



UNICAMP

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS

Instituto de Economia

André Lauri De Faria

Regulação, interesses e bem-estar

Campinas

2012

André Lauri de Faria

Regulação, interesses e bem-estar

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Graduação do Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Econômicas, sob orientação do Prof. Dr. Edgard Antônio Pereira.

Campinas

2012

Agradecimentos

Ao Professor Edgard Antônio Pereira, pela orientação e paciência.

À minha família, pelo cuidado.

À Camila, pelo apoio.

A Deus, por tudo.

Campinas

2012

DE FARIA, André Lauri. **Regulação, interesses e bem-estar**. 2012, 71fls. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Instituto de Economia. Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2012.

RESUMO

Este trabalho realiza uma revisão sobre regulação e regulação econômica, abordando algumas das principais teorias da regulação, e então discorre sobre o principal modelo de regulação utilizado em diversos países, de agências reguladoras independentes. O foco deste trabalho é análise da influência de grupos de interesse sobre a regulação, hipótese descrita em teoria, através de dados de contribuições recebidas em consultas públicas, um dos mecanismos de controle social das agências reguladoras.

Palavras-Chaves: Regulação, regulação econômica, teorias da regulação, agências reguladoras, bem-estar social, grupos de interesse, consultas públicas.

ABSTRACT

This paper makes a review about regulation and economic regulation, by addressing some of the major theories of regulation, and then discusses the most used regulation model in many countries, the independent regulatory agencies model. This paper focuses on the analysis of the influence of interest groups on regulation, hypothesis described in theory, based on contributions received in public consultations contributions data, one of the accountability mechanisms of the regulatory agencies.

Key-words: Regulation, economic regulation, theories of regulation, regulatory agencies, social welfare, interest groups, public consultations.

Lista de Figuras

Figura 1 - Modelo de Peltzman	15
Figura 2 – Modelo de equilíbrio político de Becker.....	17
Figura 3 – Principais Campos da Análise Econômica	20

Lista de Quadros

Quadro 1 - Agências Reguladoras no Brasil 37

Lista de Tabelas

Tabela 1 - Consultas Realizadas por Agência	49
Tabela 2 - Consultas Realizadas que receberam contribuições - por Agência.....	49
Tabela 3 - Consultas com Contribuição em relação ao Total de Consultas realizadas (%) - por agência	50
Tabela 4 – Total de Contribuições recebidas nas consultas públicas	51
Tabela 5 - Média de Contribuições por Consulta	51
Tabela 6 - Contribuições por Categoria de Contribuinte (ANATEL, ANEEL e ANP)	52
Tabela 7 - Contribuições por Categoria de Contribuinte - ANATEL.....	52
Tabela 8 - Contribuições por Categoria de Contribuinte - ANEEL.....	53
Tabela 9 - Contribuições por Categoria de Contribuinte – ANP	54

Siglas

ANA - Agência Nacional de Águas

ANAC - Agência Nacional de Aviação Civil

ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações

ANCINE - Agência Nacional do Cinema

ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica

ANP - Agência Nacional de Petróleo

ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar

ANTAQ - Agência Nacional de Transportes Aquaviários

ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres

ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária

CT – Capture Theory

DPDC – Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor

PROCON – Programa de Orientação e Proteção ao Consumidor

NPT - Normative analysis as a positive theory

TCR - Transaction Cost Regulation

Sumário

Introdução	1
1. Teorias da regulação	4
1.1. Regulação e regulação econômica	4
1.2. Teoria do interesse público	8
1.3. Teoria da captura	10
1.4. Teoria Econômica da Regulação	12
1.5. Teoria da Regulação por Custos de Transação	19
1.5.1. Teoria dos Custos de Transação	19
1.5.2. Regulação e Custos de Transação	22
1.6. Regulação e Teoria Jurídica do Conhecimento Econômico	27
1.7. Considerações a respeito da regulação econômica	31
2. Agências Reguladoras, consultas públicas e grupos de interesse	33
2.1. Processo regulatório, modelos regulatórios e o bem-estar social	33
2.2. Modelo Regulatório Brasileiro e Agências Reguladoras	36
2.3. Agências reguladoras e o controle social	40
2.4. Participação pública e as consultas públicas no modelo de agências reguladoras independentes	43
2.5. Análise das consultas públicas – tradução de interesses de grupos específicos	47
3. Conclusão	55
4. Referências bibliográficas	59

Introdução

A regulação econômica tem sido um dos pilares da organização econômica atual, e é justificada por diversas correntes de pensamento. O fundamento principal da regulação econômica provém da necessidade de correção dos efeitos do funcionamento do livre mercado sobre um determinado setor econômico, principalmente na ocorrência de falhas de mercado, como em situações onde há assimetria informacional, externalidades, concorrência imperfeita ou mercados incompletos, ou, ainda, quando há grande preocupação com relação aos custos de transação, que podem tornar inviável uma interação econômica estratégica, como quando contratos de concessão de serviços públicos são rescindidos por insegurança ou abuso de alguma das partes contratuais.

O movimento de regulação econômica insere-se em um movimento mais amplo de mudança na organização do Estado, desde a crise do modelo de *welfare state* do pós-II Guerra. Neste movimento, além das medidas de controle fiscal, somam-se medidas de reestruturação da intervenção estatal e gestão governamental, com a principal característica de mudança do papel provedor para o papel regulador da atividade econômica exercido pelo Estado.

A discussão a respeito da regulação econômica esconde um cenário mais complicado que a mera opção entre Estado provedor e Estado regulador na economia e no funcionamento dos mercados, guardando nuances relevantes a serem considerados. Como parte desse movimento de reestruturação da ação do Estado, consolidou-se a regulação como política pública, sendo que atuação do Estado deve ser orientada não apenas para correção passiva dos efeitos do livre funcionamento dos mercados para os agentes econômicos através da defesa da concorrência, mas ativamente voltada para o bem estar da sociedade em geral, através de ações de fomento, incentivo e acompanhamento a mercados e serviços estratégicos à sociedade, mas de alto risco e, portanto, baixo interesse para a iniciativa privada, como em setores de utilidade pública, caracterizados pela necessidade de altos investimentos irrecuperáveis, longo prazo de maturação e grandes riscos operacionais, onde a segurança e a supervisão são garantias a serem estabelecidas pela atividade regulatória governamental.

Apesar do histórico de diversas tentativas de teorização do conceito de regulação econômica - cuja complexidade reflete-se na seguinte passagem: “[u]m desafio central para a teoria social é explicar o padrão da intervenção estatal no mercado – o que podemos chamar de ‘regulação econômica’” (POSNER, 2004:50) - a expansão da análise teórica sobre a regulação

econômica ao longo dos anos trouxe novas abordagens sobre a maneira pela qual se dá tal movimento na sociedade, com incrementos que buscam não apenas a justificação dos mecanismos empregados, mas também de críticas e melhorias às estruturas de regulação e instituições de apoio existentes, de maneira positiva.

Atualmente, a estrutura básica de regulação econômica em vários setores estratégicos da economia se dá por meio de agências reguladoras, “órgãos estatais compostos por tecnocratas capazes de tomar decisões de ordem meramente técnica e neutra do ponto de vista político (non-political public agencies)” (MATTOS, 2002:189). A instauração do modelo de agências reguladoras como expoentes da regulação econômica se justifica porque é “o modelo institucional que permite os melhores resultados em termos de promoção do bem-estar social” (CASA CIVIL, 2003:27).

Em teoria, as agências reguladoras compõem um mecanismo eficiente de regulação da atividade econômica, sendo um dos pressupostos básicos de seu funcionamento a independência decisória do poder político.

As agências reguladoras, por representarem, de um lado, um mecanismo de regulação econômica visando mitigar efeitos deletérios da livre atuação do mercado sobre a sociedade – devido, principalmente, às “falhas de mercado” - maximizando o bem-estar social, e de outro, uma forma de extensão da Administração Pública para a execução de diretrizes de governo, estão sujeitas a dois principais tipos de risco, identificados em pesquisas teóricas: primeiro, dado que a existência das agências reguladoras pode ser vista como fruto da interação entre demanda e oferta por regulação, como descrito por Stigler (1971), surge o risco de captura do órgão regulador, neste caso a agência, por um determinado grupo de interesses, geralmente relacionado a empresas do setor regulado; segundo, devido a falhas no desenho institucional das agências, pode ocorrer o excesso de desempenho de uma função ministerial pela agência reguladora, gerando uma “captura governamental” pelo processo político. Para combater e diminuir a probabilidade de ocorrência de tais riscos, entre outros, utiliza-se diversos meios de supervisão, estímulos à transparência e avaliação no processo decisório das agências reguladoras, seja como meio de “controle social” (CASA CIVIL, 2003:27) ou como termômetro do potencial democrático, através, principalmente, de participação pública nos processos de uma agência reguladora (MATTOS, 2002:201).

Nesse contexto, este trabalho se baseia na averiguação da independência das agências reguladoras quanto à influência de grupos de interesse, com a análise de consultas públicas como expositivas dos interesses de grupos sociais que são traduzidos durante a interação das agências com os grupos nas consultas, buscando testar a hipótese descrita na teoria econômica da regulação, de que a regulação pode ser interpretada como um produto oferecido pelo governo a grupos de interesse que competem politicamente para serem beneficiados pela regulação.

O primeiro capítulo deste trabalho abrange uma análise das principais teorias a respeito da origem da regulação econômica, bem como hipóteses sobre seu funcionamento, críticas e características principais.

No segundo capítulo, serão apresentados, brevemente, argumentos sobre a institucionalização da regulação pelo governo, principais formas e descrição do modelo mais frequentemente utilizado de organização do processo regulatório, o modelo de agências regulatórias independentes. Serão expostos, também, os principais mecanismos de controle social exercidos sobre a agência reguladora, com ênfase nas consultas públicas, que são consultas realizadas com relação às normas editadas pelas agências. Os dados das contribuições recebidas nas consultas públicas serão usados como *proxy* da influência de grupos de interesse no processo regulatório, categorizando cada contribuinte em categorias representativas de grupos sociais com interesses diversos.

Por fim, no último item será feita uma análise dos dados apresentados no terceiro capítulo, a fim de elaboração de uma conclusão sobre a participação de grupos de interesse no processo regulatório, identificada através das consultas públicas realizadas pelas agências reguladoras federais, dentro da discussão sobre a validade dos pressupostos da teoria econômica da regulação no ambiente econômico brasileiro.

1. Teorias da regulação

Nesta seção serão discutidos os fundamentos da regulação e os conceitos envolvidos nos processos regulatórios, bem como as principais teorias da regulação, as críticas a elas, e as contribuições delas para a lógica geral da regulação econômica. Dentre as teorias da regulação econômica, Den Hertog (1999), expõe a divisão entre teorias positivas e teorias normativas. As teorias positivas são direcionadas à explicação econômica da regulação, e as consequências dela derivadas, enquanto as teorias normativas investigam qual seria o tipo mais eficiente e regulação. Basicamente, uma análise normativa seria uma abordagem sobre quando a regulação deveria ocorrer, enquanto uma análise positiva explicaria quando de fato ocorre. “Understanding when regulation should occur is normative analysis. This is to be contrasted with a positive theory that explains when regulation does occur.” (VISCUSI et al., 2005:377).

