décadas fosse irremediavelmente aberta para a problematização política. Diferentemente da abordagem das falhas de mercado, os trabalhos sobre captura, a partir de Stigler, não fornecem uma resposta simples para a construção de uma teoria normativa da regulação.

2.3 – O papel das instituições

Outra contribuição importante da literatura econômica que merece ser mencionada para entendermos a evolução da regulação no Brasil diz respeito ao papel das instituições. Estas são definidas, segundo Douglass North – agraciado com o Prêmio Nobel em Economia em

1993 – como “restrições que criamos para organizar nossas interações políticas, econômicas e sociais”,² seriam as regras de conduta, as popularmente conhecidas regras do jogo.

Existem dois aspectos que merecem ser mencionados quando falamos de instituições. O primeiro é que o papel delas (das instituições) ganhou tamanha relevância na compreensão do desenvolvimento econômico que dois renomados pesquisadores, Daron Acemoglu e James Robinson, lançaram um livro, em 2012, intitulado *Why Nations Fail (Por que as nações fracassam)* em que defendem uma tese ousada: vinculam o desenvolvimento dos países diretamente à qualidade de suas instituições. Em outras palavras, a obra põe a presença de instituições adequadas como espinha dorsal do processo de desenvolvimento de um país. Um segundo aspecto importante relativo às instituições, foi identificado por Douglass North. Segundo ele, mudanças institucionais, ou seja a alteração nas regras do jogo, não se implementam da noite para o dia. Há todo um processo de reflexão, amadurecimento e experimentação que precede as mudanças e avanços institucionais.

As teorias de North, na verdade, começaram a ter grande projeção após o colapso da União Soviética. O rápido processo de transição soviético para o capitalismo resultou, entre outros problemas, em um modelo de privatização mal planejado, que gerou – na visão de muitos – uma classe de oligarcas. Em outras palavras, na falta de instituições amadurecidas pelo tempo que lidassem adequadamente com os desafios da transição ao capitalismo, os novos arranjos socioeconômicos soviéticos foram criados ao sabor de grupos de pressão e interesses espúrios.

Um aspecto interessante da questão institucional – que vale mencionar também – é o de que elas podem ser formais ou informais.

Frequentemente uma nova legislação é aprovada, mas não posta em vigor, o que no Brasil é conhecido como as leis que “não pegam”. Mas o caso contrário também ocorre, quando instituições que não foram formal ou legalmente sancionadas “pegam”, isto é, são consolidadas e respeitadas.

Um vídeo curioso ilustra esse contraste: um sinal de trânsito em São Petersburgo (que havia sido instalado havia pouco quando o filme foi feito, como uma novidade institucional), que ninguém respeita, e que leva a desastres frequentes no cruzamento; e tomadas de trânsito ordeiro em Nova Deli, mesmo em cruzamentos desprovidos de semáforos. Neste segundo caso, um sistema informal que permite aos motoristas atravessar o cruzamento sem se chocarem uns com os outros foi desenvolvido, o que não deixa de ser um avanço institucional.³

Todos esses avanços no entendimento da importância das instituições, e da forma gradativa e por vezes penosa pela qual elas nascem, se consolidam e adquirem legitimidade social e política devem ser levados em consideração quando se reflete sobre o tema da regulação. Assim, qualquer mudança na forma como opera o Estado-regulador não pode ignorar a organização institucional em vigor no país em questão. Por isso, sempre que se pensa em uma sociedade específica, e no que pode ser mudado ou aperfeiçoado na sua regulação, é fundamental incluir na reflexão a história e o arcabouço das instituições regulatórias já existentes.

3 – O Estado-regulador: o caso das telecomunicações brasileiras

3.1 – A experiência institucional da regulação

As telecomunicações representam uma experiência interessante, e útil, para a compreensão da evolução do marco regulatório e do arcabouço institucional neste processo, no Brasil.

