

Tribunal de Contas da União
Instituto Serzedello Corrêa

O PAPEL DO CONTROLE EXTERNO NA REGULAÇÃO DE SERVIÇOS
DE INFRA-ESTRUTURA NO BRASIL

Marcelo Bemerguy

Brasília - DF
2004

MARCELO BEMERGUY

O papel do controle externo na regulação de serviços de infra-estrutura no Brasil

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Controle Externo - Área de Regulação de Serviços Públicos Concedidos.

Orientador: Helder Pinto Queiroz Júnior

Brasília, DF

2004

Marcelo Bemerguy

O PAPEL DO CONTROLE EXTERNO NA REGULAÇÃO DE SERVIÇOS DE
INFRA-ESTRUTURA NO BRASIL

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Controle Externo - Área Regulação de Serviços Públicos Concedidos, Curso de Pós-Graduação em Controle Externo, Instituto Serzedello Corrêa, Tribunal de Contas da União. Comissão julgadora composta por:

Helder Pinto Queiros Júnior

Orientador

Maurício de Albuquerque Wanderley

Membro

Marcelo Barros Gomes

Membro

Brasília, DF, 30 de novembro de 2004.

Agradeço muito especialmente ao Marcelo Barros Gomes pela leitura atenta, pelos insights e pela orientação metodológica, que foram fundamentais para a consecução deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho discute o impacto do Controle Externo promovido pelo Tribunal de Contas da União sobre a estabilidade do sistema regulatório brasileiro no setor de infra-estrutura, visto que o controle pode subtrair a desejável autonomia dos entes reguladores. O que se demonstra aqui é que tanto por fatores conjunturais – relacionados ao histórico das reformas promovidas na década de 90 – quanto por fatores estruturais – inerentes ao modelo regulatório baseado na delegação de poder decisório do núcleo político para o núcleo burocrático –, os mecanismos de Controle Externo contribuem positivamente para legitimar os atos regulatórios e para sinalizar estabilidade de regras e previsibilidade de decisões. Esses resultados são desejáveis e ajudam na construção de percepções favoráveis aos agentes econômicos, uma vez que podem mitigar comportamentos oportunistas e arbitrários por parte dos reguladores. Além disso, a ação de controle gera informação e pode subsidiar a ação de grupos de pressão diversificados, reduzindo o desequilíbrio do jogo regulatório.

SUMÁRIO

RESUMO	i
1 INTRODUÇÃO	1
2 AS REFORMAS NO BRASIL	3
2.1 UM BREVE HISTÓRICO DAS REFORMAS	3
2.2 PREMISSAS ORIENTADORAS DAS REFORMAS	5
2.3 A DINÂMICA DAS REFORMAS	7
3 OS MARCOS REGULATÓRIOS	10
3.1 SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES	10
3.2 SETOR DE ENERGIA ELÉTRICA	13
3.3 SETOR DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL	16
3.4 SETOR DE RODOVIAS	18
3.5 SÍNTESE MULTISETORIAL	20
4 DESAFIOS DO REGULADOR E DO CONTROLE	22
5 JUSTIFICATIVAS PARA O CONTROLE	26
5.1 HISTÓRICO DO CONTROLE EXTERNO DA REGULAÇÃO	30
5.2 ABORDAGEM E AMBIENTE DE CONTROLE	31
5.2.1 OBJETIVOS	31
5.2.2 DIMENSÕES	32
5.2.3 TEMPO	33
5.2.4 VANTAGENS COMPARATIVAS	33
5.2.5 ADERÊNCIA AOS PADRÕES INTERNACIONAIS	34
5.2.6 PERSPECTIVAS	34
5.2.7 EXTERNALIDADES	35
5.3 JUSTIFICATIVAS JURÍDICAS PARA O CONTROLE	35
5.4 RESULTADOS DA ATUAÇÃO DO TCU	37
5.4.1 NORMAS, REGULAMENTOS E CONTRATOS	38
5.4.2 MANDATO	38
5.4.3 AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA	38
5.4.4 CAPACIDADE REGULATÓRIA	39
6 CONCLUSÃO	40
BIBLIOGRAFIA	42

1 INTRODUÇÃO

As reformas dos setores de infra-estrutura¹ no Brasil na década de 90 podem ser traduzidas, em grande medida, pela redução da intervenção estatal direta no provimento de serviços públicos – e mesmo de outras atividades econômicas – ora pela saída pura e simples do Estado, ora pelo aumento da participação de firmas privadas em setores antes reservados ao monopólio estatal. Dois importantes instrumentos foram utilizados para levar a cabo essa estratégia: as *privatizações* – a transferência da propriedade estatal de firmas – e as *delegações*² da prestação de serviços públicos.

Tais reformas foram justificadas com base em argumentos relacionados à escassez de recursos públicos para financiar a manutenção e a expansão dos serviços, bem como pela crença de que os agentes privados delegados imprimiriam maiores ganhos de eficiência na gestão da oferta dos serviços públicos (IPEA, 1997).

Nesse novo contexto, duas questões se tornariam imperativas: (i) assegurar o ingresso de investimentos privados, principalmente para expandir as redes de infra-estrutura e (ii) manter um adequado nível de controle estatal sobre a oferta dos serviços. As duas questões estão essencialmente ligadas ao grau de confiabilidade dos ambientes político e econômico e à existência de uma matriz institucional capaz de estruturar a relação entre Estado e mercado. Para isso, o Estado reorganizou suas estruturas administrativas, a fim de coordenar e incentivar a oferta dos serviços ao invés de provê-los diretamente.

Essa nova matriz institucional consolidou-se, em regra, na forma de autarquias especiais, denominadas agências reguladoras. Desde a criação dessas instituições, muito se argumentou que deveriam gozar de prerrogativas especiais para conseguir administrar interesses de grupos antagônicos envolvidos no jogo regulatório, inclusive os interesses do próprio governo. A autonomia, a independência, a

¹ Neste trabalho, serão analisados os arranjos institucionais dos setores de energia (eletricidade, petróleo e gás), telecomunicações e rodoviários.

² Por meio dos instrumentos de delegação, a Administração pode transferir a responsabilidade pelo provimento de determinados serviços públicos a terceiros, sem, contudo, transferir a titularidade de tais serviços. O principal instrumento de delegação utilizado no Brasil é a concessão, feita pelo poder concedente, mediante licitação, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado (TCU, 1998).

competência técnica e a capacidade de obter informações sobre o setor regulado seriam alguns dos requisitos desejáveis para alcançar esse objetivo.

Uma questão que ganha relevância nesse contexto, em que se delega grande poder decisório a uma elite burocrática, é caracterizar instrumentos de controle democrático que permitam, ao lado da autonomia, a responsabilização dos gestores do sistema regulatório. Um problema subjacente que surge é determinar se a autonomia dos reguladores – desejável sob vários aspectos – é uma dimensão antagônica ao controle (ou controles) sobre eles exercido.

Dos diversos tipos de controle possíveis sobre o processo regulatório – social, judicial, do Ministério Público e das comissões parlamentares –, aqui será discutida a atuação do Controle Externo exercido pelo Poder Legislativo com auxílio dos tribunais de contas.

A partir do contexto das reformas ocorridas no Brasil na década de 90, de referenciais buscados na Nova Economia Institucional e de exemplos da atuação do Tribunal de Contas da União – entidade fiscalizadora superior brasileira – no controle das agências reguladoras federais, se demonstrará claramente que esse controle, ao invés de se antagonizar à autonomia dos reguladores, legitima os atos destes, confere maior estabilidade ao sistema regulatório e acaba por se consagrar como fator de incentivo aos investimentos, posto que resulta em maior previsibilidade na interpretação e no cumprimento das regras.

A contextualização a partir das reformas será útil para demonstrar de que forma a atuação do TCU pode contribuir para minimizar problemas decorrentes de herança institucional, principalmente aqueles oriundos da falta de clareza de mandatos entre ministérios e agências reguladoras. Tensões estruturais inerentes ao sistema regulatório – relacionadas a delegação e às diferentes características dos grupos de interesse que atuam no processo regulatório – também podem ser estabilizadas pela atuação do controle. Os argumentos para essa afirmativa derivam da Nova Economia Institucional. Por fim, resultados da atuação do TCU ilustrarão, com casos concretos, como se deram as contribuições ao ambiente regulatório.

2 As reformas no Brasil

Discorrer sobre o histórico das reformas ocorridas no Brasil na década de 90 é útil para entender o modelo de gestão da oferta de infra-estrutura antes e depois das privatizações. Nesse modelo deve-se dedicar especial atenção a quatro tarefas fundamentais: (i) estabelecimento de políticas e diretrizes; (ii) planejamento e coordenação da oferta e da expansão nos diversos setores; (iii) regulação e, finalmente, (iv) a oferta propriamente dita.

Como tradicionalmente todas essas tarefas eram endógenas ao setor estatal, houve pouco debate sobre o *locus* onde eram praticadas. Ocorre que as reformas dos anos 90 promoveram dois importantes movimentos de delegações, um para fora e um para dentro Estado. O primeiro se deu pelas privatizações e delegações e se refere à tarefa *iv*. A tarefa *iii* parece obviamente³ delegada às novas agências reguladoras – uma delegação para dentro Estado (do núcleo político para o burocrático). Contudo, as tarefas *i* e *ii*, que eram desempenhadas pelas empresas estatais objeto da privatização, precisariam ser absorvidas por outros entes estatais. A compreensão desse esquema revela o que está em jogo na delegação e, portanto, quais são efetivamente os objetos de controle e sob que perspectiva e critérios devem ser controlados.

2.1 Um breve histórico das reformas

Desde meados da década de 90, intensificou-se no Brasil o Programa Nacional de Desestatização (PND), que consiste na transferência para o setor privado de atividades econômicas e serviços públicos prestados, até então, preponderantemente ou exclusivamente pelo Estado. Além das privatizações propriamente ditas, outros mecanismos de delegação de responsabilidades prestacionais do Estado para a iniciativa privada – principalmente concessões – passaram a ser mais utilizados.

A soma desses movimentos - privatizações e delegações - fez surgir uma profusão de empreendedores privados como provedores de serviços públicos, além dos agentes públicos remanescentes. Para regular esse novo ambiente, foi necessário construir todo um aparato institucional e normativo, visto que praticamente não havia

³ Uma importante discussão a respeito da imprecisão das funções regulatórias do Estado está em NUNES (2001).

uma distinção clara entre *poder concedente* e *concessionário* num cenário até então dominado pelo setor público (governo e empresas estatais).

Tendo em vista o objetivo de garantir a prestação de serviços contínuos, universais, de boa qualidade, a preços razoáveis⁴, mas capazes de produzir taxas de remuneração suficientes para atrair empreendedores privados, e para mitigar incertezas e oportunismos⁵, a relação entre a Administração Pública e os agentes delegados – públicos e privados – passou por um processo de *contratualização*, que resultou num conjunto de direitos e obrigações recíprocas. Os usuários desses serviços, contudo, apesar de não constarem explicitamente dos contratos, também herdaram direitos e obrigações, fenômeno denominado por PIETRO (1999) de *trilateralidade dos contratos de concessão*.

