

O Papel das Agências de Regulação
Fundap em 24 de setembro de 2008

Agências Reguladoras e o Mito da Esfinge

Texto relativo à Exposição feita por

Eduardo José Bernini

Economista, ex-Secretário Adjunto de Energia, ex-presidente de diversas empresas e grupos nacionais e internacionais com participação relevante no setor elétrico brasileiro. Consultor e Conselheiro de Administração independente.

Introdução: Situando o Tema

Uma das questões mais desafiadoras e ao mesmo tempo menos convergentes em termos de propostas neste início do século XXI, diz respeito a qual modelo de Estado a “sociedade” efetivamente almeja. Esse debate não é privilégio de nenhuma “sociedade” em particular, mas está presente, de forma consciente ou inconsciente, em toda a perplexidade que o mundo pós-globalização está vivendo.

Sem entrar em longas digressões sobre o fim da história e a supremacia capitalista, é fato que modelos de organização do Estado excessivamente centralizadores e intervencionistas não encontram a necessária estabilidade e enfrentam crises institucionais periódicas, com maior ou menor grau de profundidade e gravidade. O exemplo chinês é exótico, uma vez que dificilmente conseguirá ser reproduzido com a mesma eficácia. Os exemplos da Bolívia, Equador e, principalmente, Venezuela não chegam a atender, minimamente, condições de sustentabilidade política, social e econômica para serem considerados como opções reais ou realistas.

Por outro lado, a crise financeira que está varrendo os mercados mundiais evidencia que a globalização e a supremacia do capital financeiro sem bandeira e com poder de influência superior à capacidade dos Estados nacionais de exercerem de forma eficaz políticas e controles - e, conseqüentemente, as teses liberais - acabam por encontrar seus próprios limites. A velocidade com que crises são geradas e propagadas globalmente requer um repensar sobre o papel das instâncias de coordenação de políticas multilaterais e,

principalmente, sobre o papel e o perfil do aparelho de Estado. Esse repensar é essencial, sobretudo nas economias ditas emergentes e, mais ainda, nas economias realmente periféricas - o que não é o caso do Brasil, cujas características híbridas continuam as mesmas, a despeito de sua potencialidade como país continental e das suas óbvias, mas nem sempre valorizadas, qualidades como sociedade organizada sob o manto de caos cotidiano.

Não se pretende nessa breve introdução discutir as mazelas do aparelho de Estado (e de governo, que são distintos por natureza e finalidade), mas sim avaliar e comentar alguns dos aspectos da atuação das agências reguladoras, que no caso brasileiro têm sido foco de atenção e polêmica. Na essência, a discussão gira em torno de dois pontos. Um deles é quão eficaz pode vir a ser o modelo de agências reguladoras no ordenamento da economia, sobretudo nos segmentos de indústria por redes, como o setor elétrico. Outro se relaciona com a permanente sensação de alguns segmentos políticos e sociais contrários à existência das agências, na medida em que para seu eficiente funcionamento essas instituições requerem uma “*independência*”. Muitos acreditam que essa independência possa resultar no seu oposto, ou seja, que as agências possam vir a ser objeto de “*captura*”, de um lado pelos desejos transitórios do governo de plantão e, de outro, pelas indústrias que supostamente devam ser reguladas e fiscalizadas..

Esse sentimento difuso, mas perfeitamente perceptível no debate, não permite que se torne explícita uma das razões que tornam os argumentos, de lado a lado, muitas vezes confusos e incompreensíveis: *Afinal, como definir uma “agência reguladora” no âmbito da organização e das responsabilidades dos poderes que constituem o Estado de Direito?*

De fato, uma agência reguladora deveria ser na essência (e na prática) um órgão de Estado e não de governo. Por isso, a agência reguladora não se encaixa perfeitamente nas fronteiras de nenhum dos poderes, mas está presente em diversas dimensões abrangidas por eles:

- **É um órgão do Poder Executivo?** Sim, são autarquias subordinadas funcionalmente a um Ministério tutelar e devem executar com *autonomia administrativa, transparência e publicidade* os seus atos. Ao mesmo tempo devem ser *responsabilizadas e prestar contas* desses mesmos atos. Mas, para serem eficazes, precisam contar com *independência decisória*, o que pode ser contraditório

com interesses de governo, sobretudo em setores em que a presença do governo-empresário (por exemplo, controlando uma empresa operadora de uma concessão de serviço público) torne inseparável o objeto regulado do seu regulador, caso o Ministério tutelar acumule as funções de controle hierárquico e funcional (sobre a regulação e fiscalização, de um lado, e sobre a execução, de outro);