Primeiramente será dado um panorama geral da regulação, seguido de uma descrição das principais teorias da regulação, abrangendo as teorias do interesse público, da captura, econômica e as abordagens institucional e jurídica do processo regulatório.

1.1. Regulação e regulação econômica

Como introdução ao tema principal a ser tratado neste trabalho - a análise do funcionamento das agências reguladoras estatais - é de grande importância a caracterização do próprio termo regulação.

Regulação pode ser definida como uma das formas de atuação do governo na sociedade, que variam desde as decisões de taxaço tributária e de estratégias de gasto público até a regulação do comportamento de empresas e indivíduos.

Além de formas de atuação direta do governo sobre o mercado através do controle do comportamento dos agentes, indivíduos também são afetados por regulações que afetem tanto os preços de mercado quando a gama de produtos disponíveis para consumo (VISCUSI *ibid.* p.1). Atualmente, e tomando como base a abordagem de Viscusi et al., a respeito da sociedade norte-americana, praticamente todos os aspectos da vida em sociedade são regidos por alguma forma de regulação a partir do estado, segundo o trecho a seguir:

“The scope of government regulation remains quite broad. The role of regulation in American society remains pervasive. Various forms of government regulation touch almost every aspect of our activities and consumption patterns. The

widespread Impact of regulation is not unexpected, inasmuch as this represents a very potent mechanism by which the government can influence market outcomes” (ibid. p.2).

Ao se discorrer a respeito da regulação, uma questão que surge é a da divisão entre regulação econômica e regulação social. Para Den Hertog (1999:224), regulação social engloba, principalmente, a área ambiental, de segurança e de condições de trabalho, e regulação econômica pode ser dividida em dois principais tipos: regulação estrutural (“structural regulation”), para a regulação da estrutura de mercado (principalmente através de controles de entrada e saída de empresas num setor); e regulação de conduta (“conduct regulation”), que engloba a regulação do comportamento no mercado (como controles de preços, propaganda e padrões de qualidade).

A discussão sobre o que, afinal, é regulação se dá primeiro porque a própria definição dos termos regulação econômica e regulação social se confunde, pois abrangem temas tangentes e interdependentes, dentro da esfera econômica e da esfera social, posto que todos os indivíduos, atualmente, julga-se estarem inclusos na esfera do mercado, estando esta inserida dentro da organização social. Tomando-se o mercado, portanto, como um subconjunto da sociedade. Ou seja, dificilmente encontra-se um indivíduo, um cidadão, que esteja presente no conjunto sociedade, mas fora do conjunto mercado, mas todo indivíduo presente no conjunto mercado necessariamente está inserido no conjunto sociedade. Segundo, porque atitudes em ambas as esferas, econômica e social, interferem, necessariamente, na outra, e, portanto, medidas regulatórias econômicas necessariamente têm consequências sociais, bem como medidas regulatórias sociais muito provavelmente têm consequências econômicas. Pode-se concluir, então, em concordância com a afirmação de Viscusi et al. a respeito da divisão entre regulação social e econômica, que “the exact dividing line between economic regulations and social regulations is unclear.” (2005:8).

A partir do que convencionalmente se denominou regulação econômica, o desafio que se coloca é a teorização dos fundamentos dessa regulação econômica, conforme Posner evidencia no trecho: “[u]m desafio central para a teoria social é explicar o padrão da intervenção estatal no mercado – que podemos chamar de ‘regulação econômica’” (2004:50). A apropriada definição da expressão, para Posner, referir-se-ia “a todos os tipos de impostos e subsídios, bem como aos controles legislativo e administrativo explícitos sobre taxas, ingresso no mercado, e outras facetas da atividade econômica” (ibid.).

Para Salomão Filho, a própria teorização da regulação adquire um escopo decisivo, dado o caráter da atuação do estado, que assume, juridicamente, aspectos opostos: ingerência da vida econômica e fiscalização dos particulares. Devido a tal dicotomia entre esfera pública e esfera privada de atuação, nunca houve no Brasil espaço maior para uma discussão/teorização a respeito da regulação (SALOMÃO FILHO; 2001). Para o autor, a teorização da regulação se justifica por dois principais motivos. Primeiro por:

“poder representar exatamente a contribuição mais útil de um Estado que decide retirar-se da intervenção direta (através da prestação de uma gama bastante variada de serviços) para sua função de organizador das relações sociais e econômicas e que, por outro lado, reconhece ser para tanto insuficiente o mero e passivo exercício de um poder de polícia sobre os mercados” (ibid. p.14).

Segundo, pela grande influência da teoria econômica da regulação de origem norte-americana sobre a formulação do modelo brasileiro de organização dos setores privatizados, sob uma concepção mais liberal, e “[a] febre das agências por que passa o país e a aparente crença no poder dessas agências de corretamente organizar as relações econômicas nesses setores” (ibid. p.15). A teorização da regulação baseada na realidade brasileira é posta, a partir de tal argumento, como essencial para a adaptação da regulação à organização institucional nacional.

Salomão Filho também considera uma definição bastante e propositalmente ampla de regulação, como sendo “toda forma de organização econômica através do estado, seja intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia” (ibid.). A utilização do conceito de regulação no campo econômico seria, para Salomão Filho, correspondência necessária de dois fenômenos, “em primeiro lugar, a redução da intervenção direta do Estado na Economia, e em segundo o crescimento do movimento de concentração econômica” (ibid.).

Conceitos base dos quais derivam as análises a respeito da regulação econômica são os de livre mercado e de concorrência perfeita. Ambos esses conceitos não estão obrigatoriamente interligados, ou seja, um ambiente socioeconômico caracterizado pela livre iniciativa no mercado não necessariamente implica um ambiente de concorrência perfeita, com informação perfeita, atomismo dos agentes, atuação governamental sem custos e sem “peso morto” (“dead weight”). A respeito da livre iniciativa, Viscusi et al. coloca que “[t]he essence of free enterprise is that individual agents are allowed to make their own decisions” (2005:357). Mas a partir do momento em que a atuação do estado é reconhecida, e que suas decisões

afetam tanto o bem estar dos agentes quanto a maneira pela qual eles agem, a atuação do estado em seu papel de regulador literalmente restringe as escolhas dos agentes. A regulação seria definida, então, como uma limitação estatal ao poder de livre escolha de indivíduos e organizações (STONE, 1982, apud VISCUSI et al. 2005:10)¹. Tanto Viscusi et al. quanto Stigler (1971) definem como recurso-chave do governo o poder de coagir (“power to coerce”), e Viscusi et al. complementa: “[r]egulation is the use of this power for the purpose of restricting the decisions of economic agents” (2005:358); e também argumenta, sobre regulação econômica: “[e]conomic regulation typically refers to government-imposed restrictions on firm decisions over price, quantity, and entry or exit” (ibid.). Ou seja, regulação econômica pode ser definida como a limitação das decisões econômicas dos agentes, através de três instrumentos principais: preço, quantidade de empresas de um setor ou controle sobre tais empresas.

Como base para a formalização das causas e formas da regulação, deve-se compreender o processo regulatório em si, para entender de que maneira o comportamento dos agentes pode intervir, modelar e/ou influenciar este processo, formas de comportamento estas que devem ser explicadas por uma teorização da regulação. Viscusi et al. descreve três principais estágios no processo regulatório: Legislação – ao definir a norma jurídica requerida para estabelecer poderes regulatórios sobre determinado setor; Implementação – estágio definido logo em seguida à aprovação da legislação, onde agora os reguladores, e não os legisladores, são os atores centrais do processo; e Desregulação – um estágio ocasional, quando tanto reguladores quanto legisladores aprovam a desregulação. O estágio mais nebuloso e crucial do processo regulatório é o processo de Legislação, pois nesta fase serão definidos aspectos como qual agência tem jurisdição sobre o setor, se nova ou existente, quais serão os poderes de tal agência e os objetivos principais para ela, tendo como base o modelo de agências reguladoras, utilizado nos Estados Unidos, base para a argumentação de Viscusi et al (2005).

Tendo em mente o processo regulatório como um todo, e para melhor caracterização das teorias da regulação que serão descritas adiante, faz-se necessário deixar claro quais seriam as principais tarefas a serem completadas por uma teoria da regulação. Estas seriam, basicamente, estabelecer hipóteses claras e testáveis às seguintes arguições:

¹ “More formally, regulation has been defined as ‘a state imposed limitation on the discretion that may be exercised by individuals or organizations, which is supported by the threat of sanction’”.

- Por que regular / Porque existe regulação?
- Quem se beneficia com a regulação?
- Que setores² são mais prováveis de serem regulados?
- De que forma se dará a regulação?

Atualmente existem algumas teorias que centralizam a discussão e a formalização a respeito da regulação econômica, que serão descritas a seguir.

1.2. Teoria do interesse público

Esta teoria argumenta que, quando a competição econômica irrestrita, ou “livre mercado”, não gera efeitos considerados ótimos, existe uma base para intervenção governamental, em duas principais situações: no caso de um monopólio natural (onde os custos do setor são minimizados pelo estabelecimento de apenas uma empresa produtora, comumente com um alto componente de custos fixos, como empresas de utilidade pública); ou quando existem externalidades (quando a ação de um agente afeta a utilidade ou função de produção de outro agente). (ibid. p.376). Ou seja, na ocorrência de falhas de mercado, quando este não está em plena convergência com as premissas e hipóteses microeconômicas básicas de um mercado livre, em concorrência perfeita, e existe uma perda de bem-estar devido a essa ineficiência, a regulação surge como forma de aumentar o bem-estar social. Basicamente, “[w]hen there is a market failure, in theory, regulation may be able to raise social welfare.” (ibid. p.377). Estas são as considerações básicas da Teoria do interesse público.

Esta teoria introduz o problema da eficiência alocativa versus eficiência produtiva, mais especificamente em um monopólio natural, como está colocado no trecho:

“The problem with a natural monopoly is that there is a fundamental conflict between allocative efficiency and productive efficiency. Productive efficiency requires that only one firm produce, because only then is the value of resources used to supply the market minimized. However, a lone firm will be inclined to set price above cost in its objective of maximizing profit. But then allocative efficiency is not achieved. To generate allocative efficiency, we need enough firms that competition drives prices down to marginal cost. But then there is productive inefficiency because there are too many firms producing in the market. Thus we have an argument for government intervention when a market is a natural monopoly.” (ibid. p. 376)

² No original: “industries” (VISCUSI et al. p. 373).

O problema do monopólio natural é então resolvido com intervenção governamental. Viscusi et al. descreve esta teoria como sendo uma “análise normativa como teoria positiva”³, pois usa uma análise normativa para gerar uma teoria positiva ao dizer que a regulação é fornecida em resposta à demanda pública para a correção de uma falha de mercado ou de práticas injustas. No final, o potencial de ganho de bem-estar é que gera demanda pública por regulação.