É importante se ter em mente que a prestação dos serviços públicos é atribuição originária da Administração, que pode delegá-la (a prestação) a terceiros. Na perspectiva do poder concedente não se pode, portanto, perder de vista que o objetivo final de todo o relacionamento construído com os agentes delegados é assegurar o fornecimento de serviços a um conjunto de usuários (famílias e empresas), que os demandam, e para quem, em muitos casos, são essenciais.

Nesse contexto, caracterizado pelo aumento na complexidade das relações e no custo das transações⁶, surgiram as agências reguladoras, como parte de um arranjo institucional dedicado a garantir o cumprimento de normas e contratos entre prestadores de serviços e a administração pública, bem como implementar políticas e diretrizes de

⁴ *Serviços contínuos* são aqueles cujo provimento não pode ser interrompido, mesmo que o Estado precise garantir – ele próprio – sua prestação. *Serviços universais* são aqueles que devem estar ao alcance de todo usuário, independente de onde esteja ou de sua condição sócio-econômica. *Preços razoáveis* são aqueles que remuneram o investidor pelos custos de operação e manutenção – desde que eficientes – e proporcionam lucros adequados aos riscos incorridos de acordo com cada setor.

⁵ Segundo MELO (1996), “*sob incerteza e oportunismo, as promessas dão lugar a contratos cuja validade e cumprimento (enforcement) são assegurados por regras*”. Para o autor, “*o oportunismo descreve a discrepância entre o comportamento ex-ante e ex-post uma situação contratual*”.

⁶ Segundo NORTH (1990), o custo de transação consiste na mensuração dos atributos do que está sendo transacionado e no custo de proteger direitos e garantir que os acordos serão cumpridos. No original: “*consist of the costs of measuring the valuable attributes of what is being exchanged and the costs of protecting rights and policing and enforcing agreements*”.

governo para os setores de infra-estrutura. A cronologia da criação e implementação destas agências é apresentada na Tabela 1.

Tabela 1 - Criação das agências reguladoras de infra-estrutura no Brasil.

Designação da agência	Lei de criação	Decreto de implementação
Agência Nacional de Energia Elétrica ANEEL	9.427 26/12/1996	2.335 6/10/1997
Agência Nacional de Telecomunicações ANATEL	9.472 10/7/1997	2.338 7/10/1997
Agência Nacional do Petróleo ANP	9.478 6/8/1997	2.455 14/1/1998
Agência Nacional de Transportes Terrestres ANTT	10.233 5/6/2001	4.130 13/2/2002
Agência Nacional de Transportes Aquaviários ANTAQ	10.233 5/6/2001	4.122 13/2/2002

Esses novos entes públicos nasceram incumbidos de um grande desafio: regular a oferta de serviços providos por empreendedores públicos e privados, de sorte a garantir uma prestação adequada do ponto de vista da qualidade, da continuidade e dos preços, mas sem perder de vista a perspectiva de garantir uma rentabilidade capaz de atrair investidores privados para os setores regulados e ainda que esses setores constituíssem, tanto quanto possível, ambientes com reduzidos oportunismos e incertezas.

2.2 Premissas orientadoras das reformas

Algumas premissas importantes orientaram a reforma do setor de infra-estrutura no Brasil e na América Latina, de uma forma geral. A primeira dessas premissas foi o esgotamento da capacidade de investimento do governo em função da crise fiscal aguda a que foi exposto o setor estatal nos países em desenvolvimento ao longo das décadas de 80 e 90. A segunda, de cunho essencialmente ideológico, propugnava a desoneração do Estado da prestação direta de bens e serviços, tendo em vista a maior eficiência das organizações privadas na gestão da operação das indústrias.

A expansão dos investimentos em infra-estrutura, portanto, passaria a depender mais fortemente de investimentos privados em detrimento do tradicional financiamento por meio de recursos fiscais, de endividamento externo ou de recursos próprios setoriais – como no caso do setor de telecomunicações brasileiro (IPEA, 1997).

Na transição do modelo de financiamento dos investimentos em infra-estrutura, a definição de políticas tarifárias passou a ter papel central, pois indica a sustentabilidade da operação, bem como a viabilidade de novos investimentos destinados à expansão das redes (*idem*). As tarifas passaram, portanto, a sintetizar grande parte do desafio dos reguladores, que é o de equilibrar a adequada remuneração do capital investido com a garantia de acesso aos serviços àqueles que demandam a prestação de serviços públicos de infra-estrutura, independentemente de sua condição social ou de onde vivem.

A concretização dessa expectativa, contudo, não dependeria somente de uma rentabilidade atrativa ao setor privado, mas de todo um regramento capaz de mitigar riscos – principalmente o risco de expropriação dos agentes privados⁷. Esta última característica estaria, em especial, mais fortemente relacionada ao desenho de um arranjo institucional que pudesse garantir maior estabilidade intertemporal das decisões e acordos. Dessa forma, seria desejável que o Poder Executivo empreendesse uma estratégia de auto-incapacitação política, renunciando o poder decisório em favor de burocracias dotadas de graus de autonomia não triviais (as agências reguladoras), como assinala MELO (2001, p. 63):

“Essas questões têm sido discutidas na literatura de escolha racional como estratégias de ‘pré-compromisso’ de governantes em relação a escolhas intertemporais, ou seja, escolhas sobre situações futuras”.

Dessa forma, mesmo cedendo parcela de poder decisório, a transferência de prerrogativas a instâncias que, em tese, orientam suas decisões a partir de insumos técnicos e estão insuladas do processo político eleitoral, as elites políticas buscam induzir à percepção de normas e contratos estáveis no longo prazo e, conseqüentemente, conquistar a adesão do capital privado ao setor de infra-estrutura.

Do ponto de vista dos investidores, é essencial, portanto, um desenho institucional que limite o poder decisório de curto de prazo motivado por interesses políticos. Outro incentivo importante ao aporte de investimentos privados é a capacidade de enunciação de políticas e diretrizes que indiquem a forma e o ritmo da

⁷ Congelamento de preços, reestatização, entre outras (MELO, 2001).

expansão vislumbrada pelo governo em cada setor, em outras palavras, uma explicitação da agenda política para o setor de infra-estrutura. Assim, o Estado não pode prescindir da capacidade de produzir cenários – principalmente de longo prazo –, planejar e coordenar a expansão da infra-estrutura.

O ambiente para o desenvolvimento dessas tarefas é essencialmente sistêmico, multidisciplinar (TCU, 2002 e 2003). Assim, ao se definir questões relacionadas ao setor energético – a expansão da produção de petróleo, por exemplo –, aspectos relacionados à política industrial e ambiental deveriam ser levados em conta, tanto quanto as repercussões nas áreas de comércio exterior, relações internacionais e outras.

As agências reguladoras, conhecedoras dos mercados específicos por elas regulados, podem (e devem) assessorar tecnicamente as instâncias de decisão política, mas não são *locus* adequado para sediar o debate de alcance multidisciplinar necessário para definir a política de expansão da infra-estrutura nacional. Esse desafio é próprio de câmaras ou conselhos interministeriais e permeáveis à agenda política do Governo. É razoável afirmar que esse ambiente deveria ser construído na administração pública direta (TCU, 2002).

Sem a delimitação dos mandatos de cada ente – o que elabora políticas, o que planeja, o que regula e o que executa – a tarefa de controle fica dificultada, posto que o estabelecimento de critérios para a avaliação de cada segmento dessa cadeia deve estar baseado nas atribuições dos elos vizinhos. Assim, a regulação da operação de uma atividade econômica ou serviço público deve ter em vista um plano para o desenvolvimento de um determinado setor que levará, em última instância, à implementação de uma política pública.

2.3 A dinâmica das reformas

As reformas dos setores de infra-estrutura no Brasil, a despeito dos diversos objetivos declarados que as nortearam, acabaram tendo o tempo de sua implementação definido mais pela agenda fiscal do que por qualquer outro fator. A redução do déficit fiscal foi sustentada por dois pilares fundamentais: as privatizações e os cortes com o custeio da gestão pública.

Mesmo as empresas não privatizadas foram preparadas para serem transferidas aos particulares, principalmente por meio de programas de incentivo à demissão, que causaram significativa perda de massa crítica das empresas do governo e o conseqüente esvaziamento técnico do setor estatal (TCU, 2002).

Esse fator foi determinante para que a transição de um modelo baseado no investimento público para um outro em que os investimentos seriam providos por agentes privados ocorresse sem uma base institucional capaz de suportar e gerir uma mudança de tal magnitude. O setor elétrico brasileiro é o exemplo mais concreto deste panorama.

Historicamente, no Brasil, o planejamento da expansão da infra-estrutura era elaborado dentro das empresas estatais. No setor de energia, por exemplo, a ELETROBRÁS e a PETROBRÁS cumpriram esse papel em suas respectivas áreas de atuação, ainda que sem uma visão integrada.

Naturalmente, ainda que sejam importantes instrumentos de implementação de políticas de governo, cada uma dessas empresas tem seu processo decisório orientado também por interesses outros que não os do governo. Dirigentes, funcionários, acionistas minoritários ou produtores que dependem dos insumos ou facilidades geradas nessas indústrias podem determinar a condução de diversas questões empresariais em detrimento dos interesses do governo ou mesmo do interesse social geral.

Argumentos assim reforçam a tese de que deve haver, no interior da administração pública direta, uma burocracia capaz de delinear marcos estratégicos e captar as percepções dos diversos agentes interessados no desenvolvimento da infra-estrutura nacional, sejam eles produtores, consumidores, concessionários, usuários ou mesmo representantes de outros setores governamentais potencialmente afetados.

Ocorre que os ministérios setoriais não têm a tradição de conduzir o debate em torno da enunciação de políticas e diretrizes para a oferta de serviços e para a expansão do setor de infra-estrutura. Essa tarefa era cumprida, de forma segmentada e não sistêmica, pelas empresas estatais, uma vez que foram criadas justamente para construir as bases da infra-estrutura nacional.

Durante a privatização – ou a preparação para a privatização –, grande parte da competência de planejamento foi perdida nos planos incentivados de demissão. Nesse tempo, não houve um movimento compensatório de reforço das equipes da administração direta que possibilitasse aos ministérios gerir o processo de mudança.

As agências reguladoras, recém-criadas, com a possibilidade de constituir um quadro de servidores a partir de contratos temporários, acabaram se tornando um pólo de atração dessa mão-de-obra egressa das empresas estatais. As empresas privadas também começavam um processo de contratação desse mesmo público com o objetivo de capacitá-las a atuar nos promissores mercados que se abriam.