- **É um órgão do Poder Legislativo?** Não, mas dentre suas competências está a de legislar, através de atos normativos e de ações reguladoras e fiscalizadoras, em consonância com as diretrizes fixadas em lei, que condicionam as políticas a serem praticadas pelo Poder Executivo;
- **É um órgão do Poder Judiciário?** Não, mas dentre suas competências está a de arbitrar e dirimir conflitos, **seja** através da mediação das partes em conflito (e nesse particular, a Agência Reguladora pode vir a se confrontar com um agravamento da contradição que representa sua subordinação “funcional” ao Poder Executivo, tanto como executor de políticas setoriais, quanto, principalmente, na condição de empresário controlador de empresas que operem concessões ou autorizações de serviços públicos), **seja** pela aplicação de penas e sanções pecuniárias ou morais em caso de descumprimento de regras técnicas ou comerciais, ou em caso de grave desequilíbrio econômico-financeiro que coloque em risco a qualidade ou a continuidade do serviço ou a exploração do bem público concedido, impondo a obrigação da cassação, caducidade ou simples extinção do direito de continuar explorando o serviço pela empresa concessionária.

Essas são razões que por si tornam o debate sobre o padrão institucional, os limites de atuação face aos órgãos responsáveis por políticas de governo, a autonomia de gestão e a forma de exercer avaliações de resultados e controle social um verdadeiro desafio de como decodificar essa esfinge pós-moderna.

Cabe Formular Um Padrão Institucional Único Para as Agências de Regulação?

Responder a essa pergunta demonstra cabalmente a dificuldade que se enfrenta no entendimento de qual o papel que uma agência reguladora poderá exercer na regulação de um setor da economia. E comporta duas soluções absolutamente coerentes entre si. Isto,

independentemente do fato de que, no limite, as respostas apenas tornam mais explícitas as múltiplas facetas acima apontadas sobre a essência das agências reguladoras, que definem os limites de sua atuação e sua interface com os órgãos responsáveis por políticas de governo.

Sim, cabe formular um padrão institucional, senão único, ao menos similar, para as agências reguladoras quando estas destinarem-se a regular, fiscalizar e zelar pelo cumprimento das políticas de governo pelas indústrias por redes, em que monopólio natural é a essência do negócio a ser explorado por concessão ou autorização do Poder Concedente, tanto por entidades sob controle direto do governo quanto por empreendedores privados.

Serviços públicos, como transmissão e distribuição de energia elétrica, transporte e distribuição de gás canalizado, saneamento e água tratada, ferrovias e até mesmo telecomunicações (embora se ressalve a tendência do segmento de “*telecom*” ser cada vez menos dependente do fio face às rupturas tecnológicas vividas nas últimas décadas), dependem de larga escala para que sua oferta possa ser viabilizada. A necessidade de redução dos custos de investimento e operação torna sem sentido duplicar ou subdividir redes para que haja concorrência, implicando, conseqüentemente, em monopólios naturais.

Não, não cabe formular um padrão institucional único para as agências reguladoras quando estas se destinem a regular, fiscalizar e zelar pelo cumprimento de direitos e obrigações que são inerentes ao papel do Poder Executivo de atuar como fiscalizador e fiel cumpridor de direitos e obrigações genéricos e impessoais.

E é exatamente nesse ponto que se instaura uma grande confusão de papéis e de atribuições entre o que é naturalmente o poder que o governo e a administração pública “direta”, em nome da sociedade, devem exercer e o papel e as atribuições que uma agência reguladora pode exercer com mais eficiência, em um segmento específico da economia.

Tomemos como exemplo o mercado financeiro e o mercado de capitais. Dois segmentos exemplarmente competitivos, tanto local quanto globalmente. E, no entanto, alguém imagina a possibilidade de ausência de um poder regulador e fiscalizador atuando nesses segmentos? O Banco Central e a Comissão de Valores Mobiliários têm atribuições que vão além daquelas que normalmente seriam exercidas por agências reguladoras para

segmentos potencialmente monopolísticos, como as que regulam as indústrias por redes. Como enquadrar um padrão institucional único face à diversidade de situações?

Do ponto de vista teórico, a resposta é clara: sempre que uma empresa exercer uma atividade que afete interesses públicos tornando a sociedade refém, caracteriza-se a necessidade de que essa atividade venha a ser regulada e, portanto, submetida a limitações de conduta. Contudo, essa regulação não necessariamente requer a constituição de uma agência reguladora nos termos que vêm sendo preconizados.

O modelo de agências reguladoras assumiu um papel indevido de corrigir não “falhas de mercado”, mas sim falhas na capacidade do governo de estruturar adequadamente suas atividades. Ao invés de reformar o aparelho organizacional e funcional da administração direta buscou-se, com a criação de agências reguladoras, uma forma de se modernizar o funcionamento governamental sem penetrar na zona cinzenta e nebulosa das ineficiências que determinam que o governo, como organização, mostre-se absolutamente anacrônico, caro e ineficiente para o exercício de suas funções intransferíveis.