Posner (2004) vai de encontro com esta abordagem ao dizer que os dois pressupostos básicos desta teoria são: os mercados são extremamente ineficientes e prontos a funcionar ineficientemente; e a regulação governamental não tem custos. A partir destes pressupostos, é fácil demonstrar que os expoentes da intervenção estatal na economia são “respostas simples do governo a demandas públicas pela retificação de palpáveis e remediáveis ineficiências e desigualdades no funcionamento do livre mercado.” (ibid. p.51).

Essa escola justifica a regulação não como preservação do mercado, mas primordialmente como a busca do bem público definido de formas diversas. Tal escola tem uma definição multifacetada de interesse público, ora política, ora econômica, legando grande imprecisão. A definição da Escola do Interesse Público pode ser identificada com a Escola do Serviço Público, segundo a qual o Estado é apenas “uma cooperação de serviços públicos organizados e controlados por governantes” (DUGUIT, 1923:55 apud SALOMÃO FILHO, 2001). Essa afirmação, “[a]inda que, em teoria, hipertrofiada, [...] fundamenta a linha prevalecente no direito administrativo continental europeu – e brasileiro – de utilização do regime de serviços públicos como principal forma de regulação da economia” (SALOMÃO FILHO, 2001:18).

A teoria do interesse público foi alvo de duras críticas, sendo mesmo considerada menos uma teoria que uma hipótese, de acordo com Viscusi et al., pois não descreve por quais mecanismos o bem-estar social é incrementado, nem como o potencial ganho de bem estar induz legisladores a aprovar uma legislação regulatória. A respeito da tradução legislativa da teoria, Posner (2004) argumenta que, no caso da teoria do interesse público, não há a definição de “qualquer intercâmbio ou mecanismo pelo qual uma concepção de interesse público é traduzida em ação legislativa” (p. 54), não está esquematizado como a opinião pública sobre a maximização do bem-estar social seria traduzida em ação legislativa. Enfim, a “teoria” do

³ No original: “Normative analysis as a positive theory (NPT)”.

interesse público, que, apesar das críticas, é considerada como teoria neste trabalho, não gera previsões testáveis sobre como a regulação corrige falhas de mercado, mas apenas assume isso. Ademais, inúmeras pesquisas empíricas citadas na literatura a respeito das teorias da regulação demonstram que a regulação não é positivamente correlacionada com a presença de falhas de falhas de mercado, e muitas vezes as empresas do setor apóiam a regulação, fatos estes inconsistentes com tal teoria.

Para questionar as críticas empíricas, esta teoria sofreu reformulação partindo do argumento de que não são o processo regulatório ou os objetivos básicos da regulação fontes de incoerências, mas que as incoerências da regulação na prática com tal teoria são frutos de fraquezas específicas que podem ser corrigidas com maior experiência regulatória, ou seja, “as agências regulatórias são criadas para propósitos públicos idôneos, mas são mal administradas e, como resultado, os seus objetivos nem sempre são atingidos.” (POSNER, 2004, p. 52). Tal reformulação peca, porém, pois não analisa evidências de que as consequências socialmente indesejadas da regulação são frequentemente desejadas por grupos influentes, porque a agência não é meramente mal administrada, mas funciona com razoável eficiência, porém para “alcançar objetivos deliberadamente ineficientes ou injustos estabelecidos pelo órgão legislativo que a criou” (ibid. p. 52). A teoria do interesse público também não demonstra porque as agências seriam menos eficientes que outras organizações, nem levanta evidências de que o sejam.

Mesmo depois de tal reformulação, a teoria do interesse público ainda sofre das mesmas críticas de antes, principalmente, segundo Viscusi et al., a crítica de que meramente expõe uma hipótese, ao invés de gerar uma hipótese como conclusão de um modelo, e de que ainda é inconsistente com as evidências empíricas.

1.3. Teoria da captura

Como descrito por Viscusi et al., historicamente, nos Estados Unidos, a regulação não é fortemente correlacionada à existência de falhas de mercado, mas, até meados de 1960, a regularidade era a de que a regulação era pró-produtores, com tendência de incremento do lucro do setor em questão. Em contraste com a teoria do interesse público, a teoria da captura sustenta que a regulação ocorre por demanda das empresas do setor, como descrito no trecho:

“CT [Capture Theory] states that either regulation is supplied in response to the industry’s demand for regulation (in other words, legislators are captured by the industry) or the regulatory agency comes to be controlled by the industry over the time (in other words, regulators are captured by the industry).” (VISCUSI et al. 2005:380).

A tese central da teoria da captura, como descrita por Posner (2004), na qual suas várias versões se embasam, é a de que “a regulação econômica não é de forma alguma sobre interesse público, mas é um processo pelo qual os grupos de interesse procuram promover seus interesses” (p. 56).

Marxistas e ativistas políticos defendem a tese de que, segundo o pressuposto de que “os grandes negócios – os capitalistas – controlam as instituições da nossa sociedade” (ibid. p. 57), e controlam, portanto, também a regulação. Porém tal argumento desconsidera que “[u]ma porção significativa da regulação econômica atende aos interesses de associações de pequenas empresas” (ibid.), e tal ocorrência de regulação não seria explicada segundo esta teoria.

Os cientistas políticos desenvolveram duas versões da teoria da captura. A primeira enfatiza a importância dos grupos de interesse na formação de políticas públicas, com evidências, mas não desenvolve tal argumento de forma teórica. A segunda agrega o argumento de que “com o passar do tempo as agências regulatórias acabam sendo dominadas pelo mercado regulado” (ibid. p. 58). Posner considera a teoria da captura, até o momento, com os argumentos apresentados, insatisfatória, sendo mais bem caracterizada como uma “hipótese desprovida de qualquer fundamento teórico” do que como teoria.

Outras críticas levantadas contra a teoria da captura, abordadas por Viscusi et al., são: (i) a teoria da captura não provê explicação, apenas assume a regulação como sendo pró-produtores; (ii) regularidades empíricas, como o subsídio cruzado de produtos e o viés a favor de pequenas empresas, são inconsistentes com a lógica de maximização do lucro do setor proposta pela teoria da captura e (iii) talvez a mais forte evidência contra a teoria da captura é a longa lista de regulação em setores que não foi apoiada por empresas e que resultou em menores lucros. Finalmente, a teoria da captura não explica o porquê de alguns setores serem regulados, nem porque alguns foram desregulados.

1.4. Teoria Econômica da Regulação⁴

A teoria econômica da regulação surgiu como uma nova abordagem a respeito da regulação, com o que é considerado o artigo seminal desta teoria, “The Theory of economic Regulation” (STIGLER, 1971), através de sua análise da regulação como consequência de um processo de oferta e demanda por regulação, procurando responder os principais questionamentos a respeito da regulação, quais sejam: “explain who will receive the benefits or burdens of regulation, what form regulation will take, and the effects of regulation upon the allocation of resources” (p. 3). Em seu artigo, Stigler define regulação como o uso potencial de recursos e poderes públicos para beneficiar o status de certos grupos econômicos.

Regulação, frequentemente, é visada por empresas, ou impostas a elas, e a tese central de Stigler é a de que a regulação é adquirida pela indústria e desenhada e operada ao seu benefício. As visões alternativas seriam: (i) regulação é instituída primordialmente para proteção e benefício da sociedade e dos consumidores⁵ e (ii) a regulação é produto do processo político, que, não obedecendo explicação racional, impõe a regulação por motivações diversas.

O objetivo da teoria econômica da regulação seria descobrir quando e porque uma indústria/um setor consegue usar o estado para seu benefício, ou quando este é “usado” para propósitos alheios. O principal recurso do Estado, não partilhado com nenhum cidadão, é o poder de coerção, e através dele o estado por vezes pode proporcionar políticas benéficas a algumas empresas. As principais políticas caracterizadas segundo esse conceito seriam: subsídio direto, controle sobre a entrada de concorrentes, políticas que afetam produtos substitutos ou complementares e fixação de preço. Sendo estes os principais benefícios proporcionáveis pelo estado a serem buscados por empresas, os custos de tais benefícios seriam: as consequências de algumas políticas para o resto da comunidade (peso morto⁶), e o custo de organização do grupo de interesse para influenciar o processo político, através de

⁴ Também denominada como sendo parte do agrupamento “Private Interest Theories of Regulation” (DEN HERTOOG, 1999:224).

⁵ No original: “regulation is instituted primarily for the protection and benefit of the public at large or some large subclass of the public” (p.3)

⁶ No original: “deadweight”. Peso morto é o termo designado à perda de excedente (do consumidor, ou do consumidor e do produtor, no caso do excedente total) devido a uma mudança do ponto de equilíbrio de oferta e demanda em relação ao ponto de equilíbrio inicial, geralmente o ponto de equilíbrio competitivo, em determinado mercado.

lobbies, custos de suporte a partidos políticos e congressistas, e o custo da disseminação de informação entre eleitores. Basicamente, a teoria como exposta por Stigler descreve um “mercado” de influência política: o estado “oferta” o seu poder de coerção através da regulação, e as empresas ou grupos de interesse demandam a regulação pelos benefícios que pode trazer a seu bem estar. Uma das conclusões de Stigler é a de que se faz necessário um estudo sobre uma teoria racional do comportamento político: “Economists should quickly establish the license to practice on the rational theory of political behavior” (ibid. p.18). A discussão iniciada por Stigler coloca em pauta os diferentes fatores que determinam quais grupos de interesse (através da demanda por regulação), conseguirão controlar o processo regulatório.

Outro autor, que seguiu o caminho teórico aberto por Stigler, é Sam Peltzman, que escreveu contrariamente ao conceito tradicional de regulação na análise econômica como sendo um *deus ex machine*, ou seja, uma figura que oportunamente aparece para solucionar as dificuldades surgidas no mercado, que elimina uma ou outra lamentável consequência de alguma falha de mercado (PELTZMAN,1976:211). Ao contrário, regulação pode produzir alocação ineficiente de recursos, por isso a atenção deve se voltar para a influência do poder regulador sobre a distribuição de riqueza, bem como para a eficiência alocativa. A teoria propiciada em Stigler analisa a regulação do ponto de vista da “proteção do produtor”, em oposição à visão de “proteção do consumidor”, segundo a qual regulação é um bem público (“*free good*”), e é ofertado sem custos através do processo político. Porém, na realidade, regulação não é um bem público, nem é oferecida sem custos, por isso surge a necessidade de eschematizar a oferta e demanda por regulação numa análise positiva.