O cenário resultante da mudança foi devastador para o setor público: empresas estatais esvaziadas; a administração direta – leia-se ministérios – não recrutou nem capacitou pessoal para absorver as tarefas de assessoramento na formulação de políticas e diretrizes; e as agências reguladoras, ainda que padecedoras do mesmo vício das estatais – visão segmentada, não sistêmica –, acabaram se incumbindo, na prática, de formular e implementar políticas e diretrizes (TCU, 2002).

As agências, portanto, num momento inicial, acumularam grande poder, pois geriam contratos, planejavam a expansão e outorgavam as concessões. Agregue-se a esse ambiente a precariedade das relações de trabalho dos funcionários dessas autarquias, quase todos contratados temporariamente, sem o horizonte de uma carreira dentro do setor público. A perspectiva profissional mais concreta para esse pessoal era, portanto, a contratação pelas empresas reguladas.

3 Os marcos regulatórios

O objetivo desta seção não é o de produzir um diagnóstico detalhado de como foi modelada e como efetivamente se deu a reforma em cada um dos setores de infra-estrutura. Busca-se aqui delinear, em linhas gerais, um panorama de como eles estavam organizados e como foram transformados, principalmente no intuito de mostrar que a análise desenvolvida na seção anterior aplica-se horizontalmente aos setores de telecomunicações, energia, petróleo e gás e rodovias. Isso significará, em síntese, que a despeito da análise de questões específicas setoriais, o controle da regulação de infra-estrutura será fortemente baseado em estratégias e objetivos transversais.

3.1 Setor de telecomunicações

No início da década de 60, havia cerca de 1.200 empresas de telefonia no Brasil, quase todas de médio e pequeno porte e sem nenhuma coordenação entre si (Brasil, 1995). Mais de 60% dos terminais telefônicos instalados concentravam-se na região centro-leste do país. Os serviços interurbanos eram precários e interligavam apenas algumas regiões⁸.

Para melhorar esse cenário, foi editado o Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT)⁹, que foi o primeiro grande marco legal que pretendeu organizar o setor de telecomunicações no Brasil. O CBT instituiu: (i) o Sistema Nacional de Telecomunicações (SNT), com vista a integrar os serviços prestados; (ii) o Conselho Nacional de Telecomunicações, com a atribuição de arbitrar especificações técnicas, bem como as tarifas em todo o território nacional; (iii) a autorização para criar uma empresa operadora dos troncos integrantes do SNT¹⁰; (iv) o Fundo Nacional de Telecomunicações, como instrumento para financiar as atividades de operação dos troncos; e (v) a definição do relacionamento entre poder concedente e concessionário no campo da radiodifusão.

⁸ Ligações em microondas de baixa capacidade que interligavam Rio de Janeiro, São Paulo, Campinas, Belo Horizonte e Brasília (Brasil, 1999).

⁹ Lei nº 4.117, de 27/8/1962, que vigorou até 1997.

¹⁰ Essa empresa viria a ser, no futuro, a Empresa Brasileira de Telecomunicações (EMBRATEL).

A implantação do CONTEL produziu impactos relevantes, tais como a explicitação de políticas e diretrizes nacionais e a coordenação da expansão do setor de telecomunicações. A definição do modelo de autofinanciamento do sistema – baseada na participação financeira dos pretendentes à aquisição de linhas – também foi consagrada a partir do CONTEL.

A fim de enfrentar problemas relacionados à descoordenação das redes, a titularidade do poder concedente foi concentrada na União a partir de 1967¹¹, mas não havia vedação à participação da iniciativa privada. Outra medida destinada a integrar os serviços telefônicos brasileiros foi a criação da Telecomunicações Brasileira S.A. (TELEBRÁS), empresa controlada pelo Governo Federal, em 1972, que, desde sua implantação, iniciou um processo de aquisição de outras empresas, visando consolidá-las em âmbito estadual¹². A Constituição brasileira de 1988 restringiu ainda mais as possibilidades de participação no mercado de telefonia brasileiro ao determinar que os serviços públicos de telecomunicações só poderiam ser explorados diretamente pela União ou por meio de concessões a empresas estatais.

Após mais de vinte anos sob esse regime, os serviços públicos de telecomunicações no Brasil chegaram à segunda metade da década de 90 estruturados em uma empresa estatal *holding* – a TELEBRÁS –, uma empresa *carrier* de longa distância – a EMBRATEL –, 27 empresas federais nos estados e quatro empresas independentes¹³. O sistema TELEBRÁS, composto pelas empresas controladas pela União, detinha, a essa altura, mais de 90% da planta brasileira de telecomunicações, fazendo-a crescer mais de 500% desde a implantação da Empresa.

Apesar disso, a expansão da rede não foi capaz fazer frente à demanda, que, no mesmo período, cresceu mais de 1.200% no serviço local e mais de 1.800% no serviço de longa distância (Brasil, 1995). Ressalte-se que a caracterização dessa

¹¹ O poder de outorga dos serviços de telecomunicações foi retirado de estados e municípios e concentrado na União Federal por meio do Decreto nº 162, de 13/2/1967.

¹² Havia, nessa época, cerca de 900 empresas de telefonia independentes no Brasil que operavam uma planta de cerca de 2 milhões de terminais (Brasil, 1995).

¹³ A CRT, controlada pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul, a SERCONTEL, controlada pela Prefeitura de Londrina, a CETERP, controlada pela prefeitura de Ribeirão Preto, e a CTBC, a única empresa privada do sistema. Essas concessões foram ratificadas pela Constituição de 1988 (art. 66 dos ADCT, CF. 1988).

demanda se faz tão-somente a partir da parcela da população já atendida pelo sistema. Não registra, portanto, a exclusão do acesso aos serviços de telecomunicações.

A reforma do sistema brasileiro de telecomunicações foi concebida para enfrentar esse cenário de demanda reprimida e para incorporar eficiência ao setor, principalmente por meio da competição. Pode-se sintetizar, portanto, dois pilares básicos da reforma: universalização e competição.

A privatização do sistema TELEBRÁS, consumada em 1998, foi conduzida como etapa da construção de uma estratégia que pretendia viabilizar o acesso aos serviços e instituir mecanismos que propiciassem a prática de preços razoáveis, inicialmente por meio de instrumentos de regulação econômica e, posteriormente, por meio da competição.

Para atingir esses objetivos, foram introduzidas algumas mudanças importantes no marco legal do setor:

- o poder concedente dos serviços continuou sendo a União, que poderia, a partir da reforma, delegar a prestação dos serviços ao setor privado;
- foi abandonado o sistema de autofinanciamento do setor, pois se constituía em barreira à entrada de novos usuários devido ao alto custo das linhas;
- foi adotado um modelo tarifário baseado em incentivos à eficiência empresarial¹⁴ em detrimento das tarifas por custos de serviços anteriormente aplicadas;
- a privatização foi acompanhada de plano de metas de universalização, com obrigações atribuídas aos novos concessionários;
- foi delineada uma cadência para abertura à competição do setor;
- foram mantidas atribuições inerentes à formulação de políticas e diretrizes na administração direta¹⁵;

¹⁴ No Brasil, a Lei nº 9.472, de 16/7/1997 – a Lei Geral de Telecomunicações – introduziu a tarifação por preços máximos.

¹⁵ Cabe ao Poder Executivo, por exemplo, aprovar os planos de outorga e a definição dos regimes de prestação de cada modalidade de serviço de telecomunicação.

- foi criada uma agência reguladora setorial – a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).

3.2 Setor de energia elétrica

A primeira metade do século XIX foi marcada por uma intensa urbanização e pelo aumento da demanda por energia elétrica como insumo essencial para movimentar o parque industrial brasileiro. Nesse mesmo período, consolidava-se a hidreletricidade como base da matriz de geração de energia no Brasil, diferentemente de outras nações da vanguarda industrial, onde preponderava a termoeletricidade. Nessa época, duas empresas estrangeiras monopolizavam os serviços de geração e distribuição nos principais centros urbanos brasileiros, a canadense *Brazilian Traction, Light and Power Company* (LIGHT) e a norte-americana *American & Foreign Power Company* (AMFORP).

Para superar pontos de estrangulamento na geração e transmissão de eletricidade, Getúlio Vargas, a partir de seu segundo mandato presidencial, passou a defender a intervenção estatal no setor. A Centrais Elétricas Brasileiras (ELETROBRÁS) – *holding* estatal para a geração de energia – foi criada em junho de 1962, já no governo de Jânio Quadros, apesar de o projeto da lei que as instituiu ter sido encaminhado ao Congresso Nacional por Getúlio Vargas, na primeira metade da década de 50.

Com o advento da ELETROBRÁS, começava-se a produzir levantamentos coordenados dos potenciais energéticos nacionais. Também foi dado início a um processo de aquisição das empresas privadas num movimento de estatização do setor elétrico. Durante o regime militar, a ELETROBRÁS viria a se consolidar como agência planejadora e financiadora, além de *holding* de empresas federais (ELETROBRÁS, 2004).

O que se observa, a partir da intervenção estatal no setor elétrico brasileiro – principalmente a partir de meados da década de 60 –, é uma forte regulação técnica, para definir padrões de operação¹⁶, o agrupamento de diversas empresas em torno de concessões estaduais e a consolidação de uma matriz institucional capaz de coordenar as atividades da indústria de eletricidade, bem como sua expansão, em todo o território

¹⁶ O Congresso aprovava a unificação da frequência em 60 hertz, impondo mudanças em estados como a Guanabara, o Rio de Janeiro, o Rio Grande do Sul e parte de Minas Gerais, que operavam em 50 hertz (ELETROBRÁS, 2004).

nacional. Nesse contexto, surgem o Sistema Nacional de Eletrificação, o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica (CNAE), o Departamento Nacional de Águas e Energia (DNAE), o Comitê Coordenador para Operação Interligada (CCOI), o Centro de Pesquisas de Energia Elétrica (CEPEL) e o Grupo Coordenador de Planejamento dos Sistemas Elétricos (GCPS).

A Constituição de 1988 trouxe importantes alterações regulatórias para o setor elétrico brasileiro, principalmente em relação aos mecanismos de financiamento e à distribuição dos tributos arrecadados por meio das tarifas entre a União, estados e municípios¹⁷. O novo marco constitucional acirra a disputa entre estados e União pela distribuição das tarifas. Com o agravamento da crise econômica, no início dos anos 90, os sistemáticos atrasos das empresas distribuidoras estaduais no pagamento do suprimento de energia das geradoras do sistema Eletrobrás provocaram uma dívida de cerca de U\$ 5 bilhões em desfavor das companhias estaduais (*idem*).

É nesse contexto que ganha força a idéia da desestatização do setor elétrico brasileiro, que se inicia, ainda no governo Collor (1990 – 1992), com a inclusão no Programa Nacional de Desestatização (PND) da Light Serviços de Eletricidade S.A. (Light)¹⁸ e da Espírito Santo Centrais Elétricas S.A. (ESCELSA)¹⁹ – distribuidoras controladas pelo União. Ao final do governo Collor, o total de empregados do sistema ELETROBRÁS já havia sido reduzido em cerca de 20% por conta de demissões ou dispensas incentivadas (*idem*), uma verdadeira demolição dos quadros técnicos governamentais.