Essa incapacidade do governo de se transformar é histórica. E a solução de criar um novo caminho para contornar as mazelas da administração pública não é nova. A febre de criação de empresas estatais, nos anos 1950 a 1980, é a comprovação de que, de tempos em tempos, governantes tentam seguir caminhos modernizantes de fora para dentro da administração pública. Assim como o modelo das empresas estatais (que a princípio tornaram-se ilhas de competência técnica e executiva) foi um sopro de oxigênio na administração pública “indireta”, é um fato que, ao longo do tempo as estatais ao invés de “*exportarem*” práticas administrativas e técnicas mais eficientes - ousou dizer, “de mercado” - para a administração pública “direta”, tornaram-se *importadoras* líquidas das mesmas práticas que caracterizam a administração pública como um todo. Ressalvem-se, aqui, as honrosas exceções que, por serem exceções, acabam por dar mais peso ainda a esse fato irretorquível.

Nem as empresas estatais foram, nem as agências reguladoras virão a ser, a panacéia para todos os males que tornam a administração pública ineficiente.

E nem o mercado – e menos ainda a noção equivocada da eliminação do Estado e de seu poder de regulação – tornará mais eficiente a prestação de serviços públicos ou a oferta de bens à sociedade.

É preciso deixar extremamente claro que a atividade regulatória não precisa, necessariamente, nem da atuação direta do governo como prestador de serviços ou investidor, nem de estruturas com as características que uma agência reguladora deva atender - mesmo que, em determinadas situações, essas formas sejam as mais adequadas e apresentem vantagens explícitas. Tome-se, novamente, como exemplo o Banco Central. Ou, melhor ainda, o papel que ministérios devem exercer no caso da educação ou saúde pública, ou no estabelecimento de regras para reajuste de preços e/ou padrão de qualidade de serviços que são prestados diretamente por instituições de governo e pela iniciativa privada. Não será, necessariamente, mais eficiente que a regulação desses segmentos seja feita por agências reguladoras, sobretudo se persistirem instâncias de controle e emanção de regulamentos em paralelo, concorrendo, em competência e instâncias recursais, a administração pública “direta” com a “indireta”.

No caso das indústrias por redes, as vantagens de se contar com agências reguladoras são por demais evidentes. Quando um país deseja contar com investimentos em sua infra-estrutura (e não cabe, neste ensaio, explorar as razões que levaram à inviabilidade do modelo de intervenção direta do governo nos investimentos em infra-estrutura), a criação de uma agência reguladora indica claramente para investidores, financiadores e operadores a existência de estabilidade de regras e de respeito a contratos de longo prazo, cuja permanência e reconhecimento se farão presentes além do horizonte do mandato do governo ou do partido político que esteja no poder. E essa é uma condição fundamental para que os capitais possam ser alocados visando retornos que serão também de longo prazo.

Assim, mais do que enfatizar a discussão sobre se há cabimento ou não de haver um modelo institucional único para as agências reguladoras, cabe discutir e consolidar legalmente quais os segmentos e atividades nos quais o modelo de agência reguladora é pertinente e mais eficaz do que as funções de controle e regulação que devam ser exercidas

pela administração pública direta. E, principalmente, frontalmente enfrentar a esfinge da reforma e modernização do aparelho de governo.

Quais os Limites entre a Atuação das Agências de Regulação e os Órgãos Responsáveis Pelas Políticas?

O estabelecimento de limites entre a atuação das agências de regulação e os órgãos responsáveis pelas políticas de governo só é possível quando há clareza e objetividade na definição da necessidade de uma agência reguladora e de suas funções de controle e regulação do segmento regulado, além de quais as políticas que o aparelho de governo pretende ver executadas.

E nesse ponto forma-se a primeira “assimetria”: normalmente as funções de controle e regulação são fixadas no corpo da lei de criação da agência. Mas o mesmo não ocorre com as políticas de governo que se expressam por meios voláteis e submetidos a paixões de momento. Essa assimetria torna, na maior parte dos casos, inevitável a ocorrência de conflitos de agência (usando uma terminologia emprestada dos princípios da boa governança corporativa), entre os gestores das agências reguladoras e os agentes políticos executores de políticas de governo.

Mesmo nos casos de indústrias por redes, em que, teoricamente, seria mais clara e direta a definição de competências, esse relacionamento é tão mais estável e sereno quanto mais estável e sereno estiver o desenvolvimento dos negócios no âmbito dos serviços regulados. A ocorrência de uma situação crítica de curto prazo, ou mesmo uma crise sistêmica, como o que ocorreu com os chamados “apagões” (o da energia elétrica, o dos transportes aéreos, o colapso da rede de banda larga de internet, e proximamente talvez, o do suprimento de gás natural), tende a despertar a consciência da opinião pública e dos formadores de opinião para quão descompassado está o relacionamento institucional e a expressão de competências entre a instância reguladora e fiscalizadora e os órgãos políticos de governo. E superada a crise que motiva essa consciência, com maior ou menor ardor no debate que suscita, via imprensa e casas legislativas, *“tudo continua como dantes no quartel de Abrantes”*.