Peltzman formaliza a análise de Stigler, a respeito da oferta e demanda de regulação no processo político, e os três elementos cruciais da formulação de Stigler/Peltzman, descritos por Viscusi et al., são:

- A regulação redistribui/transfere renda/riqueza, entre os membros da sociedade, raramente em dinheiro, mas através de preços regulados, restrições à entrada de empresas nos setores, etc...;
- O comportamento dos legisladores é dirigido pelo desejo de permanecer no cargo, assim a legislação maximizará o apoio político, e a maior decisão do regulador (ou futuro regulador), segundo Peltzman (ibid. p. 214), seria o

tamanho do grupo ao qual ele promete favores, e implicitamente o tamanho de quem ele transferirá riqueza/renda;

- Grupos de interesse competem oferecendo apoio político em troca de legislação favorável.

Dados tais elementos, Peltzman infere que os grupos que direcionarão apoio político de maneira mais efetiva em troca de legislação favorável aos seus interesses serão grupos melhor organizados, sendo, mais especificamente, grupos menores e com fortes preferências reveladas, à custa de grupos maiores com preferências reveladas de maneira mais fraca e difusa. Um pressuposto chave de Peltzman é o de que os legisladores, que controlam a política regulatória, escolhem políticas que maximizam o apoio político que recebem, e, assim sendo, ao decidirem por uma política específica, intrinsecamente escolhem o grupo que se beneficiará desta política e o tamanho da riqueza que será transferida. (VISCUSI et al., 2005:383).

O modelo desenvolvido por Peltzman (Figura 1 abaixo), elaborado especificamente para regulação por preço e controle de entrada, apresenta uma função de apoio político representada por $M(P, \pi)$, onde P é o preço vigente no setor e π o lucro da indústria. O apoio político, dado por M , é negativamente dependente de P , pois quanto maior o preço, maior a oposição política dos consumidores. M , porém, é positivamente dependente de π , pois quanto maior o lucro da indústria, maior o apoio político. O lucro, $\pi(P)$, é dependente do preço, e aumenta até o preço de monopólio P^m , e acima dele é decrescente. Na figura temos várias curvas de indiferença de M , para as quais os pares de preço e lucro levam a determinado nível de apoio político. A curva M é positivamente inclinada, pois quanto maior o preço, maior o apoio político, porque, ainda que o apoio dos consumidores seja menor, o maior lucro da indústria motiva maior apoio político por parte desta. A curva de demanda efetiva é definida entre P^c e P^m e, portanto, a função de apoio político também é definida neste intervalo.

O nível ótimo de apoio político se dá no nível de preço P^* , onde a curva M_2 de apoio político tangencia a curva de restrição $\pi(P)$, entre o nível de preço competitivo P^c e o nível de preço monopolístico P^m , onde o lucro da indústria é maximizado. Assim, se demonstra formalmente que o legislador/regulador define o preço afim de maximizar o lucro da indústria.

Supondo dois grupos de interesse, o grupo 1 e o grupo 2. A transferência de riqueza para o grupo 1 depende tanto da pressão/influência exercida por este grupo sobre os legisladores e reguladores (P_1), quanto da pressão/influência exercida pelo grupo 2 (P_2), esta transferência T sendo denotada por $T = I(P_1, P_2)$, onde I é a função de influência. T é crescente em p_1 e decrescente em p_2 . Com a transferência de T para o grupo 1, a riqueza do grupo 2 é reduzida em $(1+x) T$, sendo $x \geq 0$. Quando $x > 0$, mais riqueza é tomada do grupo 2 do que é transferida ao grupo 1, e a perda de riqueza através da regulação é dada por xT .

O importante, no modelo de Becker, é a influência relativa exercida por um grupo, comparada à influência de outro grupo, e não a influência absoluta destes:

“A property of the Becker Model is that the aggregated influence is fixed. The implication is that what is important for determining the amount of regulatory activity (as measured by the wealth transfer) is the influence of one group relative to the influence of another group. Each group chooses a level of pressure as to maximize its welfare given the pressure level chosen by the other group. Because greater pressure uses up the group’s resources, each group will not want to apply too much pressure. On the other hand, the less pressure a group applies, the greater the influence of the other group.” (VISCUSI et al., 2005:386).

Dado P_2 , se o grupo 1 um reduz P_1 , sua influência relativa diminui, e, conseqüentemente, o montante de riqueza transferida ao grupo 1 também diminui. Ao analisar os custos e benefícios da pressão política, o valor ótimo de P_1 , dado P_2 , é dado por $\Psi_1(P_2)$, que é a “função de melhor resposta”⁸ do grupo 1 ao definir o melhor nível de pressão, em termos de bem-estar, em resposta ao nível de pressão do grupo 2. Se o grupo 2 opta por exercer a pressão \hat{P}_2 , então a pressão ótima a ser exercida pelo grupo 1, em $\Psi_1(\hat{P}_2)$, é \hat{P}_1 . Quanto maior a pressão exercida pelo grupo 2, maior pressão o grupo 1 tende a exercer para sobrepô-la, assim $\Psi_1(P_2)$ é crescente em P_2 .

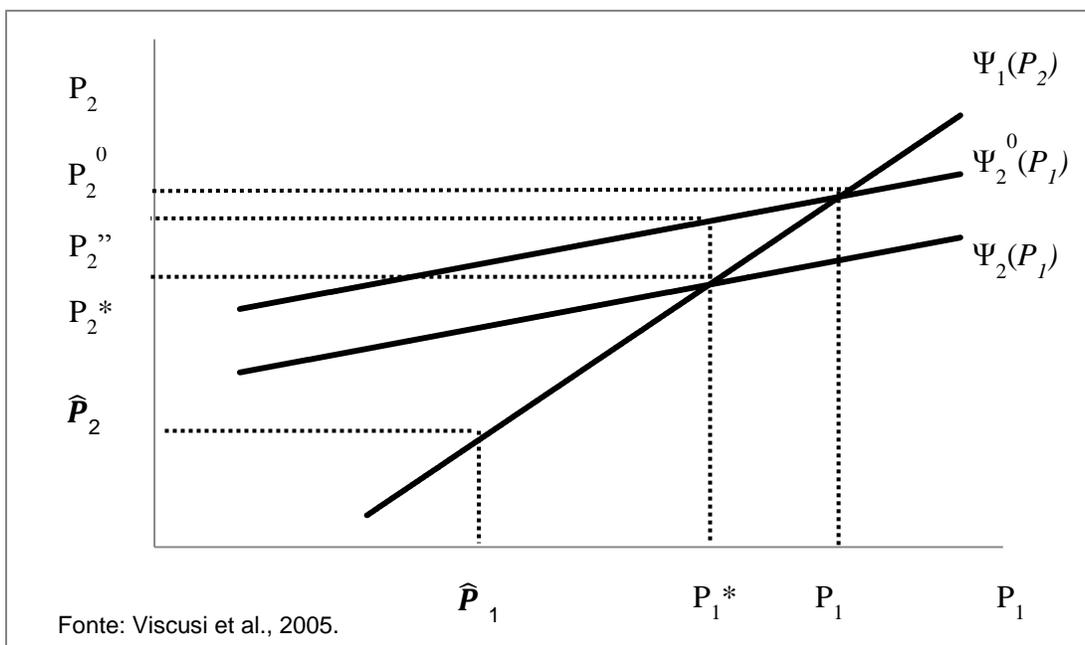
Quando ambos os grupos não têm interesse em mudar a decisão, está posto um equilíbrio político, em (P^*_1, P^*_2) , onde P^*_2 maximiza o bem-estar do grupo 1, e P^*_1 maximiza o bem-estar do grupo 2, e ambos exercem níveis ótimos de pressão. O problema do *free-rider*, bastante enfatizado em outras teorias, perde um pouco a importância neste modelo, pois a influência absoluta não é a determinante, e sim a relativa, assim sendo, o problema do *free-rider* apenas se torna importante na medida em que afeta negativamente o grupo onde este tipo de comportamento ocorre de maneira mais forte.

⁸ No original: “best response function” (ibid. p. 386).

O modelo de Becker não pode ser considerado eficiente de Pareto, pois se ambos os grupos utilizarem menos recursos, a pressão relativa ainda será a mesma, bem como o resultado político. A lógica, portanto, segue a mesma da lógica da ineficiência do resultado da curva de Cournot no modelo de equilíbrio de oligopólio.

Um ponto importante deste modelo é que o “peso morto marginal”⁹ decorrente da regulação, x , aumenta quando a atividade regulatória cresce, portanto um aumento em x leva o grupo 2 a ter maior perda para quaisquer transferências, T , para o grupo 1. O grupo 2, mediante aumento em x , exercerá maior influência para quaisquer valores de P_1 , ocasionando uma mudança na curva de melhor resposta de $\Psi_2(P_1)$ para $\Psi_2^0(P_1)$. Isso leva a um novo equilíbrio, (P_1^0, P_2^0) , onde ambos os grupos exercem maior influência, pois o grupo 1, ainda que não mude sua curva de melhor resposta, reage de maneira mais forte à influência do grupo 2. O que usualmente ocorre, entretanto, é um aumento de pressão do grupo 1 menor que o aumento de pressão exercida pelo grupo 2, levando a menor pressão favorável à regulação. O modelo também ressalta que políticas regulatória que melhorem o bem estar têm maior probabilidade de serem implementadas.

Figura 2 – Modelo de equilíbrio político de Becker



⁹ No original: “marginal deadweight loss”.

Becker também argumenta que indústrias caracterizadas por serem monopólios naturais terão menor perda de excedente (peso morto) ao serem reguladas que indústrias competitivas e, dado o menor peso morto ao regular empresas monopolísticas, maior pressão será exercida a favor de tal regulação. Setores com mais falhas de mercado (e portanto com pesos morto menores ou negativos) têm maior probabilidade de regulação, pois os grupos beneficiários tem maiores chances de obter ganhos, e portanto exercem maior pressão favorável.

Ao analisar estes três principais modelos de análise que compõem a Teoria Econômica da Regulação, pode-se claramente observar o ciclo virtuoso de evolução, desde a idealização de uma teoria da oferta e demanda de regulação por Stigler entre grupos de interesse, até a abordagem de Peltzman sobre transferência de riquezas para grupos de interesse melhores organizados, e por fim a teorização do equilíbrio político através da influência relativa exercida por grupos de interesse e transferida para a esfera política, de maneira favorável ou não à regulação¹⁰.

Para Viscusi et al., uma diferença importante da Teoria Econômica da Regulação é que nesta a regulação não é fortemente associada com a existência de externalidades (como a Teoria do Interesse Público) nem tem apelo exclusivo ao viés “pró-produtor” (como a Teoria da Captura), pois considera a influência de grupos de consumidores, por exemplo, no processo regulatório. Ou seja, é uma teoria mais flexível.

A crítica principal a essa teoria é a de que assume um processo regulatório influenciado diretamente pelos grupos de interesse, quando existem inúmeros outros atores com influência material no processo. Ao assumir que grupos de interesse controlam legisladores, e estes controlam os reguladores, a teoria em questão ignora elementos importantes referentes ao real comportamento do poder legislativo, bem como ignorando o papel do poder judiciário no processo regulatório.