Durante boa parte dos anos 1990, os serviços de telefonia no Brasil, grosso modo, eram providos pelas empresas estatais: Telebrás e Embratel. A telefonia fixa, em particular, apresentava as seguintes características: as tarifas eram controladas pelo Governo, e, por vezes, desempenhavam papel importante na política anti-inflacionária; com tarifas baixas, a receita gerada pelas empresas não era suficiente para investir. Por conta disso, a única possibilidade para ampliar a planta de telefonia seria contar com aportes de recursos do Tesouro, que por limitações orçamentárias não se materializava.

Dessa forma, no final da década de 1990, ao se optar pelo modelo de concessão da prestação dos serviços, o grande desafio passou a ser convencer os investidores, especialmente internacionais, a aportar recursos no setor, uma vez que a planta de telefonia necessitava de expansão e modernização. Era necessário, portanto, deixar claro que as regras do jogo não seriam desrespeitadas, isto é, havia uma nova institucionalidade. Existia, entre outros, o receio de que se mantivesse a política de congelamento de tarifas como instrumento de combate à inflação. Não podemos esquecer que embora a inflação não fosse alta, também não era nula. Por isso, o reajuste anual era necessário.

Foi com o intuito de dar garantias ao investidor que o Governo FHC criou a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Desse modo, com a desestatização, empresas privadas passaram a prestar o serviço e a regulação foi entregue à Anatel. Com isso, o Governo federal deixou de ter papel hegemônico no setor de telecomunicações.

Naturalmente, esse novo modelo não foi aprovado na calada da noite. Ele foi precedido por intensos debates, no Congresso Nacional, na imprensa, nas universidades, enfim em todas as organizações que se viam afetadas pela mudança. O resultado final foi a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472). Formalmente, estava estabelecido o modelo pelo qual o setor privado passaria a fornecer o serviço e uma agência independente de Estado, não de Governo, o regularia.⁴

No dia a dia da sociedade, porém, o novo modelo não foi devidamente digerido. A questão da independência das agências, em particular, veio à baila no início do Governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em fevereiro de 2003, quando ele teria declarado que “o poder político havia sido terceirizado”. A motivação do comentário, que claramente colocou em questão a autonomia das agências, seria a de que a Presidência da República era informada do reajuste dos preços administrados pelos jornais. Não podemos esquecer que aquele era um momento conturbado, a inflação estava rodando na casa de quase 20% ao ano.

Na verdade, o Presidente Lula rapidamente compreendeu que as reclamações e a enorme pressão que recebia, por conta do modelo de agências independentes, representava um problema político, e não apenas técnico. Afinal, a mudança institucional não estava ainda consolidada. A Lei Geral das Telecomunicações não havia ainda sido assimilada por completo, e o presidente da República, como suprema

autoridade do Executivo, não tinha como se esquivar da questão – ainda que, formalmente, dela tivesse sido afastado. Além do que, o Presidente Lula não se via comprometido com o modelo das agências, uma vez que a mudança institucional havia sido consumada no Governo anterior, um Governo de oposição.

Essa situação lembra um pouco o exemplo citado dos cruzamentos em São Petersburgo e Nova Deli. O isolamento do reajuste das tarifas do poder presidencial foi uma instituição formalmente criada, mas que não havia “pegado” até o ano de 2004. Na verdade, as mudanças institucionais ocorrem de forma lenta e gradual, é um processo do vai “pegando”.

No entanto, creio que hoje o modelo de agências reguladoras já está em uma fase mais madura, ou seja, se não pegou está quase pegando. Acho que o que está faltando, na verdade, é um entendimento mais claro de qual deveria ser seu mandato.

3.2 – O mandato das agências reguladoras

Antes de sugerir o que uma agência reguladora deveria ter como delegação, creio ser interessante apresentar algumas diferenças que reputo marcantes na abordagem norte-americana e brasileira no que diz respeito às institucionalidades que são peculiares a cada uma dessas sociedades.