Na esteira das reformas do setor elétrico, em 1993, foi limitado o controle da União sobre os preços e serviços do setor. Em 1995, foi reconhecido o produtor

¹⁷ A partir de 1988, foram eliminados o Imposto Único sobre Energia Elétrica (IUEE) e o empréstimo compulsório. Além disso, foi transferida para os estados a arrecadação tributária equivalente às tarifas, a partir da criação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Com a nova Constituição, também foi instituída a compensação financeira – os *royalties* por área inundada. Tais fatores elevaram significativamente os custos de financiamento da ELETROBRÁS.

¹⁸ A Light foi vendida em maio de 1996, por US\$ 2,26 bilhões, sem ágio, ao consórcio formado pela estatal francesa Électricité de France (EDF) e pelas norte-americanas Houston Industries Energy e AES Corporation.

¹⁹ O leilão de venda da ESCELSA – ocorrido em 1995, no início do primeiro mandato do governo de Fernando Henrique (1995-1998) – marcou o início efetivo da desestatização.

independente de energia, que, em tese, liberou os grandes consumidores do monopólio comercial das concessionárias de distribuição, e também foi instituído o livre acesso às redes de transmissão e distribuição, outro fator fundamental para se viabilizar a entrada de novos empreendedores no setor elétrico. Outro sinal relevante na direção da reestruturação do setor elétrico brasileiro foi a inclusão da ELETROBRÁS e suas quatro subsidiárias (CHESF, FURNAS, ELETRONORTE e ELETROSUL) no PND.

Contudo, somente em 1997 começa a operar a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), com a missão de regular e fiscalizar o setor elétrico brasileiro. A ANEEL, portanto, nasceu com a missão de regular um setor cuja reforma se deu em passos descoordenados e com contratos de concessão já em curso.

Ainda em 1997, o Governo Federal autorizou, por meio de medida provisória, a reestruturação da ELETROBRÁS e suas subsidiárias, com vistas à privatização do segmento de geração. O passo mais concreto nessa direção se deu com a cisão da ELETROSUL²⁰, cujos ativos de geração foram migrados para uma nova empresa denominada Centrais Geradoras do Sul do Brasil (GERASUL), detentora de 3.680 MW, que seria privatizada em setembro de 1998 (*idem*).

Somente em 1998, o Congresso Nacional converteu em lei a medida provisória que reestruturou as empresas do sistema ELETROBRÁS. A mesma lei criou o Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE), que ficou responsável pelas negociações da energia dos sistemas interligados, e o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), com a finalidade de coordenar e controlar as operações dos sistemas interligados. Em 1999, foi instituído o Comitê Coordenador do Planejamento da Expansão (CCPE), com o objetivo de coordenar o planejamento da ampliação do sistema, assumindo as tarefas do GCPS.

Pode-se dizer que as reformas esboçadas para o setor elétrico brasileiro, desde o início do governo Collor (1990 – 1992) até o último mandato de Fernando Henrique (1999 – 2001), mais do que um desenho institucional destinado a impor ganhos de eficiência e garantir investimentos para a expansão do setor elétrico

²⁰ A ELETROSUL transformou-se numa empresa exclusivamente dedicada à transmissão de energia, mantendo a sigla, mas com a denominação de Empresa Transmissora de Energia Elétrica do Sul do Brasil S.A.

brasileiro, foram pressionadas pela necessidade de buscar um modelo de financiamento que escapasse ao endividamento público e ainda pela necessidade de caixa – fato que pressionou e precipitou as privatizações e o esvaziamento das empresas federais.

Regras sem clareza e um arranjo institucional intrincado – e que não foi posto em prática – constituíram um ambiente desfavorável à atração de investidores privados em proporções que garantissem a expansão da capacidade instalada para fazer frente à crescente demanda por insumos energéticos. Além disso, as privatizações – principalmente nas empresas distribuidoras estaduais – e o esvaziamento do setor estatal deixaram o governo sem capacidade e instrumentos para impor cooperação dos agentes setoriais e mesmo coordenar investimentos e produzir cenários para a expansão do parque elétrico nacional.

Recentemente, uma nova reforma está sendo concluída para o setor elétrico brasileiro. Os objetivos dessa nova reforma são três (BRASIL, 2003):

- garantir a segurança de suprimento de energia elétrica;
- promover a modicidade tarifária, por meio da contratação eficiente de energia para os consumidores regulados; e
- promover a inserção social no Setor Elétrico, em particular pelos programas de universalização de atendimento.

3.3 Setor de petróleo e gás natural

A consolidação de uma indústria petrolífera (IP) no Brasil deu-se efetivamente a partir da criação da PETROBRÁS, em 1953. O desafio original da empresa era expandir o parque nacional de refino, a fim de assegurar a auto-suficiência na produção de derivados, ainda que a matéria-prima fosse importada. Construiu-se, dessa forma, uma matriz de refino baseada nas especificações do óleo bruto importado predominantemente do Oriente Médio.

Gradativamente, a PETROBRÁS foi ocupando o *upstream*,²¹ também legalmente reservado ao monopólio,²² e integrando verticalmente as diversas etapas da IP no Brasil. Configurava-se, assim, uma empresa que praticamente sintetizava o setor petrolífero nacional. Essas razões históricas ajudam a explicar o poder de mercado apropriado pela PETROBRÁS ao longo dos anos e a absoluta ausência de diversidade de agentes econômicos em determinados segmentos da IP nacional.

O monopólio preconizado pela Lei nº 2.004/1953 foi constitucionalizado em 1988, tornando ainda mais sólido o domínio da empresa estatal de petróleo sobre o setor. Contudo, o agravamento do ambiente econômico na década de 80 levou o Governo, na condição de controlador da PETROBRÁS e como regulador dos preços dos derivados, a subdimensionar o valor de tais produtos como instrumento de combate à inflação, gerando sucessivas perdas econômicas à Empresa, minando, dessa forma, a capacidade de investimento em pesquisa para a manutenção de reservas petrolíferas capazes de dar sustentabilidade à produção futura de óleo nacional.

Premido pela necessidade de investir intensamente no conhecimento das bacias sedimentares brasileiras e no contexto da reforma dos setores de infra-estrutura, agudizada a partir de meados da década de 90, o Governo Brasileiro implementou, por meio de emenda constitucional e da criação de um novo marco legal, a chamada flexibilização do monopólio do petróleo, consistente na possibilidade de entrada de agentes privados em setores até então reservados à PETROBRÁS.

Esse novo ambiente resultou na construção de uma matriz institucional baseada em dois pilares: um, consagrado historicamente, representado pela atuação direta do Governo como empresário do setor petrolífero e outro, novo, representado por um ente regulador com o desafio de criar o ambiente para a indução de investimentos privados e de competição na IP brasileira.

²¹ São as atividades à montante da refinação - ou do processamento, no caso da indústria do gás natural -, representadas pela exploração e pela produção de petróleo bruto e gás natural. De toda a cadeia produtiva da IP, as atividades do *upstream* foram as que sofreram maior impacto da chamada flexibilização do monopólio do petróleo.

²² Art. 1º da Lei nº 2.004, de 3/10/1953.

O ente regulador do setor petrolífero nacional é a Agência Nacional do Petróleo (ANP), uma autarquia integrante da Administração Pública Federal, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que nasceu com alguns importantes desafios:

- implementar, em sua esfera de atuação, um política energética não declarada;
- induzir a entrada de novas operadoras no segmento de *upstream* para competir com a PETROBRÁS, a maior empresa estatal brasileira e assumir uma posição e neutralidade em relação a esta;
- incentivar a pesquisa geológica com o objetivo de manter uma relação razoável entre reservas provadas e prováveis, de modo a garantir a sustentabilidade da produção nacional de petróleo e gás no médio e no longo prazos e gerenciar o acervo de dados sobre as bacias sedimentares brasileiras;
- gerenciar a transição da IP também no segmento de *dowstream*, principalmente garantindo a competição na distribuição – com liberação de preços –, mantendo níveis adequados de qualidade de produtos;
- criar uma competência nacional em tecnologia e mão-de-obra capaz de sustentar a expansão do mercado petrolífero além da PETROBRÁS.

3.4 Setor de rodovias

No caso das rodovias, a oferta dos serviços sempre foi tradicionalmente estatal, mas, diferentemente dos demais setores, não se dava sob forma empresarial. Nesse caso específico, o pagamento pelo uso não era a regra (IPEA, 1999). Por essa razão, a figura do usuário de rodovias é pouco percebida seja no seio do setor público seja no setor privado²³.

Nesse setor, a relação entre o Governo e os empreendedores privados historicamente se deu por meio da contratação de empreitadas para a consecução de

²³ Nos trechos concedidos, o governo já explorava a cobrança de pedágios diretamente por meio da autarquia federal – o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DENNER) –, mas o valor do pedágio não mantinha nenhuma correlação com os custos de operação e manutenção das rodovias. Tratava-se de recurso que se agregava aos recursos fiscais ordinários do Tesouro para auxiliar na manutenção das rodovias.

obras públicas contratadas com recursos fiscais. Assim, o aparelho burocrático estava voltado basicamente para a gestão de contratos de obras rodoviárias.

A relação entre poder concedente e concessionária, contudo, é essencialmente diferente daquela entre governo – contratante de obras – e empreiteiras. A transição do modelo de financiamento e gestão do setor de rodovias, portanto, foi intensamente contaminada pela herança institucional.

As rodovias concedidas à iniciativa privada tiveram sua regulação e acompanhamento pelo mesmo órgão responsável pela contratação de obras rodoviárias. A estrutura institucional dedicada à gestão dessa nova forma de financiamento (pedágio), que incluiu parte das principais rodovias nacionais, era tímida, pois o Departamento Nacional de Estradas de Rodagens (DNER) somente destinou uma área – pouco aparelhada e sem recursos humanos suficientes – para o acompanhamento das rodovias desestatizadas.

A gestão das rodovias pedagiadas traz consigo a necessidade de um novo e complexo aparato regulatório que possibilite:

- gerir contratos de longo prazo (em geral superiores a 20 anos);
- implementar uma política tarifária;
- estimar os custos de operação e manutenção dos empreendedores bem como a remuneração adequada dos capitais investidos;
- levar em conta e se relacionar com os usuários das rodovias concedidas, inclusive as coletividades mais diretamente afetadas, seja pela obstrução de acessos às suas cidades e locais de trabalho, seja pelo fato de alterarem suas rotinas usuais.

As licitações para concessão dos primeiros trechos de rodovias federais à iniciativa privada ocorreram a partir de 1994 e foram geridas pelo Ministério dos Transportes e pelo extinto DNER. O modelo de gestão dessas concessões, tal como as grandes empreitadas de obras rodoviárias, estava baseado, sobretudo, na remuneração pelo custo dos serviços, sem levar em conta qualquer mecanismo de indução a ganhos de eficiência empresarial e a conseqüente transferência desses benefícios aos usuários,

principalmente por meio das tarifas²⁴. No plano de negócios preconizado para a operação dessas rodovias, pouco se considerou a respeito dos custos ambientais incorridos por esses empreendimentos.