¹⁰ Além das características e críticas aqui colocadas, fazem, ainda, parte da discussão a respeito da Teoria Econômica da Regulação casos empíricos em setores regulados, bem como tendências de desregulação e reregulação, que fogem ao escopo deste trabalho. Para tais temas, ver: PELTZMAN, 1989; DEN HERTOOG, 2010; PRENTICE; PROKOP, 2010; DELMAS et al., 2009 e HERTMAN; 2009

Outra fraqueza da teoria econômica da regulação é a de que

“exclui a possibilidade de que a sociedade, preocupada com a habilidade de grupos de interesse em manipular o processo político em favor deles, estabeleça instituições que capacitem considerações genuínas de interesse público a influenciar a formação de políticas públicas [...] [e] várias características do direito e das políticas públicas desenhadas para manter um sistema de mercado são mais plausíveis se explicadas através da referência a um amplo interesse social em eficiência do que através da referência aos desenhos definidos por grupos de interesse restritos.” (POSNER, 2004:67).

Porém, para Posner, apesar das críticas levantadas, argumenta que as evidências vão ao encontro de tal teoria, e defende que a “regulação econômica é melhor [*sic*] explicada como um produto fornecido a grupos de interesse do que como uma expressão do interesse social em eficiência e justiça.” (ibid.).

Posner conclui que há um grande sucesso na teoria econômica da regulação, ao levantar “o pressuposto geral da economia, que comportamento humano pode ser compreendido como uma resposta de seres racionais individualistas ao meio ambiente” (ibid. p. 74), pressuposto este que deve ter ampla aplicação no processo político.

1.5. Teoria da Regulação por Custos de Transação¹¹

1.5.1. Teoria dos Custos de Transação

Antes de uma abordagem mais específica sobre os aspectos regulatórios desenvolvidos a partir da Teoria dos Custos de Transação, é razoável uma breve descrição da mesma. Um dos precursores e principal autor a abordar o tema dos custos de transação como uma teoria específica foi Oliver E. Williamson, para quem tal teoria teve início no histórico de exceções com relação às suas respectivas ortodoxias em três áreas distintas, apesar de correlatas: economia, direito e teoria da organização. Estas três áreas comportaram dissensões com o paradigma da alocação de recursos, segundo o qual empresas não são hierarquias, mas “production functions whereby inputs were transformed into outputs according to the laws of technology” (WILLIAMSON, 2009:9). A partir desta constatação, surgiram várias teorias nestas

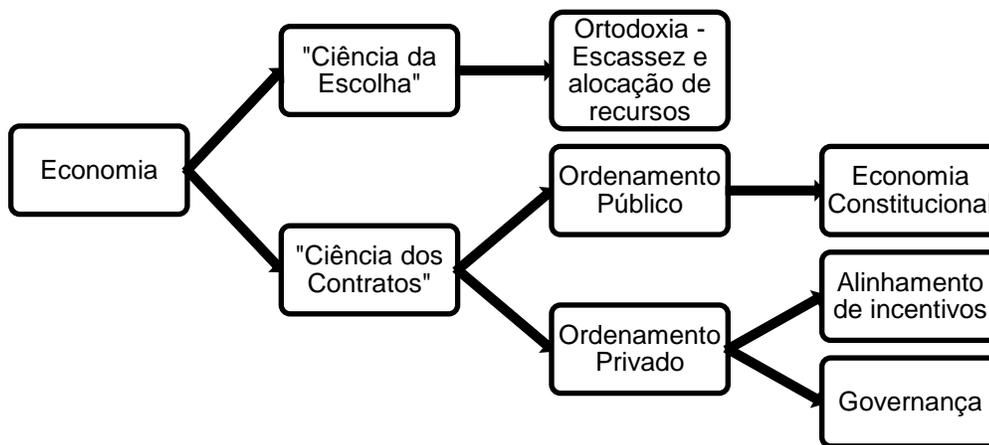
¹¹ Embora fora do escopo deste trabalho, outra importante abordagem a respeito da regulação é a da Teoria da Escolha Pública, que concentra argumentos baseados em pressupostos similares aos da Teoria dos Custos de Transação, como o comportamento dos agentes direcionado a maximizar seus interesses próprios.

áreas, entre elas a Teoria dos Custos de Transação. Esta teoria é compelida contra dois principais pressupostos: o pressuposto de que não existem custos de transação, ao assumir custos de transação positivos; e o pressuposto de que contratos não usuais têm propósitos monopolistas, ao assumir que podem ter propósitos de eficiência.

Dado que o princípio da organização econômica é a vantagem mútua da troca voluntária (BUCHANAN, 2001, apud VISCUSI et al., 2005), a análise econômica é mais bem fundamentada a partir da “lente dos contratos” do que pela “lente da escolha”¹², pois esta analisa os fundamentos da transação, e não apenas assume esta como sujeita a informação completa e racionalidade perfeita, pressupostos estes da ortodoxia neoclássica sustentada pela teoria da escolha. A ortodoxia exacerba a simplificação da efetivação da troca em seus pressupostos, enfatizando as causas e conseqüências, mas relevando a forma, e é na forma pela qual a troca se efetiva que se foca a teoria dos custos de transação.

O esquema da Figura 3 a seguir demonstra as derivações dos principais campos de análise econômica que se baseiam na “ciência dos contratos”¹³:

Figura 3 – Principais Campos da Análise Econômica



Fonte: Williamson, 2009 – Tradução própria.

¹² No original: “lens of contract” e “lens of choice”. A lente da escolha foca nos aspectos de preço e produção, oferta e demanda, enquanto a lente dos contratos foca nos contratos e custos de transação.

¹³ No original: “science of contract”.

O principal, dentre estes campos, é o campo das finanças públicas, na forma do ordenamento público. Devido aos interesses privados envolvidos na estrutura política, há a necessidade de foco nas regras do jogo, através da economia constitucional. Já o ordenamento privado foca no ato do jogo, através de alinhamentos de incentivos *ex ante* e de estruturas de governança *ex post*. Commons (1950, apud WILLIAMSON, 2009) expõe que teorias econômicas devem estar centradas na transação e em regras de funcionamento das transações, e em problemas organizacionais, pois a transação é o elemento que une os princípios da troca (conflito, mutualidade e ordem). O principal triunfo da teoria dos custos de transação é a abordagem da empresa como um mercado, onde ocorrem transações “internas”, em contraposição às transações “externas” ocorridas no mercado, e não como similares aos agentes econômicos em geral, por possuírem funções de produção similares às funções de utilidade dos agentes pelo consumo. Essa abordagem é a principal mudança conceitual da análise econômica pela lente dos contratos e não pela lente da escolha. A empresa e o mercado, portanto, são mecanismos alternativos de coordenação da produção, pois o mecanismo de “descoberta de preços”¹⁴, essencial para a organização eficiente de uma empresa, não é automático e sem custos, como teorizado pela teoria microeconômica neoclássica, e, além de um contrato entre um vendedor e um comprador, podem ocorrer contratos trabalhistas ou integração vertical, com a união de várias atividades (COASE, 1937 apud WILLIAMSON, 2009). Os custos de transação podem também ser vistos como uma categoria mais ampla de falhas de mercado, impedindo ou dificultando a formação de mercados. A própria existência de transferências intrafirma através de integração revela a existência de custos de transação positivos, e não nulos.

A teoria dos custos de transação também está relacionada à Teoria da Organização, pois ambas estão focadas na racionalidade limitada dos agentes¹⁵. A teoria dos custos de transação vê os contratos como incompletos, devido à racionalidade limitada dos agentes. A teoria dos custos de transação também enfatiza a governança em relações contratuais como forma de tornar as transações mais eficientes e adaptativas.

¹⁴ No original: “price discovering”.

¹⁵ No original: “bounded rationality”.

Para Spiller (2011), os aspectos mais relevantes para a avaliação de alternativas de organização para monopólios naturais, abordados por Williamson, podem ser agrupadas em duas principais categorias:

- Considerações sobre custos de transação, abordando os temas: tecnologia, demanda incerta, investimentos irrecuperáveis e conhecimentos específicos;
- Considerações políticas, abordando os temas: preferências agregadas, eficiência de licitações e oportunismo político.

1.5.2. Regulação e Custos de Transação

Para o desenvolvimento do conceito de Regulação baseada nos Custos de Transação ¹⁶, que consiste numa regulação baseada na análise dos custos de transação, Spiller (2009 e 2011) faz uma distinção entre dois tipos básicos de contratos, contratos privados e contratos públicos. Dada a racionalidade limitada dos agentes, todos os contratos são, *a priori*, incompletos, pois existe assimetria informacional e, com isso, as partes tendem a utilizar-se de tal condição para manipular a relação contratual, formal ou informalmente, à seu benefício. As partes podem, entretanto, mitigar essa incompletude ao escolher o tipo de relação contratual a vigorar. Apesar da existência de mecanismos de sustentação do contrato, como ameaças de sanções, descontinuidade da relação, coerção ou expulsão de um grupo, as partes, partindo da pressuposição do benefício mútuo da relação, podem continuamente realizar adaptações no contrato, reduzindo custos de renegociação. Para tanto, formas mais complexas de governança são necessárias, e assim maiores riscos podem ocorrer, devido à complexidade adicional. No caso de transações complexas, difunde-se conhecimento específico e detalhado da situação para ambas as partes, principalmente em casos de grandes investimentos irrecuperáveis ¹⁷, o que é caracterizado como contrato relacional ¹⁸. Apesar da possibilidade do contrato relacional, adaptações no contrato podem ser necessárias em caso de eventos inesperados, que levem a uma recontratação ou mesmo à rescisão do contrato. O maior risco envolvido é o de comportamento oportunístico de alguma das partes, e limitar a ocorrência deste comportamento é uma das funções da governança contratual, proporcionando, assim, maiores incentivos ao

¹⁶ “Transaction Cost Regulation (TCR)”.

¹⁷ No original: “sunk investments”.

¹⁸ No original: “relational contract”.

investimento. A governança contratual, ao limitar tal comportamento, cumpre o papel de implementar efetivamente a transação.

O contrato público, afora as semelhanças básicas com o contrato privado, possui mais riscos, sendo dois os principais: o risco de oportunismo governamental e o “risco de terceiro”¹⁹.

Um aspecto fundamental das políticas públicas, que abrangem também a regulação, é o monopólio da verba arrecadada dos contribuintes. A partir desse aspecto, em sociedades democráticas desenvolveram-se meios de sujeitar a política pública a mecanismos de supervisão e controle, geralmente através de “terceiros”, ou órgãos independentes, para certificação do dispêndio eficiente dos recursos arrecadados. Essa supervisão pode ocorrer através de agências ou comitês. Estes órgãos, por sua vez podem sofrer influência de algum grupo externo, um “terceiro”. Spiller (2009) expõe que grande parte desta supervisão se dá através de “terceiros”, e não através de agências oficiais, e estes, sendo viesados por interesses próprios alheios aos objetivos do contrato público estabelecido, podem se portar de maneira oportunística, usufruindo da vantagem concedida pela assimetria informacional entre os “terceiros”, o público em geral e judiciário, e concedendo informações apenas quando é de interesse dos mesmos. A relação entre esse tipo comportamento e a contratação pública é dada pelo grau de complexidade e especificidade do contrato, pois quanto mais complexa a relação entre as partes, maior a assimetria de informação entre as partes, e maior o risco de comportamento oportunístico de “terceiros”.