Muito embora essas situações de “crise” acabem por trazer um saldo positivo na medida em que obrigam a tomada de providências pelas autoridades envolvidas, não acabam por alterar o âmago da questão: não são capazes de determinar medidas que conduzam à institucionalização de políticas e procedimentos de planejamento de longo prazo, estáveis e duradouros o suficiente para que os agentes econômicos, privados ou públicos, possam orientar suas decisões de longo prazo, o que é essencial para os segmentos de infra-estrutura.

Casos como o do setor de energia elétrica são raros: após a crise do racionamento de 2001/2002, uma série de transformações legais e de procedimentos tornou mais evidentes os papéis da agência reguladora, dos órgãos de coordenação setorial (ONS - Operador Nacional do Sistema Elétrico, CCEE - Câmara de Comercialização de Energia Elétrica), de planejamento de longo prazo (EPE – Empresa de Pesquisa Energética) e mesmo das secretarias abrigadas sob a estrutura organizacional do Ministério de Minas e Energia. Ainda assim, persistem críticas sobre quais, efetivamente, são os limites da autonomia administrativa da agência reguladora setorial (ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica), na medida em que os seus recursos financeiros próprios vêm sendo objeto de contingenciamento, o que enfraquece a capacidade da agência de realizar com eficácia sua missão legal. Em 2006, 62% dos recursos arrecadados dos consumidores finais, através das faturas de energia elétrica, e repassados pelas distribuidoras de energia elétrica à União, foram represados para a contabilização de resultados primários nas contas do governo federal.

Como Conciliar a Necessária Autonomia de Gestão com as Avaliações de Resultados?

A *capacidade* de a agência reguladora vir a exercer com eficácia sua missão legal é condição primordial para a avaliação de sua *capacidade* de obter os resultados desejados. E esses resultados não necessariamente podem ser quantificados.

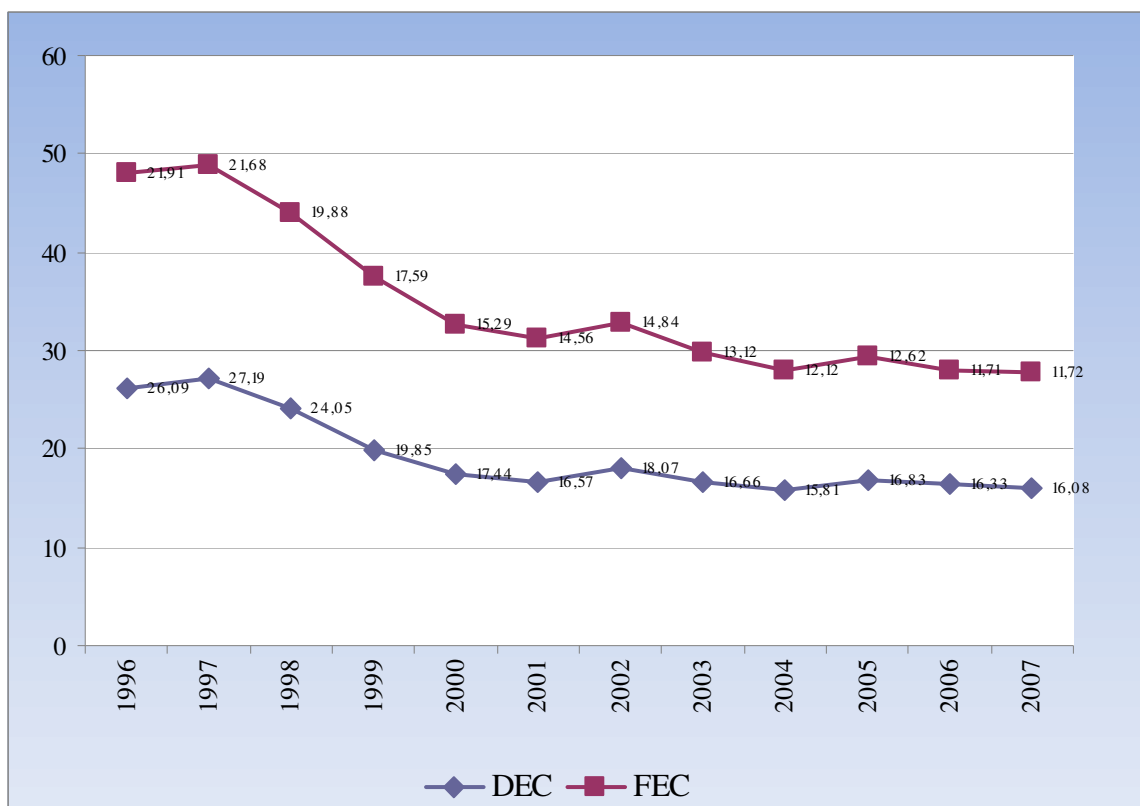
Tomando-se emprestado um exemplo do setor elétrico, pode-se observar no gráfico a seguir que a qualidade do serviço prestado pelas distribuidoras de energia elétrica a seus consumidores finais, medida pelos índices DEC (Duração das Interrupções por