Em 2001, foi criada a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), encarregada de regular a exploração das rodovias e os transporte interestaduais e internacionais de passageiros realizados por modal rodoviário.

3.5 Síntese multisetorial

Arranjos institucionais variados e complexos emergiram das reformas dos setores de infra-estrutura no Brasil. Esse novo arcabouço institucional destinou-se, num primeiro momento, a gerir a mudança na forma de intervenção estatal sobre a oferta de serviços públicos, que deixariam – na ótica dos reformadores – de serem prestados diretamente por entes estatais para serem delegados a investidores privados. Num segundo movimento, as novas instituições deveriam se dedicar à normatização dos diversos setores e à regulação econômica dos mercados.

Ocorre que, no Brasil, o compasso das reformas foi mais determinado por necessidades fiscais do que pela adoção de uma nova estratégia na forma de ofertar serviços públicos. Talvez a única exceção a essa regra tenha sido a reforma do setor de telecomunicações brasileiro, que combinou bem esses dois propósitos. Ainda assim, pode-se afirmar que as reformas não foram estruturadas de forma sistêmica.

Como resultado, nem sempre o arcabouço institucional e os marcos regulatórios setoriais produziram os resultados adequados para que o núcleo do governo mantivesse a capacidade de coordenar as ações dos diversos agentes envolvidos no provimento dos serviços públicos, assim como instrumentos capazes de forçar a cooperação para alcançar objetivos previamente delineados.

No setor elétrico, aplica-se especialmente esse diagnóstico, pois lá primeiro começaram as privatizações – na distribuição –, o desmantelamento de empresas públicas – principalmente das geradoras estatais do sistema ELETROBRÁS – com vistas a

²⁴ Segundo esse modelo, os únicos assumidos pelos concessionários seriam o risco de tráfego e os riscos associados à obtenção de financiamentos.

privatizá-las, e só então foram criadas regras e instalada a agência reguladora setorial – a ANEEL.

Nenhum movimento compensatório para reter *expertise* dentro do governo foi adotado. A consequência foi o esvaziamento da administração direta – leia-se ministérios setoriais –, a incapacidade de prever cenários e de desenhar políticas e diretrizes. Em suma, ficou o governo sem instrumentos de coordenação e controle do provimento dos serviços públicos.

4 Desafios do regulador e do controle

Um ato regulatório sempre produzirá impacto distributivo, ou seja, deslocará renda e poder de um grupo de interesse para outro. Frequentemente, esses grupos de interesse são representados por três pólos: governo, empresários e usuários. É relativamente simples demonstrar o antagonismo dessas forças ou, em certos casos, eventuais coalizões. As tensões existentes entre esses três pólos justificam a constituição de uma estrutura institucional própria capaz de exercer a moderação e a arbitragem de eventuais conflitos – as agências reguladoras.

Contudo, há interesses para os quais não há uma representação explicitada, como os interesses sociais difusos, que podem ser pensados como uma quarta força, e que, teoricamente, se traduzem na maximização do bem-estar social²⁵. Tal conjunto de interesses pode divergir daqueles dos demais grupos. Por exemplo, a operação de um empreendimento que não incorpore custos ambientais pode ser favorável aos empresários, de quem se exigirá menores investimentos; aos usuários diretos, que poderão se beneficiar de menores tarifas, e até mesmo ao governo, caso a consecução do empreendimento lhe traga benefícios políticos. Contudo, estão sendo afrontados os interesses da sociedade, que, no futuro, terá de arcar com eventuais conseqüências ambientais decorrentes da operação do empreendimento.

A complexidade do cenário se amplia significativamente quando se explicitam as tensões dentro de um mesmo pólo. No caso mencionado, a área ambiental do governo pode se contrapor à área de infra-estrutura, por exemplo. Da mesma forma, interesses antagônicos podem mobilizar em sentidos opostos diferentes grupos empresariais (*e.g.* representantes do transporte rodoviário *versus* representantes do transporte aquaviário ou aeroviário) e diferentes grupos de consumidores (*e.g.* grandes consumidores *versus* consumidores residenciais). Da mesma forma, interesses convergentes, podem produzir coalizões entre representantes de pólos diferentes.

Ao produzir um ato regulatório, o ente regulador estará motivado pela percepção que tem dos interesses de cada um dos pólos. Essa percepção será afetada de

²⁵ NUNES (2001) argumenta que “*é perfeitamente possível que a presença ostensiva de grupos de interesses organizados não acarrete a maior participação da população como um todo, antes o contrário, aumente o poder de influência das pontas organizadas*”.

várias formas: (i) pela capacidade de organização²⁶ do grupo de interesse; (ii) pela regularidade e frequência de relacionamento com os representantes de cada grupo; e (iii) pelas vinculações institucionais.

O pluralismo das tensões intrapolares contribui para homogeneizar a percepção dos reguladores entre os eixos de interesses. Ou seja, quanto maior a diversidade de agentes regulados, setores governamentais envolvidos e grupos de usuários mais equivalentes as pressões emanadas. Essa é uma das razões pelas quais agências especializadas na regulação de setores muito específicos²⁷ podem estar mais sujeitas a enviesar a percepção de quais interesses devem ser privilegiados na produção de um ato regulatório.

É possível argumentar, portanto, que somente reguladores independentes²⁸, tecnicamente capazes e bem informados têm os instrumentos e a mobilidade para equilibrar os interesses, posto que, frequentemente, em nome desse equilíbrio, interesses são contrariados, inclusive interesses do próprio governo. Significa dizer que, teoricamente, os reguladores precisam estar protegidos por salvaguardas institucionais que lhes permitam agir em nome do bem comum, a despeito das expectativas que venham a ser frustradas.

Ocorre que os grupos de interesse, a partir de suas diferentes capacidades de mobilização, se farão perceber distintamente pelos reguladores. Essa característica, por si, tem grande poder de enviesar o ato regulatório praticado em favor dos interesses de um determinado grupo. Um grande desafio que se impõe é a equalização da percepção de expectativas, a fim de que os impactos distributivos de um ato regulatório sejam os mais justos e aderentes ao propósito de privilegiar o bem comum em detrimento de qualquer outro interesse.

²⁶ A capacidade de organização de cada grupo de interesse será diretamente proporcional aos ganhos potenciais *per capita* e inversamente proporcional ao custo de organização.

²⁷ A ANTT e a ANTAQ são exemplos de agências subsetoriais que favorecem o aumento da capacidade de organização – e pressão – dos empresários do setor regulado.

²⁸ Segundo a definição de William Melody adotada por BAUDRIER (2001), o termo “independência” não implica independência das políticas de governo, nem mesmo da usurpação do poder de fazer política, mas, ao invés disso, significa independência para implementar políticas sem interferências indevidas de políticos ou de lobistas da indústria.

Não basta, portanto, que o regulador seja institucionalmente independente e tecnicamente capaz, é preciso que haja instrumentos externos de balizamento e controle na produção e na aplicação do ato regulatório que favoreçam a equalização da percepção dos interesses dos diferentes pólos em conflito, mesmo quando tais interesses não estejam explicitamente manifestados.

No caso brasileiro, a matriz institucional preconizada – ainda que com peculiaridades setoriais – embute uma diversidade de mecanismos de balizamento e controle. O primeiro é a segregação da atribuição de formular políticas e diretrizes da de implementá-las. No primeiro caso, cabe à administração direta fazê-lo, seja por meio de ministérios, seja por meio de conselhos interministeriais. Às agências reguladoras cabe a implementação das políticas e diretrizes. Ou seja, o ato regulatório deve ter por objetivo consubstanciar uma política pública setorial delineada no seio do governo e ditada pela agenda política. À agência cabe eleger o instrumental técnico mais adequado – dentro de diversas alternativas possíveis – para levar a cabo essa missão.

As audiências públicas são o segundo instrumento previsto nos marcos regulatórios. Elas devem contribuir para a explicitação de conflitos e coalizões que motivam os agentes a mobilizar esforços a fim de que aproveitem, da melhor forma possível, a redistribuição de renda e poder decorrente do ato regulatório.

Há os mecanismos de controle exercidos por outros poderes, tais como, o controle judicial, o controle do ministério público e o controle parlamentar, exercido com auxílio dos tribunais de contas. Cada uma dessas modalidades de controle tem cadências, abordagens, propósitos e instrumentos distintos. Neste trabalho, abordaremos tão-somente o controle exercido pelos tribunais de contas.

Finalmente, o controle social direto também colabora para o objetivo de expor os reguladores à maior e mais diversa pressão possível. Essa dimensão de controle talvez seja a mais relevante e complexa de todas, mas sua análise não consta do escopo deste trabalho.

Eis, então, delineados alguns desafios fundamentais aos reguladores e aos controladores: (i) àqueles, que produzam atos regulatórios parametrizados pelo equilíbrio de interesses; (ii) e a estes, que garantam o equilíbrio, seja por meio da

verificação direta da aderência do ato às normas e às políticas, seja pela exposição das informações do processo e pelo conseqüente aumento de pressão que isso induz.

5 Justificativas para o controle

Para efeito deste trabalho, Controle Externo é o controle promovido por cortes de contas – entidades fiscalizadoras – existentes nas esferas de governo a que estiverem jurisdicionadas as agências reguladoras, sejam elas federais ou estaduais. Não se abordarão a necessidade e os ganhos decorrentes do controle social e de outras formas de controle externo ao ambiente das agências.

A esta altura, vale rememorar que, ao mesmo tempo em que as agências reguladoras foram instituídas no Brasil, os ministérios setoriais aos quais estavam vinculadas e empresas estatais, que estavam sendo preparadas para a privatização, passavam por um processo de fragilização. A consequência desses eventos resultou na absorção de missões críticas para as agências reguladoras que, praticamente assumiram todas as funções governamentais relacionadas aos setores de infra-estrutura.

Em decorrência dessa herança institucional, as agências passaram a concentrar grande poder, posto que, na prática, formulavam as políticas, contratavam²⁹, regulamentavam, fiscalizavam e arbitravam as relações entre os agentes econômicos. Some-se a isso o fato de que as agências experimentavam graus diferenciados de autonomia na administração pública brasileira.