O “risco de terceiros” é o risco do comportamento viesado do agente externo às partes, o “terceiro”, de angariar vantagens através da manipulação de informações, e tal comportamento ocasiona risco tanto para o agente público quanto para o agente privado, como partes do contrato público/privado. Frente a este risco, as partes tendem a aumentar a complexidade do contrato, afastando a possibilidade de contratos relacionais mais simples, flexíveis e adaptativos, e buscando maior especificidade do contrato. Mesmo tal medida não limita completamente o “risco de terceiros”, e frequentemente esta complexidade adicional é taxada como ineficiência nos contratos públicos, em geral, e na regulação, especificamente. A complexidade na interação, portanto, leva à complexidade na formalização do contrato.

¹⁹ No original: “third party opportunism”.

Há duas considerações importantes a fazer com relação ao risco de comportamento oportunístico de terceiros. Primeiro, uma regulação que leve a grandes flutuações nos fluxos de caixa da(s) empresa(s) do setor regulado, como limite de preço e investimento mínimo, aumenta o risco de oportunismo de terceiro. Entretanto, uma regulação que gere fluxos de caixa mais estáveis, como por taxas de retorno, além de reduzir o risco de oportunismo de terceiro, ainda garantem um menor custo do serviço, segundo Spiller (2009).

O risco de oportunismo governamental é o risco de o governo mudar “as regras do jogo”, em uma interação contratual, seja através de medidas como multas ou sanções por queda na qualidade do serviço, negando aumento de tarifas ou mesmo através de leis ou decretos versando sobre determinado tipo de contrato público, buscando objetivos outros que não os estabelecidos inicialmente no contrato. Como precaução contra este tipo de risco, algumas empresas podem buscar proteção de seus fluxos de caixa ao inflar seus gastos temporários. No caso de investimentos irre recuperáveis, o risco de oportunismo governamental pode levar a situações como subinvestimento, investimento apenas em áreas de maior retorno, gastos mínimos em manutenção, menor inovação e maiores preços, levando a situações de instabilidade política pelo conflito de interesses entre o agente privado e o governo.

Oportunismo governamental, entretanto, depende do controle do poder executivo sobre o legislativo, e pode ser limitado no caso de um poder judiciário independente. Assim como no caso de oportunismo de “terceiros”, agentes privados procuram se salvaguardar de potencial oportunismo governamental através de contratos mais completos e específicos, ou mesmo pela transferência de certos investimentos para a responsabilidade direta do governo. Caso contrário, sem tais salvaguardas, a relação público/privada poderá não ocorrer.

Estes dois principais riscos, de oportunismo governamental e de terceiros, aos quais está sujeita a relação contratual público/privada, entretanto, surgem em situações diferentes. Oportunismo governamental surge quando há poucas limitações ao arbítrio governamental, arbítrio este que, com poucas limitações, inibe o comportamento oportunístico de terceiros. Apesar desta “limitação mútua”, ambos estes tipos de comportamento surgem da existência de investimentos irre recuperáveis. Spiller (2011) faz uma crítica a outras teorias da regulação, comparadas à Regulação dos Custos de Transação, pois:

“[most theories of regulation have] a normative or passive view of the regulatory process. For some, regulation is perceived as an arena where conflicting private interests are accommodated, while others regulatory rules are optimally designed

to placate firm's profit motive subject to informational constraints. [...] The former approaches political actors as essentially passive, while the latter represents political actors as benevolent, or at the best as functionally utilitarian, in having objective functions reflecting the welfare of multiples constituencies." (SPILLER, 2011:13)

Segundo a teoria de Spiller, entretanto, os agentes políticos não são nem passivos nem benevolentes, mas sim oportunistas, seguindo seus próprios interesses. A diferença entre oportunismo governamental e exercício de poder de mercado está posta no fato de que, em caso de exercício de poder de mercado, legislação comum e práticas antitruste são mecanismos suficientes para lidar com tal prática, sem a necessidade de uma regulação específica. Spiller, porém, expõe que a origem da governança regulatória reside em incentivos ao investimento privado ao restringir o oportunismo governamental. Em designs institucionais que facilitem a captura privada da regulação, o potencial de captura política governamental também se torna maior, induzindo agentes privados a comportamentos mais cautelosos com relação a investimentos de longo prazo, e mais ávidos de retornos no curto prazo. Ademais, designs institucionais que limitem o oportunismo governamental também podem limitar o comportamento oportunístico dos operadores do setor.

Devido ao foco na relação entre as partes e no comportamento destas em contratos público/privados, a Teoria dos Custos de Transação abre caminho para a abordagem de uma forma específica de regulação, de considerável relevância na atual forma de organização econômica das sociedades democráticas no mundo todo, e amplamente utilizada como forma de intermediação entre agentes privados e o governo no Brasil, os contratos de concessão.

Um serviço de utilidade pública possui três principais características: economias de escala e escopo (a níveis de demanda relevantes), alta especificidade em ativos (investimentos irrecuperáveis) e amplo consumo do produto/serviço. A concessão é uma das formas pelas quais o Estado delibera a uma organização privada o direito sobre a implementação de um serviço público, direito este formalizado sob a forma de um contrato de concessão.

A concessão se dá através de um contrato porque assim propicia a credibilidade regulatória necessária para mitigar o risco de oportunismo governamental, principalmente no caso de setores instáveis, onde leis não são suficientes para estabelecer credibilidade suficiente para sustentar o contrato, mitigando os custos de transação. O estabelecimento de um contrato de concessão é um *trade-off* entre flexibilidade, mais relevante em relações contratuais relacionais, especificidade esta necessária para garantir a credibilidade adequada à regulação.

Contratos de concessão são contratos de longo prazo, e intrinsecamente incompletos, portanto carecem de adaptações ao longo do tempo, que devem ser feitas com clareza e transparência, através de renegociações formais. A situação que desencadeie tal renegociação deve justificar a necessidade de adaptação contratual claramente, mesmo para leigos. Spiller ressalta que, ainda que o risco de oportunismo governamental esteja limitado, o risco do comportamento oportunístico de terceiros ainda pode levar a rescisões “ineficientes” do contrato, que ocorrem com maior frequência em contratos públicos do que em contratos privados, dado os riscos específicos envolvendo contratos públicos.

Regulação, portanto, deve focar em procedimentos, quando houver maior potencial para comportamento oportunístico de terceiros, e focar em discricção quando houver maior potencial para comportamento oportunístico governamental. Na impossibilidade de implementação de mecanismos com estes focos, a empreitada pública será a norma, ao invés de delegação para o setor privado, pois a presença pública é mandatória para garantir o serviço público, quaisquer sejam as formas de organização do serviço de utilidade pública (seja através de empresas públicas, regulação flexível ou rígida para parceiros privados).

A interação público/privada, ao enfrentar os principais riscos inerentes a uma contratação pública (oportunismo governamental e de terceiros), leva a uma transação através de um contrato rígido e tido como mais ineficiente quando comparado com contratos privados. Porém tais ineficiências são inerentes a contratos públicos, em geral e especificamente no caso de contratos de concessão, o que os torna diretamente não comparáveis com contratos privados.

Contrastando sua teoria com a teoria da regulação da Escola de Chicago (Teoria Econômica da Regulação), Spiller (2011) expõe que, ainda que haja agentes buscando interesses próprios (*rent seeking*), e que efeitos distributivos sejam relevantes, a regulação baseada nos custos de transação foca nos riscos e ambiente institucional e na forma de operação e natureza da regulação, abrindo as “caixas-pretas” da regulação, assim como a teoria dos custos de transação se propôs a abrir as caixas-pretas do mercado.

1.6. Regulação e Teoria Jurídica do Conhecimento Econômico

O atual papel da regulação na sociedade, segundo a visão jurídica, tem seu histórico definido pela intervenção do Estado no domínio econômico, seguindo a seguinte trajetória, como exposta por Salomão Filho (2002):

- Primeiro, tem-se o Estado polícia, com a função de proteger a liberdade econômica e política do particular;
- Segundo, tem-se o Estado exageradamente liberal, da era keynesiana e comunista, assumindo a gestão do sistema econômico;
- Por fim tem-se o Estado atual, incumbido não apenas da gestão abstrata e macroeconômica da sociedade, mas portador do papel redistributivo, com uma gestão baseada em valores e não em objetivos econômicos. O chamado *welfare state*, i.e., o Estado do bem-estar social.

O Estado, visando perpetuar o crescimento e o desenvolvimento, teria então três princípios básicos a nortear sua atuação:

- Princípio redistributivo (a fim de eliminar ineficiências alocativas da concentração do conhecimento econômico);
- Princípio da diluição dos centros de poder econômico e político através da difusão de informações e conhecimentos (a fim de, com a difusão do conhecimento econômico, permitir a escolha consciente dos agentes e a descoberta da melhor alocação do ponto de vista social);
- Princípio da cooperação, eliminando o individualismo exacerbado e, também, focando na capacidade da esfera econômica de autocontrole, com independência da esfera política, que só ocorre introduzindo princípios cooperativos.

Estes três princípios, além de nortear a atuação estatal, norteiam a regulação, conforme argumentação a seguir, a respeito destes três princípios.

O papel redistributivo do Estado se dá através de uma redistribuição setorial, e somente ocorre se a redistribuição for também um princípio base da regulação, regulação esta que introduza de políticas redistributivas, “que não servem simplesmente para fazer com que os

serviços estejam disponíveis para toda a população (universalização em sentido formal), mas que possam ser usufruídos por toda a população (universalização em sentido material)” (ibid. p. 60). Salomão Filho ressalta “que o destinatário dessas regras [constitucionais redistributivas] é, em primeira linha, o consumidor.” (id. 2002:43). O autor também aponta que “[c]rucificada no Direito Concorrencial como forma de abuso, a discriminação entre consumidores, desde que imposta por via regulatória, como subsídio setorial, é totalmente admissível como política redistributiva” (ibid. p. 44).

Já o papel de diluição dos centros de poder econômico se expressa na regulação através da viabilização da difusão do conhecimento econômico. O conhecimento econômico é o ponto central da argumentação jurídica a respeito da regulação, pois é a real exposição das utilidades individuais dos agentes, confrontando processos de escolhas individuais de maneira agregada e empírica. Conforme exposto por Hayek (1948, apud SALOMÃO FILHO, 2002), o conhecimento econômico é, por natureza, prático, e melhor adquirido pelo processo de escolha, e o processo de escolha se dá através da efetiva existência de concorrência. Este argumento baseia a teoria jurídica do direito concorrencial, na medida em que as regras da concorrência, no campo da regulação do funcionamento dos mercados, cumprem as tarefas de (i) facilitar a escolha individual, (ii) reconhecer o elemento valorativo no processo de escolha e (iii) difundir o conhecimento econômico, difusão incompatível com a existência de poder de mercado (cf. SALOMÃO FILHO, 2001).