Consumidor) e FEC (Frequência de Interrupções por Consumidor), desde a criação da ANEEL em 1996, mostrou uma expressiva melhoria (38% no DEC e 47% no FEC).

Pergunta-se: até que ponto foi mérito da agência reguladora, no seu papel de fiscalizadora da qualidade do serviço prestado pelas concessionárias (em conjunto com as agências estaduais, que recebem um mandato delegado na fiscalização) ou resultado de uma política pública de desverticalização da indústria de energia elétrica, segregando geração, transmissão, distribuição e comercialização em elos distintos da cadeia produtiva (tornando o objeto da concessão e portanto, da fiscalização, mais objetivo e claro) e promovendo a privatização de 31 grandes distribuidoras (a maior parte anteriormente geridas pelos governos estaduais) que respondem por 67% da energia distribuída e do número de consumidores atendidos? A resposta com certeza não poderá deixar de incluir os dois fatores.

Gráfico 1

Evolução dos Indicadores de Qualidade do Fornecimento de Energia Elétrica – Brasil
1996 - 2007

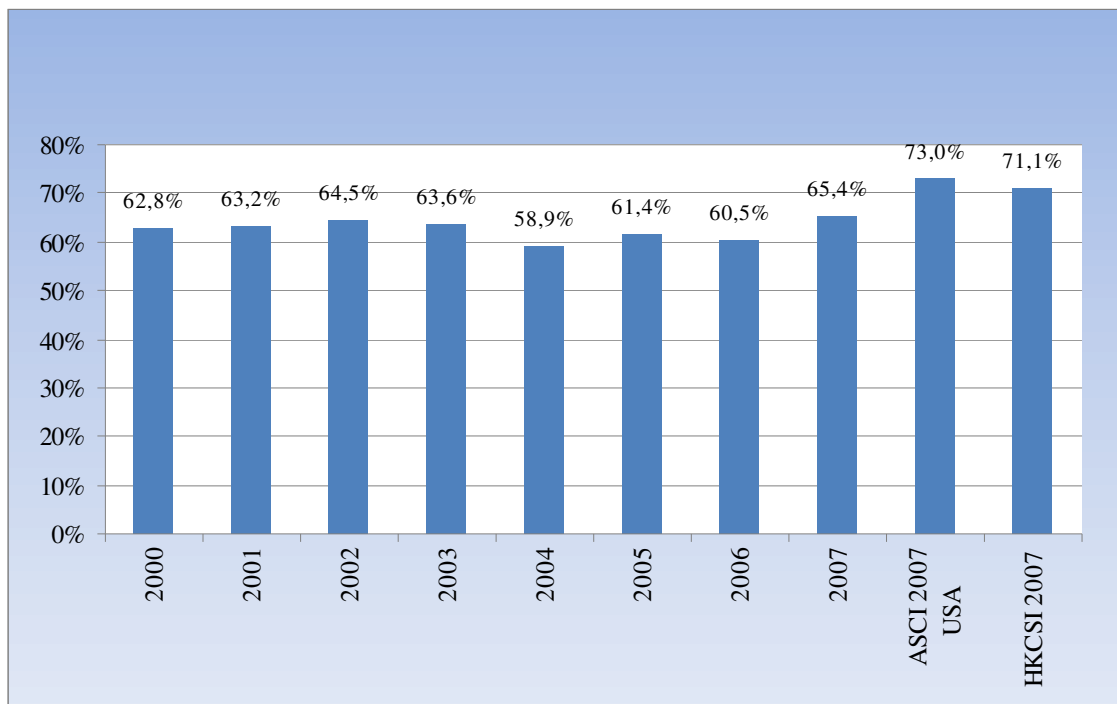


Fonte: ANEEL – Indicadores de Qualidade 2007

Nota: DEC = Duração das Interrupções por Consumidor e FEC = Frequência de Interrupções por Consumidor,

Veja-se, contudo, o caso do Índice ANEEL de Satisfação do Cliente (IASC). Este índice é obtido a partir de pesquisa realizada anualmente e busca capturar a *percepção* dos consumidores quanto à qualidade (através das dimensões “informações ao cliente”, “acesso à empresa” e “confiabilidade nos serviços”), valor do serviço (quanto o serviço agrega de satisfação ao cliente face ao preço pago), satisfação global (tendo como referência uma empresa ideal), confiança no fornecedor e fidelidade (disposição de trocar de fornecedor, mesmo que teoricamente). O gráfico a seguir apresenta a evolução do indicador geral de 2000 a 2007, bem como destaca dois *benchmarks* internacionais para efeito de comparação do nível de satisfação relativo.