Experiências Comparadas

Um exemplo característico que representa de forma clara a diferença de modelos institucionais Brasil/Estados Unidos diz respeito à cobrança da prestação do serviço de telefonia fixa. Na conta mensal,

pagamos um valor fixo para ter a linha disponível para fazer e receber ligações, este valor é denominado tarifa de assinatura, existe também, além da assinatura, uma cobrança adicional, variável, que é função dos minutos falados em ligações realizadas. Do ponto de vista da eficiência econômica, o ideal é que se cobre a tarifa pela assinatura, e nada pelos minutos falados nas ligações realizadas, uma vez que o custo marginal de uma ligação telefônica é praticamente nulo. Em outras palavras, a operadora incorre em custo quando mantém a linha disponível para completar uma ligação. No entanto, estando a linha disponível, não há custo adicional quando se faz ou se recebe uma chamada. Assim, uma vez que a linha está em operação e não há custos para a operadora completar uma chamada, por quê não fazê-la, ou seja, completar a chamada sem ônus para o usuário?

No Brasil, porém, por questões distributivas, esse arcabouço eficiente não foi adotado. Não era possível ter um sistema no qual todo o ônus incidisse apenas na assinatura, já que amplas faixas da população mais carente seriam excluídas do serviço. Dessa forma, optou-se pelo modelo no qual a receita da concessionária vem tanto da assinatura quanto da cobrança dos minutos falados. Assim, poderia ser cobrada uma tarifa de assinatura menor, tendo em vista existir receita advinda da tarifa de minutos falados. Esta opção acaba levando a contas com valores mais elevados para o grupo das pessoas de maior poder aquisitivo, uma vez que elas fazem muitas ligações; e a contas mais baratas para a população menos abastada, já que esta usa o telefone quase que exclusivamente para receber chamadas.

O modelo adotado nos Estados Unidos é o da cobrança da tarifa de assinatura, apenas, isto é, só se cobra pela assinatura e o usuário fala à vontade sem arcar com custo adicional. O modelo americano, portanto, está alinhado com o princípio da eficiência econômica. Mas,

é bom deixar claro que isso não quer dizer que os Estados Unidos ignorem os problemas enfrentados pelas populações carentes para obter o acesso aos serviços de telecomunicações. A solução encontrada foi a constituição do fundo de universalização, no caso, os recursos que alimentam o fundo, isto é que financiam os menos favorecidos são provenientes do caixa geral da União.

Sem entrar no mérito dos aspectos morais e de justiça social, existem mecanismos de transferência de renda que são menos nocivos à eficiência econômica, como o que vimos no caso americano. A questão é: por que para subsidiar uma classe de usuários se faz uso no Brasil de um sistema de tributação tão distorcido?

Aparentemente, a resposta a pergunta está associada à constatação de que os mecanismos de transferência de renda menos danosos à eficiência econômica estão esgotados. Assim, dada a institucionalidade brasileira e a necessidade arrecadatória do Estado, o que fica claro é que qualquer novo programa de benefício a um grupo de consumidores exige o uso de instrumentos fiscais que levam à perda significativa na eficiência alocativa.

O exemplo ilustra a dificuldade no Brasil de se definir uma agenda de trabalho para o Estado-regulador, o esgotamento dos mecanismos de arrecadação do Estado brasileiro obriga que, a cada novo programa de transferência de renda, se crie um mecanismo específico para financiá-lo, com perda de eficiência econômica.

3.3 – O mandato das Agências Reguladoras

Como ficam as agências – Por conta disso, parece claro que deve ser vista com muita cautela a ideia de que um corpo de técnicos

com mandato de tempo fixo possa não só fiscalizar como também formular a política para os setores de serviços públicos. Ainda mais considerando que são titulares de funções públicas que não chegaram aos seus postos pelo voto, mas sim pela indicação do Executivo e sabatinados pelo Senado Federal. Para voltar ao exemplo anterior, que legitimidade política têm os técnicos não eleitos pelo voto para tomar uma decisão distributiva como a de tarifar mais pela assinatura ou pelos minutos falados?