Dada a imprevisibilidade dos efeitos do sistema econômico,

“A grande vantagem da existência da concorrência está exatamente no fato de que a transmissão da informação e a existência de liberdade de escolha permitem *descobrir* as melhores opções existentes.” (ibid. pp. 36-37).

Outra forma de visualizar a importância do valor institucional da concorrência está relacionada à pressuposição neoclássica de que seja possível conhecer a utilidade de cada produto para cada consumidor antes deste ser consumido, assim, “um produto é adquirido porque ele tem utilidade, e não um produto tem utilidade porque é adquirido”. (ibid. p. 37). Para a teoria defendida por Salomão, a última afirmação seria a verdadeira, sendo a concorrência um processo de descoberta, pois mesmo que exista uma alternativa na escolha de um produto, “só será possível saber o nível de utilidade para o consumidor após o momento que essa alternativa é exercida.” (ibid.). Tal premissa é aceita pela própria nova economia institucional, tendo o seguinte argumento:

“A racionalidade limitada e o oportunismo nas condutas só fazem a utilidade tornar-se mais incerta e mais dependente de uma verificação empírica. [...] Só a concorrência é capaz de suprir o enorme vazio informativo proporcionado pelo mercado.” (ibid. p. 38).

Tem-se então que a concorrência, e não o mercado em si, é o valor a ser protegido e perseguido pela regulação e pelo Estado, promovendo a difusão dos centros de conhecimento econômico/poder econômico.

Por fim, o princípio da cooperação é expresso através da regulação pela necessidade de instituições que permitam a coordenação. Os agentes econômicos, sem maiores considerações morais sobre seu comportamento, naturalmente agem de maneira individualista, e para o estabelecimento de uma rede de comportamento cooperativo de maneira natural, faz-se necessário um cenário que possibilite a coordenação, com três condições mínimas, provenientes da análise do “dilema do prisioneiro”: pequeno número de participantes, existência de informação sobre o comportamento dos demais e a existência de relação continuada entre os agentes. Como tais condições não se verificam com frequência na realidade, o Direito tem a função de criar e promover instituições que possibilitem a cooperação de forma natural, e não coercitiva. O expoente da cooperação na regulação está no fato de que a presença de cooperação em setores regulados garante maior eficiência para as normas e decisões do órgão regulador, e “assegura que as partes (aqui entendidos como o agente regulador, todos os agentes regulados e todos os usuários dos serviços), possam descobrir os comportamentos de maior proveito social (ainda que de menor proveito individual).” (id., 2002:54).

Salomão Filho também expõe a necessidade de convivência dos aspectos econômicos e sociais da regulação, e que a preponderância de um sobre o outro depende da natureza do setor regulado, destacando-se os setores onde a atuação direta do Estado é imprescindível, sendo descritos como setores não-regulamentáveis, caracterizados por externalidades sociais, como educação e saúde, sendo inviável a participação do particular, pela sua mentalidade individualista contrária às externalidades sociais. Nestas situações, o setor em questão é não-regulamentável e o Estado deve prestar diretamente o serviço. Excluídos estes setores, os demais podem ser tratados segundo a análise de setores regulamentáveis, pois “[s]ó nessa hipótese há verdadeira regulação – e não intervenção direta” (id., 2001:29).

Com base nesta exposição dos princípios a reger a atuação do Estado e a regulação, para superar os limites da atual forma de intervenção estatal, tem-se:

“[a] necessidade efetiva de criação de fluxos redistributivos e de diluição de centros de poder econômico e introdução do princípio cooperativo nas relações sociais, a par da mudança da forma de planejamento e atuação do Estado.” (id., 2002:56).

Esta proposição é a base da imposição de princípios institucionais jurídicos ao particular para fundamentar a regulação, sendo o Direito Administrativo inapto para induzir o particular à colaboração no processo de desenvolvimento, porque a concepção liberal e passiva do poder de polícia não é suficiente para atender as necessidades de sistemas econômicos com tantas imperfeições estruturais, e o regime de concessão se baseia numa imperfeição insolúvel, a “crença de que é possível transformar agentes privados em persecutores do interesse público.” (ibid. p. 57). Isto se deve pela pressuposição, no Direito Público, de que o Estado teria capacidade de previsão dos fins da atividade econômica, tal sendo impossível pela incapacidade do sistema contratual de ordenar o cumprimento de fins públicos – contratos serão sempre arbitrados, através de um escambo entre os interesses das partes.

A comprovação da eficácia da substituição do mercado pelo sistema de concessões em estabelecer fins públicos para agentes privados tem sido limitada:

“Este regime tem, de um lado, originado a captura do poder concedente pelo concessionário, que, logo após a licitação, torna-se monopolista daquela atividade. De outro, tem-se mostrado ineficaz, pois, a cada controle erigido, o concessionário desenvolve duas ou três formas de contorna-lo.” (ibid. p. 59).

A abordagem jurídica contribui, portanto, ao não pressupor o completo conhecimento da realidade pelo Estado, mas ao buscar informações para conhecê-la, através do conhecimento econômico e dos princípios citados acima, baseando-se, para tanto, na procedimentalização da atividade econômica²⁰.

²⁰ Tal procedimentalização está baseada nas ideias mais progressistas do realismo jurídico. Existem duas principais correntes de realistas progressistas: a Escola de Yale, que vê na atuação do Judiciário uma valoração política de interesses contrapostos; e a Escola de Harvard, vê o problema da aplicação do Direito como uma discussão de qual a instituição mais apta a aplicá-lo. O realismo jurídico é uma das correntes que rompem com a ortodoxia da análise jurídica, como exposto por Williamson (2009), ao abordar as dissensões teóricas nos campos da economia, ciências sociais e direito.

1.7. Considerações a respeito da regulação econômica

Ao longo deste item, foram descritas várias correntes teóricas a respeito da origem da regulação, diversas justificativas para a ocorrência de regulação, bem como as formas institucionais e de governança que a regulação pode tomar.

A teorização a respeito da regulação, bem como de quaisquer outros temas das ciências humanas a respeito do comportamento humano, do comportamento dos agentes econômicos, ou do comportamento político²¹, percorre um caminho através da tênue linha imposta pela hipótese de racionalidade humana. Como bem definido pelos teóricos organizacionais, os agentes possuem racionalidade limitada, agindo segundo interesses próprios numa realidade marcada por assimetrias informacionais. Por conseguinte, teorias propostas para identificar padrões gerais em processos regulatórios específicos se mostram ineficazes de explicar todos os processos regulatórios, havendo sempre exceções a considerar em setores ou arranjos institucionais e governamentais específicos.

A regulação econômica se diferencia da regulação antitruste, sendo esta última centrada em ações de empresas que afetem o setor, seja por atos de concentração ou condutas, enquanto a primeira engloba aspectos mais abrangentes do comportamento econômico dos agentes como um todo, porém ambas permeiam um mesmo objetivo central:

“The object [of antitrust and regulation policies] is to increase the efficiency with which the economy operates, recognizing that we may fall short of the goal of replying a perfectly competitive market, but nevertheless we can achieve substantial improvements over what would prevail in the absence of such intervention.” (VISCUSI et al., 2005:9).

Podem ser ressaltados alguns pontos centrais e recorrentes, que permeiam as diversas abordagens teóricas aqui expostas sobre regulação. Primeiro, a própria existência de regulação é incontestável, justificada pela existência de falhas de mercado, pela demanda de grupos de interesse por regulação, pela necessidade de governança através da regulação para mitigar efeitos da existência de custos e riscos contratuais devido ao comportamento oportunístico de agentes e custos de transação, ou pela necessidade institucional de regulação visando proporcionar maior difusão do conhecimento econômico.

²¹ Como a proposta de Stigler de elaboração de uma “teoria racional do comportamento político”.

Segundo, o envolvimento do Estado como fomentador da regulação é a base do processo, pois o governo detém o poder de coerção, o que o distingue de quaisquer outros agentes econômicos. O Estado, no processo regulatório, além de exercer as funções de poder de polícia sobre os mercados e de agente concedente dos direitos sobre os serviços de utilidade pública, tem também a função de implementação das políticas públicas, dentre as quais a regulação. Um dos principais papéis da regulação como política pública é a persecução do bem-estar social, através da defesa da concorrência, proporcionando maior eficiência distributiva, buscando, com base em princípios constitucionais, o desenvolvimento social e econômico do país.

Por fim, temos a questão do controle social a ser exercido sobre o processo regulatório, que cabe a órgãos tecnicamente capazes de lidar com os riscos e pressões inerentes às interações econômicas do setor a ser regulado, e de implementar de maneira eficaz as políticas públicas (e/ou setoriais) estabelecidas pelo governo, sem gerar ineficiências, através de um processo transparente, independente e evolutivo, proporcionando melhor conhecimento do setor, para, até mesmo, identificar evidências concretas da necessidade de desregulamentação, como tem ocorrido internacionalmente em determinados setores. A forma institucional mais comum de estabelecimento de um órgão regulatório, e que tem se mostrado, empiricamente, satisfatoriamente eficaz, é a forma de Agências Reguladoras (ou Agências Reguladoras Independentes) ²², como será abordado no item a seguir, tendo em mente as características, riscos e pressões envolvendo o processo regulatório.

²² A questão a respeito da eficiência do modelo de agências regulatórias como órgãos regulatórios, comparativamente a outros modelos, é um tema que foge ao escopo deste trabalho. Apenas foi considerado o fato de que o modelo de agências regulatórias é o modelo mais utilizado na experiência internacional de regulação econômica, e esta relevância é prerrogativa para o presente estudo.

2. Agências Reguladoras, consultas públicas e grupos de interesse

2.1. Processo regulatório, modelos regulatórios e o bem-estar social

Como exposto por Salgado (2003:16) e no capítulo 1 deste trabalho, existem duas possíveis análises a respeito da regulação econômica: a análise normativa, sobre como deve ser a regulação, e a análise positiva, sobre os objetivos e a distância entre estes e a dinâmica dos agentes regulatórios. A análise positiva nos revela os riscos inerentes ao processo regulatório. Considerados tais riscos, faz-se necessário um modelo de processo regulatório como expoente institucional da regulação, tanto no âmbito internacional quanto no âmbito nacional. Para Viscusi et al., desde a gênese do processo regulatório nos Estados Unidos da América, a Suprema Corte estaria disposta a ratificar a regulação econômica em quaisquer circunstâncias nas quais tal regulação operasse em favor do *interesse público*. No Brasil, o debate a respeito de órgãos regulatórios se deu em torno das agências governamentais, e deve incorporar, segundo Salomão (2002): os objetivos a serem por elas perseguidos e a natureza jurídica dos órgãos regulatórios, aspecto também defendido por Viscusi et al., pois “[i]n theory, regulatory agencies serve to maximize the national interest subject to their legislative mandates” (2005:48). Cabe ao governo estabelecer e institucionalizar quais seriam esses interesses e objetivos, que podem ser a mitigação de efeitos deletérios da existência de falhas e imperfeições de mercado, maior eficiência alocativa e distributiva de recursos econômicos, mas, principalmente, a persecução do bem-estar social.