Gráfico 2
IASC e *Benchmarks* Internacionais
2000 - 2007



Fonte: ANEEL – Relatório Brasil – IASC 2007, pag. 18

Pergunta-se: por que o índice de satisfação *percebida* reduz-se tão significativamente entre 2004 e 2006? E por que o nível de satisfação *percebida* no Brasil é tão mais baixo do que em outros países?

A resposta a essas perguntas deveria ser remetida a um seminário específico. Mesmo correndo o risco de abordar superficialmente uma questão complexa, respondo que a *percepção* do consumidor de energia elétrica no Brasil é a de que a energia elétrica no Brasil é cara. E, por conseqüência, a agência reguladora não está cumprindo adequadamente seu papel de regular o custo final da energia elétrica aos consumidores!

Essa conclusão, infelizmente para os consumidores, é completamente equivocada. **Sim**, a agência está atuando diuturnamente para regular a indústria de energia elétrica, através de mecanismos de incentivo a busca da eficiência nos custos operacionais e a realização de investimentos prudentes.

O problema é que a energia elétrica é cara no Brasil porque uma política pública totalmente equivocada está sendo praticada desde que a grande mudança na tributação da foi promovida pela Constituição Federal de 1988. A Constituição Federal de 1988 extinguiu o Imposto Único sobre Energia Elétrica (IUEE) e abriu caminho para que não somente os Estados tributassem a energia elétrica através do ICMS, com alíquotas cada vez maiores, mas também para que a própria União expandisse significativamente, de *moto-próprio*, a carga tributária que é imposta aos consumidores. O fato de as concessionárias atuarem como “contribuinte substituto” para toda a cadeia produtiva (da geração até o consumidor final) é um estupendo estímulo para que alíquotas crescentes venham a lhes ser impostas. O custo de arrecadação para os Estados, afinal, é extremamente baixo. Além disso, há uma garantia plena de adimplência e nenhum risco de evasão, pois mesmo em caso de inadimplência pelo consumidor final, o ônus da cobrança é da concessionária, que se vê obrigada a repassar o ICMS pelo valor faturado e não pelo valor efetivamente recebido.

Tabela 1
Arrecadação Absoluta de Tributos e Encargos pelo Setor Elétrico
2005: R\$ 35,2 bilhões

2005		2006	
Estados	19,7%	Estados	25,2%
União	15,5%	União	14,6%
Subsídios	9,4%	Subsídios	10,8%
Municípios	0,1%	Municípios	0,1%
Total	43,7%	Total	51,5%
G-T-D-C	56,3%	G-T-D-C	49,5%

Fonte: Instituto Acende Brasil/PWC – A Tributação do Setor Elétrico – Outubro 2007 pag. 12 a16

Nota: Geração: R\$ 4,5 bilhões (13%), Transmissão: R\$ 1,6 bilhão (4,5%), Distribuição: R\$ 29,1 bilhões (83%)

Como conclusão: a satisfação do cliente final é resultado da eficiência e da eficácia da regulação praticada no setor elétrico (que tem influência em menos da metade do custo efetivamente pago pelos clientes finais) ou é fruto de políticas públicas que oneram o consumidor em favor de uma ambição tributária e arrecadatária aparentemente inesgotável?

Como Tornar Efetivo o Controle Social de Forma a Garantir os Interesses da Sociedade?

Em primeiro lugar, é importante definir o que se entende por “controle social”. Uma definição curiosa é a que se encontra na Wikipedia: *“O controle social é o controle exercido pela sociedade sobre o governo. Por meio do controle social, a sociedade é envolvida no exercício da reflexão e discussão para politização de problemáticas que afetam a vida coletiva. Este modelo de gestão cria um profissional de articulação e negociação, que fomenta a cooperação e que atua no planejamento e na coordenação com foco no interesse coletivo. No controle social, o governo atua sob fiscalização da população, da opinião pública e da esfera pública política.”*

Prefiro abstrair da discussão alguns termos incluídos na definição, como *“politização de problemáticas”* ou *“modelo de gestão (que) cria um profissional de articulação e negociação, que fomenta a cooperação e que atua no planejamento e na coordenação com foco no interesse coletivo”*, pois não me parecem dizer nada que possa

ser efetivamente concretizado no mundo real. Da mesma forma, me parece óbvio que governo (mesmo os mais autoritários) atuam sob a fiscalização dos seus *stakeholders*, ou partes relacionadas, mesmo que, no caso de regimes autoritários, essa fiscalização se traduza em repressão e desconsideração ao direito ao contraditório.