Na minha opinião a resposta é simples, uma vez que os técnicos não estão preparados nem são investidos para determinar os valores e princípios que nortearão a regulação no Brasil. Toda decisão que envolva a definição do modelo tem um componente distributivo, que colocará em campos antagônicos as diferentes empresas do setor, ou as empresas e os consumidores, ou ainda o Governo e as empresas. Compete ao Executivo, eleito pelo voto, dirimir estes dilemas distributivos, escolhendo o rumo, as diretrizes gerais e definindo o processo de implantação do modelo, inclusive em seus detalhes.

As agências, por sua vez, fazendo uso do conhecimento dos seus profissionais e da sua capacidade de pesquisa, têm a incumbência de fornecer ao governo todos os subsídios técnicos necessários para que a autoridade ungida pelo voto popular tome aquelas decisões. Assim, no momento de licitar outorgas para prestação de serviços públicos ou para o uso de recursos públicos escassos, o Governo saberá, por meio das agências, quais as vantagens e desvantagens a serem criadas com esta ou com aquela venda de outorga. A decisão política, no entanto, será do Executivo.

Uma vez estabelecido e detalhado o plano de ação, compete também às agências fiscalizar o cumprimento dos contratos firmados com

o Executivo, tanto no que diz respeito ao setor público quanto às empresas privadas envolvidas no setor. Em outras palavras, quem define as regras do jogo é o Executivo, mas quem, ao desempenhar o papel de fiscal, obriga a que elas sejam cumpridas é a agência. Assim, as regras devem ser estabelecidas de forma clara pelo Executivo para que não deem margem a dúvidas de interpretação pela agência, investidores e consumidores. Além do que, a agência tem de ser responsável pela estabilidade das regras, isto é, não deve permitir que nenhum dos partícipes do contrato – Governo, consumidores e empresas – altere qualquer cláusula sem a expressa concordância de todas as partes envolvidas.

Além disso, há outro aspecto que merece ser mencionado, não há dúvida que quanto menor for o conteúdo político do mandato da agência reguladora, menor será o interesse e as pressões que partidos e outros grupos de interesse exercerão sobre ela. Quanto mais atribuições políticas se deem às agências, mais os políticos se interessarão pelos mandatos fixos de seus dirigentes, o que é lógico e compreensível.

O caminho, portanto, no meu entender, é claro: as agências devem se limitar a fornecer embasamento técnico para as definições políticas do setor e a fiscalizar o cumprimento dos contratos. Mesmo isto, no entanto, não garantirá que as atividades da agência estejam 100% isoladas da ação do poder político.

Notas

1 BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. Regulatory rationales beyond the economic. In: _____. *Oxford handbook of regulation*. United Kingdom: Oxford University Press, 2010. p. 43 : “In the absence of clear explication of the substantive objectives for public interest regulation, there will be difficulties in identifying what constitutes successful intervention, and hence problems with defending the legitimacy of institutions charged with pursuit of the public interest.”

2 “Humanly devised constraints that structure political, economic and social interactions.”

3 Ver <<http://www.youtube.com/watch?v=H2JFL1Sk21Y> Rússia, São Petersburgo> e <<http://www.youtube.com/watch?v=WU8hilbN9Y> Índia>.

4 Assim, o Governo deixou, concomitantemente, de prover os serviços, e de ser o responsável pela regulação do mercado, atribuição transferida à Anatel. O setor de telecomunicações foi o que sofreu a maior mudança institucional. No setor de energia, Furnas e Eletrobrás continuaram estatais e no de petróleo, a Petrobras continuou com uma forte participação pública em seu capital social. Por isso, o setor de telecomunicações foi o que sofreu a mudança institucional mais radical.

Palestra pronunciada em 25 de junho de 2013