Se, de um lado, a estratégia de auto-incapacitação mediante delegação de poder decisório a uma burocracia autônoma, tecnicamente capaz e bem informada (transferência de poder decisório dos ministérios para as agências reguladoras) pode, teoricamente, sinalizar maior estabilidade das regras e contratos, por outro, é necessário criar instrumentos que mitiguem a possibilidade de uso arbitrário do poder acumulado pela burocracia, caso contrário as percepções dos agentes econômicos podem ser opostas a esse objetivo, ou seja, haverá desconfiança sobre a estabilidade das regras e da previsibilidade das decisões. A esse respeito, NORTH (1991, p. 101) registra:

²⁹ O fato de as Agências definirem objetos de outorga, promoverem licitações e assinarem contratos, constando como parte na relação entre poder concedente e os agentes delegados, é indesejável, pois uma das partes da relação também terá a missão de fiscalizar e arbitrar conflitos. Outro aspecto indesejável é que a definição dos objetos de outorga reflete, em certa medida, uma visão do Estado para o ritmo e a forma de expandir o provimento de serviços, a capacidade instalada e mesmo intensidade de desenvolvimento de uma atividade econômica. Em outras palavras, define uma componente importante da política setorial.

*“Um mercado de capitais exige que sejam assegurados direitos de propriedade ao longo do tempo e, simplesmente, não se desenvolverá onde 'agentes políticos' possam arbitrariamente expropriar ativos ou alterar substancialmente seu valor”.*³⁰

Para NORTH (1991), os agentes políticos não irão voluntariamente abrir mão do uso de suas prerrogativas de coerção ou expropriação, a não ser que este poder arbitrário seja banido por meio de compromissos confiáveis. Sistemas de freios e contrapesos são necessários para incentivar a atividade econômica privada, especialmente em atividades em que se requerem extensos prazos de maturação dos investimentos e, portanto, excederão vários ciclos de poder.

A necessidade de controle mediante o excesso de discricionariedade dos reguladores é discutida por DALLARI (2003), que analisa possibilidades como controles internos da administração, controle judiciário, controle externo – exercido por tribunais de contas – e controle por comissões parlamentares. De acordo com DALLARI (*idem*), o controle por meio de comissões parlamentares, ainda que não ideal, é forma possível de se estabelecer algum tipo fiscalização dos atos regulatórios. Sobre as bases ideais de controle, diz o autor:

“Em face do texto constitucional, quem poderia desenvolver um controle mais acentuado sobre as agências reguladoras seriam os Tribunais de Contas, que possuem competência para adentrar o mérito das ações administrativas, para aferir sua economicidade”.

Mas, pondera o autor que esta possibilidade se inviabiliza diante da elevada complexidade e do acentuado caráter técnico-especializado que caracterizam as decisões das agências reguladoras, somados ao despreparo técnico das cortes de contas brasileiras. Adiciona ainda que o vício de formação dos colegiados desses tribunais – nos quais prepondera a indicação política – prejudica ainda mais o resultado de eventuais fiscalizações realizadas por tribunais de contas sobre os atos regulatórios. Adiante se buscará demonstrar que o Controle Externo promovido pelos tribunais de

³⁰ Texto original: *A capital market entails security of property rights over time and will simply not evolve where political rulers can arbitrarily seize assets or radically alter their value.*

contas, ao contrário do que avalia DALLARI (2003), é uma das formas mais efetivas de controle do sistema regulatório.

Alguns outros aspectos são úteis para evidenciar a necessidade de controle sobre as agências reguladoras, principalmente tendo em vista as seguintes características propícias a uma relação clientelista³¹ e passível de captura dos reguladores por parte de agentes econômicos organizados:

- o hermetismo das informações necessárias ao acompanhamento, por parte dos usuários³², dos instrumentos de regulação econômica - principalmente reajustes e revisões tarifárias - e a dependência de informações detidas em caráter exclusivo pelos provedores privados de serviços públicos produzem forte assimetria de informação;
- os usuários dos serviços públicos são da ordem de milhões, heterogêneos e dispersos. Os provedores (muitos dos quais monopolistas) são poucos, bem informados e organizados;
- os mecanismos de institucionais de controle social³³ ainda são pouco disseminados, e os usuários não dispõem de assessoria profissionalizada para fazer frente aos interesses dos grupos mais organizados;
- muitos dos serviços públicos prestados baseiam-se em onerosas redes de infra-estrutura, fato que representa grande barreira à entrada de novos competidores (monopólios naturais);
- as agências reguladoras não dispõem de robustez operacional para dar conta da grande quantidade de desdobramentos contratuais e normativos da relação entre poder concedente e os agentes delegados;

³¹ Clientelismo, de acordo com a definição de Guy Peters adotada por FIANI (2002), é a situação em que um grupo de interesse é percebido pela Administração como representante exclusivo do setor objeto de sua regulação. Esse monopólio de representação pode resultar na captura das agências reguladoras pelos agentes econômicos com maior poder de organização.

³² os usuários, por sua atomização, detêm poucas informações sobre as bases jurídicas, materiais, operacionais e financeiras envolvidas na relação entre o poder concedente e seus delegados.

³³ As audiências públicas e os conselhos de consumidores são os principais.

- as estruturas governamentais da administração direta não estão preparadas para aferir o desempenho e a aderência das ações das agências reguladoras às políticas e diretrizes formuladas pelo governo;
- as agências reguladoras têm acumulado as funções de poder concedente, fiscalizadoras e reguladores das delegações;
- existem grandes lacunas de regulamentos que devem ser elaborados no âmbito das agências reguladoras, o que ainda significa uma expressiva reserva de poder para estes entes.

A partir desse diagnóstico, é possível sintetizar o controle das agências reguladoras em três eixos principais³⁴: (i) um primeiro representado pelo órgão administrativo ao qual se vincula a agência, responsável por políticas e diretrizes que serão implementadas; (ii) um segundo representado por provedores de serviços públicos, em geral grandes empresas monopolistas ou oligopolistas; e (iii) um terceiro representado por usuários dos serviços – atomizados, heterogêneos e não organizados.

Considerando a fragilidade já mencionada dos controles promovidos pelos grupos *i* e *iii*, prepondera nitidamente a supremacia de investidores (*i*) que detêm informações e capacidade técnica para intervir no jogo regulatório. À agência, por seu turno, cabe a difícil tarefa de mediar os interesses, geralmente conflitantes, entre governo, consumidores e provedores, evitando a dependência em relação a um grupo de interesse específico. Segundo FIANI (2002):

“(...) a consequência é um progressivo aumento da dependência da agência em relação a um grupo de interesse, tanto porque a agência não tem como contrapor outros interesses ao interesse do grupo que a capturou, como também pelo fato de que a agência depende do grupo de interesse para obter as informações que necessita. Em função disso, a agência vai passar a defender interesses particulares ao invés de interesses gerais da população. Para tanto, a agência tenderá a reforçar o sigilo e a despolitização no seu processo decisório, uma vez que deseja evitar a prestação de contas e a investigação por parte do público”.

Mecanismos de controle sobre o sistema regulatório são desejáveis, portanto, tanto por questões estruturais – inerentes e indissociáveis do jogo regulatório – quanto por questões conjunturais – por exemplo, falhas decorrentes da herança institucional. Ou seja, ainda que determinadas motivações para o controle possam cessar no decorrer do tempo, aspectos estruturais do sistemas regulatório são suficientes para demandar ações de controle.

Cada modalidade de controle tem motivações, instrumentos sistemas próprios. Assim, o controle judicial produzirá resultados diferentes daqueles alcançados pelo controle social ou pelo controle decorrente da pressão de determinados grupos de interesse. A modalidade que se propôs discutir no presente trabalho foi o Controle Externo promovido por entidades fiscalizadoras ligadas ao Legislativo nas diversas esferas de governo. O objeto do Controle Externo, nesse caso, é a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório e não o jogo regulatório em si.

5.1 Histórico do controle externo da regulação

Quando o Estado intervinha diretamente no provimento dos serviços públicos, o sistema regulatório tinha pouca ênfase, pois o controle da prestação se dava de forma endógena, hierárquica. Nesse contexto, os atos de gestão (procedimentos e execução orçamentária) dos administradores eram o foco do Controle Externo, que baseava-se na análise das prestações de contas das empresas estatais. Ao dar relevância ao enfoque regulador do aparelho estatal, a reforma acabou por induzir a uma necessidade de mudança na forma e no conteúdo do controle.

Assim, em 1998, o TCU criou uma unidade técnica dedicada à análise das privatização da atuação dos órgãos reguladores: a Secretaria de Fiscalização de Desestatização (SEFID). Esta unidade presta apoio técnico ao Tribunal no acompanhamento da prestação de serviços públicos nas áreas de energia elétrica, telecomunicações, serviços postais, portos, rodovias, ferrovias, transportes de passageiros interestaduais e internacionais, portos secos e petróleo e gás natural.

³⁴ De acordo com a trilateralidade descrita por PIETRO (1999).

Os primeiros trabalhos do TCU sobre concessões versaram sobre rodovias federais³⁵ e as primeiras normas reguladoras desse acompanhamento derivaram de decisões em casos concretos e, posteriormente, foram sistematizadas em Instruções Normativas³⁶.

5.2 Abordagem e ambiente de controle

Preliminarmente, cabe enfatizar que, no Controle Externo exercido pelos tribunais de contas, não deve haver a pretensão de substituir o regulador. Caso contrário, haverá confusão de mandatos e o sistema regulatório será prejudicado. Em relação à atuação do Tribunal de Contas da União – objeto deste trabalho –, deseja-se ampliar a *accountability* regulatória, garantir a conformidade dos atos, induzir melhorias e mitigar o risco de captura do regulador por grupos de interesses. Também não se pretende o Controle Externo como defensor dos direitos de um grupo em detrimento de outro, mas como defensor da estabilidade das regras, dos contratos e da eficiência do jogo regulatório³⁷.

5.2.1 Objetivos

O que difere o Controle Externo das demais modalidades de controle é que os resultados produzidos devem buscar simultaneamente três objetivos: (i) conformidade dos atos regulatórios a normas, contratos, políticas e diretrizes; (ii) incremento de *accountability* pela democratização das informações, motivação e fundamentação das decisões dos reguladores e (iii) melhoria do sistema regulatório.

³⁵ O Tribunal, mediante a Decisão Plenário nº 141/93, aprovou requerimento acerca do acompanhamento de todos os procedimentos relativos à concessão para a exploração da Ponte Rio-Niterói, especialmente quanto à viabilidade técnica e econômica da outorga, à licitação e aos aspectos do contrato de concessão (ZYMLER, 2003).

³⁶ A primeira norma foi a IN TCU nº 10, de 22/11/1995, posteriormente substituída pela IN TCU nº 27, de 7/12/1998, que trata do acompanhamento das privatizações e delegações mediante concessão, permissão ou autorização. Mais recentemente, foram editadas a IN nº 43, de 3/7/2002, que dispõe sobre o acompanhamento dos processos de revisão tarifária periódica dos contratos de concessão dos serviços de distribuição de energia elétrica, e a IN nº 46, de 25/8/2004, que dispõe sobre a fiscalização dos processos de concessão de rodovias federais, inclusive as delegadas.

³⁷ Um exemplo dessa conduta é a proposta de atuação do Tribunal de Contas da União no acompanhamento das revisões tarifárias de distribuição de energia elétrica promovidas pela Agência Nacional de Energia Elétrica.