Assim, prefiro entender que o controle social se expressa e se materializa pela complexidade e variedade de situações reais que fazem com que o processo regulatório seja um "moto" contínuo de educação pelo diálogo - tanto do regulador para com os operadores, quanto dos operadores para com o regulador. E esse diálogo é permeado pela pressão que a opinião pública e os agentes políticos exercem tanto sobre o regulador quanto sobre as companhias operadoras e seus controladores.

Independentemente do fato de que a interação entre operadores e regulador é fundamentada nos seus aspectos técnicos, o diálogo reflete os limites inferiores e superiores da faixa de aceitação dos argumentos de cada parte. Aqueles que os operadores possam incorporar na discussão em função, sobretudo, da imagem perante o conjunto de *stakeholders* do setor regulado ou da empresa operadora do serviço em particular, acabam se transformando em elementos determinantes do poder de arbítrio do regulador na tomada de decisão final sobre aspectos importantes que influenciam tanto a avaliação da qualidade do serviço como, principalmente, a tarifa ou o preço a ser autorizado (ou revisto dentro dos prazos definidos nos contratos de concessão ou de autorização na prestação do serviço).

Teoricamente, a regulação econômica de serviços públicos, sobretudo aqueles que apresentam características de monopólio natural, enfrenta os efeitos negativos de um dos fenômenos mais importantes do processo regulatório no que tange a interação entre o regulador e as empresas prestadoras de serviços públicos: a assimetria de informação. Conceitualmente, a assimetria de informação resulta da evidência de que o operador do serviço regulado é quem gerencia todas as informações (técnicas, operativas, financeiras, contábeis e comerciais) vinculadas à gestão do serviço. O regulador, por sua vez, tem um acesso parcial e limitado às informações, que lhe são fornecidas, em geral, pela própria empresa prestadora do serviço público. Dessa forma, a correção da assimetria de informação constitui-se em um exemplo concreto da necessidade de controle social, entendido como o conjunto de instrumentos metodológicos que permitirão ao regulador

emular condições de concorrência, e, portanto, de mercado. Condições que resultem em níveis de tarifas justos para os usuários, mas que, ao mesmo tempo, não levem à degradação do serviço prestado. Ambos garantidos pela realização de investimentos prudentes e pela cobertura de custos operacionais razoáveis que, no final do dia, permitam a obtenção de um retorno também razoável sobre o capital investido, seja para os acionistas da empresa prestadora do serviço privados, seja para os contribuintes representados pelo poder público.

A metodologia que vem sendo adotada para corrigir os efeitos negativos da assimetria de informação é a da regulação econômica por incentivo, através da construção de uma empresa teórica (chamada de Empresa de Referência). Essa empresa permite ao regulador determinar os custos referentes aos processos e atividades de operação e manutenção dos ativos necessários à prestação do serviço, de gestão, direção e administração, em condições que assegurem à empresa atingir os níveis de qualidade de serviço exigidos pela regulação técnica e comercial, mantendo sua capacidade inalterada durante todo o prazo de exploração do serviço autorizado ou concedido.

Contudo, o fenômeno da “assimetria de informação” tem sua antítese na “assimetria do poder de influência”. A autoridade pública toma suas decisões em função de dois fatores: i) convicção pessoal, que pode refletir convicções ideológicas ou técnicas; e ii) influência do grau de exposição e debate que sua decisão venha a provocar no âmbito da opinião pública ou dos formadores de opinião. Assim, mesmo que embasada tecnicamente, uma proposição oriunda dos operadores do serviço concedido ou autorizado sempre passará pelo crivo das convicções pessoais do regulador e/ou orientação de governo, sobretudo quando expressas por políticas ou práticas circunstanciais ou de curto prazo. E, na medida em que o modelo de Empresa de Referência é essencialmente uma emulação da operação de uma empresa teoricamente atuante em um mercado competitivo, ele comporta uma variedade de soluções para uma mesma realidade, em função dos objetivos políticos que estejam orientando o agente “emulador”.

Portanto, um elemento tão ou mais influente na decisão final do regulador é a qualidade e intensidade da pressão que a opinião pública, formadores de opinião ou agentes políticos estejam exercendo sobre a autoridade pública. Em momentos de crise de imagem,

como, por exemplo, aquele ocorrido durante o período do racionamento de energia elétrica (e nos meses que o sucederam, incluindo, principalmente, o período eleitoral em 2002 e a posse do novo governo em 2003), a tendência da autoridade pública é a de se antecipar e neutralizar a pressão das partes relacionadas, buscando reduzir a aceitação dos argumentos técnicos – mesmo os mais bem fundamentados – de forma a preservar seu espaço político sem comprometer sua respeitabilidade técnica. Essa foi a principal razão pela qual a primeira temporada de revisões tarifárias de distribuidoras de energia elétrica em 2003 resultou em tantos itens importantes declarados como “provisórios” - como a base de remuneração dos ativos, que acabou sendo fechada apenas dois ou três anos depois, em muitos casos.