Esses objetivos não são excludentes, ou seja, a abordagem de fiscalização não elegerá um detrimento de outros. Frequentemente, aliás, vários ou todos os objetivos são enfocados simultaneamente.

5.2.2 Dimensões

Diante dos objetivos declarados, é necessário definir um conjunto de dimensões de controle que forneçam medidas do afastamento (ou aderência) dos atos regulatórios em relação a certos parâmetros ótimos (critérios) segundo enfoques da conformidade dos atos e do desempenho do regulador. Na Tabela 2 busca-se sistematizar as dimensões de controle segundo critérios e objetivos.

Tabela 2 - Dimensões de controle dos entes reguladores.

Dimensões	Critérios	Objetivos
Normas, regulamentos e contratos	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Constituição ▪ Leis ▪ Regulamentos ▪ Contratos ▪ Escolhas declaradas pelos reguladores 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Conformidade
Mandato	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Área de atuação da agência ▪ Área de atuação do ministério setorial ▪ Área de atuação dos conselhos interministeriais ▪ Legislação 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Conformidade ▪ Melhoria
Autonomia	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Autonomia administrativa ▪ Autonomia financeira 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>Accountability</i> ▪ Melhoria
Independência	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Imunidade a interferências políticas ▪ Imunidade a interferências de grupos de interesses ▪ Estabilidade dos quadros técnicos ▪ Transparência e devido processo legal na produção do ato regulatório ▪ Previsibilidade e equilíbrio das decisões 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>Accountability</i> ▪ Melhoria
Capacidade regulatória	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Sistemas de informação ▪ Capacidade técnica ▪ Indução de eficiência empresarial ▪ Indução de competição ▪ Indução à universalização ▪ Indução à qualidade dos serviços ▪ Manutenção do equilíbrio entre preços e custos dos serviços prestados ▪ Respeito ao meio ambiente 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Melhoria

5.2.3 Tempo

Considerando que os termos de delegação são, em geral, de longo prazo, envolvem grandezas econômicas de ordem elevada e tratam de serviços cuja descontinuidade pode causar grande transtorno à ordem pública, passa a ser condição fundamental à eficácia do controle que este seja realizado previa ou concomitantemente à outorga e aos eventos contratuais relevantes – regulares ou episódicos –, posto que, de outro modo, correções de eventuais falhas podem se revelar custosas e inoportunas.

5.2.4 Vantagens comparativas

Algumas características institucionais do TCU favorecem a atuação do controle: (i) a existência de uma burocracia forte e estável; (ii) o insulamento do processo eleitoral; (iii) o insulamento em relação aos agentes econômicos envolvidos no jogo regulatório; (iv) a disponibilidade de instrumentos de coerção para impor determinadas medidas corretivas (*enforcement*); (v) a possibilidade de obrigar a remessa de informações sobre os atos regulatórios e (vi) a proatividade, ou seja, o poder de iniciativa para fiscalizar atos.

Do ponto de vista histórico, o fato de o TCU ter acompanhado – inclusive operacionalmente – as empresas estatais, os processos de privatização e a constituição das agências reguladoras, permitiu desenvolver uma visão privilegiada da transformação institucional ocorrida no setor de infra-estrutura.

A forma encontrada pelo Tribunal para organizar internamente a análise dos processos regulatórios – centralizados em uma única unidade técnica (a SEFID) – favorece o desenvolvimento de uma percepção sistêmica – multisetorial – que possibilita o diagnóstico de aspectos horizontais do sistema regulatório e, conseqüentemente, a identificação de boas práticas de uma agência que podem ser recomendadas a outras.

Some-se a isso o fato de que o sistema constitucional-legal que sustenta a atuação do TCU o torna permeável às demandas da sociedade por meio de representações e denúncias, sem restrição de legitimidade ativa para suas formulações. Em suma, qualquer cidadão pode provocar a atuação do Tribunal.

Verifica-se, na prática, que a regulamentação da remessa de informações sobre atos regulatórios, induz também à formação de uma rede de política entre os reguladores e o controle. Dessa forma, o controle passa a ser uma variável amplamente considerada no processo decisório do regulador. Espera-se que os atos regulatórios produzidos nesse ambiente sejam mais transparentes, justificados, e tecnicamente embasados.

5.2.5 Aderência aos padrões internacionais

O controle dos reguladores promovido pelo TCU no Brasil, está em consonância com as boas práticas de controle adotadas no mundo consubstanciadas em diretrizes elaboradas pelo Grupo de Trabalho de Privatização da Organização Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI).

A INTOSAI apresenta 22 diretrizes de grande relevância para balizar a atuação das EFS em sua tarefa de controlar os reguladores, estruturadas em cinco seções: (i) competência técnica das EFS; (ii) ambiente da regulação econômica; (iii) fornecimento do serviço; (iv) preço do serviço; e (v) desenvolvimento da competição (INTOSAI, 2001).

5.2.6 Perspectivas

Internamente, o TCU reconhece a complexidade da missão de fiscalizar os reguladores dada a complexidade técnica das questões envolvidas. Dessa forma, o Tribunal adotou diversas medidas com vistas a capacitar seus quadros técnicos e aprimorar a sua forma atuação na área de controle da regulação. Dentre essas medidas destacam-se:

- realização de curso de pós-graduação (*latu sensu*) em controle da regulação desenvolvido pelo Instituto Serzedello Corrêa – unidade que trata de capacitação no TCU;
- estabelecimento de acordo de cooperação técnica com o governo do Reino Unido, por meio do Department for International Development (DFID), a fim de realizar trabalhos de avaliação relacionado ao impacto das políticas regulatórias em questões de equidade;

- desenvolvimento do projeto de aperfeiçoamento do controle externo da regulação com apoio do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID).

Esta última ação tem o objetivo de mapear processos organizacionais, mapear e desenvolver métodos e técnicas de controle, definir objetos de controle e modelar sistemas e fluxos de informações a fim de alavancar o potencial de controle do TCU em matérias regulatórias.

5.2.7 Externalidades

A contribuição do Controle Externo para o processo regulatório também reside na possibilidade de mobilizar outros grupos com menor capacidade de organização e favorecer o pluralismo de pressões, seja porque se avaliam os atos regulatórios, seja porque se força que o processo regulatório seja o mais transparente possível.

É num cenário assim: diverso, plural, que surge o ambiente adequado para que os insumos informacionais de que o regulador precisa para operar determinados mercados se uniformizem. Assim, os atos regulatórios produzidos nesse cenário tenderão a induzir a uma maior justiça social.

Dessa forma, o controle externo das agências reguladoras contribui decisivamente para que o processo regulatório se torne mais eficiente. Não só porque passa a ter assegurada a legalidade dos atos, mas principalmente porque propicia a explicitação da divergência de interesses dos diversos atores que atuam no sistema regulatório.

5.3 Justificativas jurídicas para o controle

A esta altura pode restar um questionamento importante sobre a atuação do TCU em relação aos reguladores, qual seja, a existência de um mandato que dê bases jurídicas à forma de controle empreendida, principalmente no que tange à avaliação operacional das agências. A análise elaborada para o TCU pode ser aplicada às demais entidades fiscalizadoras brasileiras de outras esferas de governo.

O marco da definição do mandato do TCU é a Constituição Federal de 1988. A partir desta Carta Política, além do rol de atribuições do TCU, ampliou-se

também a perspectiva do controle, ou seja, o enfoque e o objetivo da atuação das entidades fiscalizadoras. Enquanto a Constituição brasileira de 1967 atribuía ao TCU somente o exame da execução orçamentária, a Constituição de 1988 atribuiu-lhe competência para a realização de inspeções e auditorias de naturezas financeira, orçamentária, contábil, patrimonial e – de forma inovadora – auditorias de natureza operacional.

A adoção das auditorias operacionais representou uma mudança no enfoque de controle. Passou-se do exame da mera conformidade legal para a avaliação da administração quanto ao seu desempenho, analisando a eficiência, a eficácia e a economicidade da gestão pública, isto é, os resultados da ação governamental. A partir de 1988 também ganharam *status* constitucional alguns princípios que antes eram referidos somente pela doutrina ou por normas infraconstitucionais, como os da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, e, a partir de 1998, também o princípio da eficiência³⁸.

Além do largo suporte constitucional, a Lei Orgânica do TCU (nº 8.443/1992) determina a fiscalização de atos e contratos e confere prerrogativa regulamentar ao TCU para, no âmbito de sua competência e jurisdição, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade.

Explicando melhor, o TCU, em alguns casos, tem a faculdade de eleger os atos que considera mais relevantes fiscalizar, e essa fiscalização se dá sob vários enfoques, inclusive com a perspectiva de avaliar os resultados da gestão. Em outros casos, contudo, não cabe ao TCU decidir se fiscalizará ou não determinado ato, pois a fiscalização será obrigatória. É assim com as demandas do Congresso Nacional, com as denúncias e representações que podem ser formuladas por qualquer cidadão.

Outra exceção importante foi dada pela Lei do Programa Nacional de Desestatização que determina que cabe ao gestor preparar a documentação dos processos para apreciação do Tribunal de Contas da União. Esse comando, portanto,

³⁸ Emenda Constitucional nº 19/1998 – art. 37.

subtrai do TCU a faculdade de não analisar os atos de desestatização constante do PND – aí incluídas as privatizações e as outorgas de serviços públicos. Para estas desestatizações, o TCU está obrigado a apreciá-las – sempre.

Corroborando a tese de sujeição do desempenho dos reguladores ao controle do TCU o fato de que a lei criadora da ANEEL (Lei nº 9.472/1996), a única norma instituidora de agência reguladora que tratou da contratualização do desempenho desse tipo de entidade, determinou expressamente, em seu art. 7º que o contrato de gestão celebrado entre a diretoria da agência e o Poder Executivo deveria ser remetido ao Tribunal para servir de referência em auditorias operacionais.

Portanto, a possibilidade de realização pelo TCU de auditorias de natureza operacional – conforme o disposto no art. 71 da Constituição Federal do Brasil e nas leis – fundamenta e legitima, de forma ampla, a fiscalização efetuada pelo Tribunal na forma de atuação das agências reguladoras.

5.4 Resultados da atuação do TCU

A despeito de eventuais justificativas legais ou teóricas para a operação de instrumentos de controle externo sobre os reguladores, os resultados decorrentes alcançados, no caso do TCU, são muito expressivos e corroboram a necessidade de que os atos regulatórios devam estar sujeitos a permanente supervisão.

Os exemplos aqui relacionados não esgotam o universo de deliberações produzidas em relação aos atos regulatórios. Contudo, serão apresentados resultados considerados de grande relevância nos setores de eletricidade, petróleo e gás natural, telecomunicações e transportes terrestres, agrupados em termos das dimensões propostas na Tabela 2.

Deve-se atentar para o fato de que os exemplos relacionados contribuem, em geral, para mais do que uma dimensão. A categorização das deliberações do TCU, portanto, significa que uma certa dimensão foi atendida, mas não necessariamente de forma exclusiva.

5.4.1 Normas, regulamentos e contratos

- determinações para correção de procedimentos adotados nas revisões tarifárias de distribuição de energia elétrica (Acórdão TCU nº 1.756/2003 – Plenário, Acórdão TCU nº 555/2004 – Plenário, Acórdão TCU nº 556/2003 – Plenário e outros);
- determinação ao extinto DNER para que retirasse cabinas de bloqueio indevidamente instaladas em rodovias pedagiadas (Decisão TCU nº 228/1999 – Plenário e Decisão TCU nº 634/2000 – Plenário);
- determinação ao extinto DNER para que desonerasse o pedágio de rodovias federais concedidas de forma a desconsiderar o efeito de tributos indevidamente considerados pelos concessionários (Decisão TCU nº 434/1999 – Plenário e Decisão TCU nº 516/1999 – Plenário).

5.4.2 Mandato

- identificação da falta de aderência da atuação dos reguladores (ANEEL e ANP) à sua missão institucional de implementadores da política energética nacional. O TCU determinou ao Ministério de Minas e Energia que adotasse providências para por em funcionamento o Conselho Nacional de Política Energética, bem como determinou às agências que se abstivessem de praticar atos que estavam, na prática, resultando na formulação de políticas e diretrizes para o setor energético brasileiro (Decisão TCU nº 833/2000 - Plenário e Decisão TCU nº 981/2000 - Plenário);
- determinação à ANP para que explicitasse, nas rodadas de licitação de blocos para exploração e produção de petróleo e gás natural, a aderência das áreas ofertadas à política energética nacional (Decisão TCU nº 232/2002 - Plenário).

5.4.3 Autonomia e independência

- recomendação à ANP para que se aparelhasse adequadamente para realizar a fiscalização da indústria do petróleo, inclusive com o dimensionamento do quadro de pessoal necessário (Decisão TCU nº 981/2000 - Plenário);

- determinação à ANP para que definisse o regulamento de penalidades a que estariam sujeitos os concessionários operadores de blocos de exploração e produção de petróleo e gás natural (Decisão TCU nº 232/2002 - Plenário).
- recomendação à ANP para que remodelasse as audiências públicas a fim de viabilizar uma maior participação da sociedade na definição das áreas leiloadas (Acórdão TCU nº 787/2003 - Plenário).

5.4.4 Capacidade regulatória

- recomendação à ANP, ao IBAMA, ao Ministério de Minas e Energia e ao Ministério do Meio Ambiente para que explicitassem as condicionantes ambientais previamente às rodadas de licitação (Acórdão TCU nº 787/2003 - Plenário);
- determinação à ANEEL para levar em conta os benefícios dos financiamentos públicos subsidiados no custo do capital para fins de revisão tarifária no setor de transmissão de energia (Decisão TCU nº 300/2001 - Plenário);
- determinação à ANATEL para alterar o método estimação dos valores de outorga nas licitações de posições orbitais de satélites, TV por assinatura e serviço móvel, de forma a levar em conta métodos não subjetivos para a avaliação da viabilidade de projetos (Decisão TCU nº 521/1997 - Plenário, Decisão TCU nº 230/2001 - Plenário e Decisão TCU nº 319/2000 - Plenário);
- determinação à ANATEL para apurar possíveis ganhos econômicos vedados legalmente pelos concessionários do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC (Decisão TCU nº 215/2002 - Plenário);
- recomendação à ANATEL para iniciar procedimento de revisão nas tarifas do STFC (Decisão TCU nº 215/2002 - Plenário);
- determinação à ANTT para rever o parâmetro utilizado no fluxo de caixa da concessão para aferir o equilíbrio econômico-financeiro visto que poderiam majorar as tarifas cobradas dos usuários (Acórdão TCU nº 988/2004 – Plenário).

6 Conclusão

Das reformas dos setores de infra-estrutura no Brasil, emergiu uma matriz institucional destinada a manter, no setor governamental, a capacidade de coordenação do provimento dos serviços públicos, bem como induzir a cooperação entre os agentes de forma a manter a oferta de serviços dentro de certos parâmetros de qualidade, abrangência e preço.

As agências reguladoras podem ser consideradas uma síntese desse novo desenho institucional, constituindo-se no *locus* preferencial da regulação dos serviços públicos, seja nas dimensões técnica, social ou econômica. Para cumprir esse mandato, foram dotadas de instrumentos e prerrogativas especiais, notadamente autonomia administrativa, independência e poder normativo.

Muito se argumenta que o controle é incompatível com a autonomia e a independência das agências reguladoras, que embute risco regulatório, que é ineficiente do ponto de vista econômico, que é redundante por duplicar um controle que já é realizado pelo regulador. Tais argumentos poderiam ser razoáveis num ambiente em que todos os mandatos estivessem claramente delineados, os reguladores detivessem as informações necessárias para estabelecer o equilíbrio de interesses e ainda estivessem imunes a pressões de grupos de interesse e agentes políticos que comprometessem o equilíbrio regulatório e, conseqüentemente, a credibilidade do modelo.

Ocorre que os diferentes grupos de interesse caracterizam-se por distintas capacidades de organização, mobilização, influência e informação. Além disso, os contratos de concessão são regidos por eventos que provocam uma interação intensa e sistemática entre os investidores e reguladores, a partir da qual se consolidam robustas redes de relacionamento, que podem induzir os reguladores à percepção de que os investidores têm o monopólio de representação de um determinado setor.

Como conseqüência das reformas empreendidas nos setores de infra-estrutura e da forma como se organizava o Estado no modelo de intervenção direta (herança institucional), houve uma grande confusão de mandatos entre ministérios e agências reguladoras, notadamente em relação às tarefas de formular políticas e diretrizes, planejar e coordenar a oferta e a expansão dos serviços de infra-estrutura. Diante desse panorama, os reguladores ocuparam o espaço de formuladores políticos em

lugar de entes da administração direta (ministérios e conselhos interministeriais), monopolizando grande poder decisório em suas áreas de atuação.

A operação de mecanismos de controle externo sobre os reguladores é fator mitigador das diversas imperfeições do ambiente regulatório. Além disso, o controle externo colabora para a equalização da percepção dos interesses de diferentes pólos de interesse por parte dos reguladores.

O controle externo pode se dar diversas formas: (i) controle social direto; (ii) controle judicial, exercido pelo Poder Judiciário – geralmente *a posteriori* e de caráter prioritariamente formal e o (iii) Controle Externo a cargo do Poder Legislativo com auxílio dos tribunais de contas.

A despeito das demais formas de controle, verifica-se que o controle externo exercido pelos tribunais de contas – no caso deste trabalho, mais especificamente pelo Tribunal de Contas da União – contribui para equalizar os insumos informacionais que embasam um ato regulatório entre os diversos grupos de interesse, constitui rede de relacionamento entre o controle e o regulador, fato que pode se contrapor à idéia de monopólio de representação de interesses, e atua no sentido de garantir previsibilidade ao sistema regulatório pela verificação de aderência dos atos às leis e regulamentos.

Ou seja, o Controle Externo exercido pelos tribunais de contas, além dos benefícios intrínsecos – o balizamento legal dos atos praticados e os incentivos à melhoria e maior *accountability* –, produz importantes externalidades positivas, que podem ser tratadas como insumos para as demais modalidades de controle. Dessa forma, ao colaborar com o pluralismo de pressões, favorece ao regulador a percepção de interesses outros, de forma a afetar os atos regulatórios em direção a minimizar as distorções na apropriação de benefícios por grupos com maior capacidade de organização.

Bibliografia

- AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. Max Limonad. São Paulo, 1999.
- BAUDRIER, Aldrey. *Independent regulation and telecommunications performance in developing countries*. Prepared for the Annual ISNIE Conference: Institutions and Governance. Berkley, California. 2001.
- BRASIL, Ministério das Comunicações. *Encaminhamento do Projeto de Lei que versa sobre a nova organização dos serviços de telecomunicações, sobre a criação de um órgão regulador e outros aspectos, em atendimento à Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995*. Brasília, 1995.
- BRASIL, Ministério das Comunicações. *Telecomunicações. Linha do tempo*. Disponível na Internet em <http://www.mc.gov.br/historico/telefonica>, visitado em 10/8/2004.
- BRASIL, Ministério de Minas e Energia. *Modelo institucional do setor elétrico*. Brasília, 2003. Disponível na Internet em http://www.mme.gov.br/Noticias/2003/dezembro/Modelo_11.dez.03_Final1.pdf. Visitado em 27/7/2004.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Controle político das agências reguladoras*. Interesse Público, Porto Alegre, n. 18, p. 13-20, 2003.
- ELETOBRÁS. *História da Eletrobrás*. Brasil. Disponível na Internet em <http://www.eletobras.gov.br/40anos>, visitado em 30/7/2004.
- FIANI, Ronaldo. *Aspectos do modelo regulatório brasileiro: uma avaliação a partir dos conceitos de redes de políticas e herança institucional*, in TCU. *O Controle Externo da regulação de serviços públicos*, Brasília, 2002.
- _____. *Governance problems in the Brazilian energy sector*. Oxford – BP Brasil. *Research paper number 3*. Oxford, 2003.
- INTOSAI, *Diretrizes preliminares e melhores práticas em auditorias da regulação econômica*. Seul, 2001. disponível em <http://www.nao.gov.uk/intosai/wgap/eceguidelines.htm>. Visitado em 1/12/2004.
- IPEA, *O Brasil na virada do milênio*. Vol. 2, Brasília, 1997.
- MELO, Marcus André. *Governance e reforma do Estado: o paradigma agente x principal*, Revista do Serviço Público, ano 47, vol. 120, n. 1, 1996.
- _____. *A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação*. Rev. bras. Ci. Soc.vol.16, no.46, p.56-68. ISSN 0102-6909, 2001.
- NUNES, Edson. *O quarto poder: gênese, contexto, perspectivas e controle das agências regulatórias*. Brasília: Instituto Hélio Beltrão. Trabalho submetido ao II Seminário Internacional sobre agências reguladoras de serviços públicos, 2001. (Disponível em http://www.eletobras.gov.br/Downloads/IN_Noticias_Biblioteca/nunes2.zip).
- NORTH, Douglas C. *Institutions*. Journal of Economic Perspectives, Number 1, p. 97-112,1991.
- _____. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge University Press, 1990.

- PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 3ª ed. Atlas, 1999.
- SILVEIRA, R. D. *Regime jurídico dos serviços de telefonia fixa*. Editora Forum. Brasília, 2003.
- TCU. *O controle externo das agências reguladoras, questões relevantes sobre o setor elétrico e de petróleo e gás natural*. Brasília, 2003.
- _____. Relação 43/2002 – Gabinete do Ministro Ubiratan Aguiar. Ata nº 31/2002 – Segunda Câmara. Brasília, 2002.
- _____. Instrução Normativa nº 27, de 2/12/1998.
- ZYMLER, Benjamin. *O Tribunal de Contas da União e o controle das agências reguladoras*. Brasília, 2003.