Da mesma forma, situações específicas de concessionárias acabam por também influenciar a tomada de decisão do regulador. Os casos da AES (2003), da Cemar (2001) e da Enersul (2007/2008), cuja avaliação não se pretende focar em detalhes neste estudo, demonstram que a “assimetria do poder de influência” constitui-se em um fator crítico, inclusive para decisões de caráter empresarial.

Um aspecto interessante é que “controle social” também pode ser traduzido por “prestação de contas e responsabilização”, ou “*accountability*” como a literatura internacional registra. Tomando-se como exemplo o caso do setor elétrico, o artigo 7º. da lei de criação da ANEEL (Lei 9427/96, de 26 de dezembro de 1996) estabelece:

- Art. 7º A administração da ANEEL será objeto de contrato de gestão, negociado e celebrado entre a Diretoria e o Poder Executivo no prazo máximo de noventa dias após a nomeação do Diretor-Geral, devendo uma cópia do instrumento ser encaminhada para registro no Tribunal de Contas da União, onde servirá de peça de referência em auditoria operacional.
- § 1º O contrato de gestão será o instrumento de controle da atuação administrativa da autarquia e da avaliação do seu desempenho e elemento integrante da prestação de contas do Ministério de Minas e Energia e da ANEEL, a que se refere o art. 9º da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, sendo sua inexistência considerada falta de natureza formal, de que trata o inciso II do art. 16 da mesma Lei.
- § 2º Além de estabelecer parâmetros para a administração interna da autarquia, os procedimentos administrativos, inclusive para efeito do disposto no inciso V do art. 3º, o contrato de gestão deve estabelecer, nos programas anuais de trabalho, indicadores que permitam quantificar, de forma objetiva, a avaliação do seu desempenho.
- § 3º O contrato de gestão será avaliado periodicamente e, se necessário, revisado por ocasião da renovação parcial da diretoria da autarquia, sem prejuízo da solidariedade entre seus membros.

É o que dispõe a Lei. A realidade, porém, é outra. Desde o início de suas atividades, a ANEEL somente formalizou um contrato de gestão com o MME (exatamente o primeiro

em 1998). Isto demonstra que há que se ter muito cuidado no estabelecimento de regras de controle quando as partes não estão perfeitamente alinhadas quanto à eficácia do instrumento de prestação de contas como elemento de contínuo aperfeiçoamento administrativo, técnico ou de gestão.

Conclusões

Em resumo, alguns pontos que merecem atenção para que o debate sobre o papel e a funcionalidade das agências reguladoras possa ser conduzido de forma objetiva:

- Sendo um ser estranho ao ordenamento natural da organização dos poderes de Estado, requerem um estágio de maturidade institucional excepcional da sociedade em que atuam, na medida em que as agências reguladoras não podem ser entendidas como órgãos de governo e sim como órgãos de Estado;
- Não cabe falar de um modelo institucional único, nem similar, sem que previamente se faça a definição da real necessidade da constituição de uma agência reguladora em substituição ao papel intrínseco do aparelho de governo de regular e fiscalizar atividades econômicas. No caso das indústrias por redes, sim, cabe se falar de um modelo institucional, senão único, ao menos similar;
- Os limites de atuação de uma agência reguladora só poderão ser definidos quando e se os órgãos de atuação política de governo também passarem a definir com clareza e estabilidade as próprias políticas de governo, uma vez que as atribuições das agências são definidas na lei de sua criação. No caso das indústrias por redes, essas políticas necessariamente devem ser de longo prazo, com força e legitimidade para ultrapassem os horizontes temporais e políticos dos mandatos de governo;
- A avaliação do desempenho da missão de uma agência reguladora depende dos meios materiais que venha a dispor (sejam os recursos financeiros – e o contingenciamento que vem sendo praticado nos últimos tempos indica uma direção diametralmente oposta – seja na qualificação de seus recursos humanos) e é condicionada pela volatilidade ou estabilidade que as políticas de governo impõem ao setor regulado;

- Controle social é exercido pelo processo contínuo de educação pelo diálogo entre o ente regulador e os entes regulados, permeado pelo poder de influência que as partes relacionadas (stakeholders) exercem tanto sobre as autoridades públicas (reguladores e policy makers) quanto sobre as empresas prestadoras de serviços públicos e seus acionistas controladores (privados ou públicos).