Bem-estar é um termo de adaptação não muito fácil à teoria econômica. No sentido literal da palavra, denota qualitativamente o estado de satisfação de um indivíduo, um agente econômico, um cidadão. Mas para fins político-econômicos, bem-estar é tido como um conceito quantitativo de satisfação, expoente da chamada curva de utilidade, maximizado no ponto onde a curva de utilidade do agente em questão tangencia a sua curva de renda, que é a sua restrição à alcançar níveis de alocação econômica que lhe propiciem maiores satisfação e utilidade. É a partir dessa interação, entre curva de utilidade e restrição de renda, que surge o ponto ótimo de bem-estar do agente econômico (para determinada restrição de renda), e a esse ponto associa-se determinada alocação quantidade/preço de demanda.

Tomando um grupo de consumidores e produtores, numa sociedade, a alocação econômica se dá de modo que alguns consumidores terão pontos ótimos de bem-estar acima

ou abaixo do nível de equilíbrio. O total da diferença entre a alocação de equilíbrio (não necessariamente equilíbrio competitivo ou mesmo equilíbrio ótimo de Pareto) e as alocações ótimas individuais é chamado excedente do consumidor. Da mesma maneira para o produtor, sendo que a soma dos excedentes do produtor e do consumidor é o excedente total. Como descrito por Schuartz, o bem-estar social é, normalmente, o chamado excedente total em economia. “Rigorosamente, o bem-estar social é uma função do *bem-estar* dos indivíduos que compõem o grupo social [...], ao passo que o excedente total é uma função da *riqueza* de consumidores e produtores” (SCHUARTZ, 2006:155), porém o argumento de simplificação da igualdade *representativa* conceitual de bem-estar social e excedente total é válido e aceito amplamente, sendo que “é a maximização do bem-estar social, e não a maximização do excedente – i.e., da riqueza – total, a finalidade normativa a promover.” (ibid. p.156). Schuartz apresenta tal argumento com relação ao direito antitruste, mais especificamente, mas não deixa de ser genericamente válido para o processo regulatório.

O bem-estar social, portanto, é o objetivo base da política pública institucionalizada no processo regulatório, a partir do qual, com adequado desenvolvimento conceitual, pode-se demonstrar ser também a base para os demais objetivos públicos da regulação acima mencionados, como correção de falhas de mercado e busca de eficiência alocativa e distributiva.

Além deste objetivo central, para que haja eficiência na operacionalização do processo regulatório, que não é simples, várias outras demandas e regras devem ser perseguidas, como exposto em Casa Civil (2003):

“A regulação econômica não é trivial, já que ao confeccionar e implementar esse corpo de regras, o Poder Público terá de (i) asseverar quais são, em cada momento, a quantidade e qualidade ótimas de bens ou serviços a serem produzidos; (ii) criar os incentivos corretos para que os produtores atendam a essa demanda de forma eficiente; (iii) estimulá-los a investir em inovação e adaptação de seus produtos; (iv) ao menor preço (ou tarifa) possível (isto é, com o preço igual aos custos marginais de longo prazo); e (v) induzir o repasse dos ganhos de produtividade para o consumidor dos serviços regulados.” (p. 10).

Dados os objetivos públicos definidos e designados para a regulação, visando maior desenvolvimento social e econômico, vários métodos regulatórios podem ser adotados, entre os quais se destacam (SALGADO, 2003):

- Controles de entrada e saída em determinados mercados, através de barreiras;

- Políticas de tarifação, como o *price cap*;
- Comparação de desempenho, visando mimetizar a competição;
- Indução à competição mediante desverticalização;

Apesar das especificidades desses e de outros métodos regulatórios, seus objetivos compactuam com os objetivos das agências reguladoras e com os objetivos gerais do processo regulatório.

Ao considerar principais riscos enfrentados no processo regulatório, identificam-se a possibilidade de influência direta de grupos de interesse (e, portanto, pressão política), visando a captura do regulador pela busca de interesses próprios, o comportamento oportunista através de assimetrias de informação em brechas contratuais, e a dificuldade de avaliação e mensuração dos custos e benefícios da regulação. O processo regulatório, então, se torna complexo ao atuar sob a influência de diversos atores (empresas, consumidores, organizações, legisladores, entre outros) que podem impactar significativamente na regulação, o processo como um todo deve ser instituído de maneira a lidar com tais situações satisfatoriamente, bem como com todas as situações e desafios postos no caminho do processo regulatório, no intuito de defender o objetivo regulatório definido *a priori*.

Com relação aos objetivos principais do processo regulatório em si (e não da regulação em geral, como política pública), Viscusi et al. expõe que:

“The objective of regulatory oversight is to foster better regulations, not necessarily less regulation. However, one consequence of improving regulation is that we will eliminate those regulations that are unattractive from the standpoint of advancing the national interest.” (ibid. p.39).

Ou seja, para analisar o processo regulatório quanto à sua forma, e não meramente ao seu conteúdo e objetivos, faz-se necessária consideração a respeito não somente da aptidão deste para perseguir os objetivos a ele designados, mas também a viabilidade dinâmica do processo, ponderando os custos e os benefícios totais da ação regulatória, conforme colocado por Viscusi et al.: “[the] task [of regulatory policies] is to maximize the net benefits of these regulations to society. Such a concern requires that we assess both the benefits and the costs of these regulatory policies and attempt to maximize their difference”. (ibid. p.9). Uma procedimentalização da atividade regulatória que desconsidere tal peculiaridade pode gerar deficiências, caracterizando o que se denomina “falha de governo” (*government failure*). Os

riscos de falha de governo são de mesma magnitude dos riscos devido a falhas de mercado que, a princípio, levaram à instauração do processo regulatório.

Outro fator importante a destacar é a heterogeneidade dos diferentes setores existentes ou em formação na economia (ibid.), que geram demandas regulatórias específicas, posto que um processo regulatório centralizado tende a gerar ineficiências. Esta característica deixa claro que o processo regulatório não segue princípios simplistas, mas sim estratégias efetivas, eficientes e sustentáveis. Também justifica-se, a partir disso, a existência de processos regulatórios específicos para diferentes setores, mas mantendo uma estrutura central de coordenação dos objetivos base da regulação, que, aliado aos objetivos específicos de cada setor, gera uma política regulatória ampla, mas com sustentação setorial. Ou seja, acima dos objetivos setoriais, está o objetivo base do processo regulatório nacional e a necessidade de um processo eficiente de regulação.

2.2. Modelo Regulatório Brasileiro e Agências Reguladoras

No Brasil o modelo regulatório teve sua gênese durante a mudança no papel do Estado durante o movimento de privatizações na década de 1990, com o surgimento de órgãos de defesa da concorrência e com a regulação dos setores recém-privatizados, na transformação do Estado empresário para Estado regulador (SALGADO, 2003:21-22). A mudança do papel estatal foi instituída pela própria constituição de 1988, com a introdução de princípios como a livre-iniciativa, livre-concorrência e defesa do consumidor, como fica claro na leitura do art. 170.

Como bem colocado em Casa Civil (2003:20), a atividade regulatória estatal, bem como o exercício de poder de polícia sobre o mercado, pode ser exercida de diversas maneiras, seja diretamente pelo Estado, ou através da administração indireta, regidas pelo Direito Público (ou seja, tendo objetivos base de interesse público definidos pelo governo). Quando exercida pela administração indireta, a regulação se realiza através de autarquias, que podem ser especiais ou não. Temos então a figura das agências reguladoras:

“Há algumas entidades da administração indireta, responsáveis pelo exercício de funções regulatórias, às quais a lei de criação atribui estatuto diferenciado. São as “agências reguladoras” que na literatura anglo-saxã, são por vezes denominadas ‘independent regulatory commissions’ ou ‘independent regulatory agencies’, cujas características de organização e funcionamento são diferenciadas em relação às demais entidades autárquicas tornando-as autarquias ‘especiais’” (ibid.).

Tem-se, portanto, três tipos de órgãos ou entidades que detêm funções regulatórias (ibid.): as secretarias formuladoras de políticas públicas, as autarquias e as autarquias especiais, que são as agências reguladoras, que, sendo mais autônomas:

“buscam sanar falhas de mercado, na presença de monopólio natural ou quase natural. As agências reguladoras devem ser mais autônomas do que as demais autarquias porque não existem para realizar políticas do governo, mas para executar uma função mais permanente que é a de substituir-se aos mercados competitivos por meio da regulação.” (ibid. pp. 20-21).

Abaixo temos um quadro relacionando as agências reguladoras constituídas no âmbito do Governo Federal, os respectivos ministérios aos quais estão ligadas e a legislação básica de criação das mesmas:

Quadro 1 - Agências Reguladoras no Brasil

Ministério Setorial	Agência Reguladora	Legislação básica
MME	Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL	Lei nº 9.427 - 26/12/1990
	Agência Nacional de Petróleo - ANP	Lei nº 9.478 - 06/08/1997
MC	Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL	Lei nº 9.472 - 16/07/1997
MS	Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA	Lei nº 9.782 - 26/01/1999
	Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS	Lei nº 9.961 - 28/01/2000
MMA	Agência Nacional de Águas - ANA	Lei nº 9.984 - 17/07/2000
MT	Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ	Lei nº 10.233 - 05/06/2001
	Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT	Lei nº 10.233 - 05/06/2001
Casa Civil	Agência Nacional do Cinema - ANCINE	MP nº 2.228 - 06/09/2001
MD	Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC*	Lei Nº 11.182 27/09/2005

Fonte: Casa Civil (2003) e (*) Elaboração própria²³.

Salgado (2003) faz uma distinção adicional entre as agências reguladoras independentes, distinção também abordada em Casa Civil (2003), que podem ser categorizadas como agências de Estado e agências de Governo. As agências de Estado são as agências voltadas para a regulação econômica no setor de infra-estrutura, como a ANEEL, a ANATEL, a ANA, a ANP, a ANTAQ, a ANTT e a ANAC, e são as agências classicamente regulatórias, atuando na regulação de serviços públicos concedidos. As agências de Governo,

²³ A ANAC foi oficialmente criada após a publicação de Casa Civil (2003), mas adicionada à lista para compor devidamente o rol.

ou agências Executivas, são responsáveis pela regulação social, ou seja, pela definição de padrões nos setores de saúde, meio-ambiente e segurança, como a ANS, a ANVISA, autarquias no sentido estrito, restando ainda a ANCINE, que se encontra em categoria intermediária.

No modelo de Agências Reguladoras Independentes, o objetivo base da regulação, de persecução do interesse público, continua sendo válido, como se pode ver no trecho abaixo:

“o novo desenho institucional composto pelas agências reguladoras, desenho este que traz, como garantias de independência de pressões e interesses outros que não o interesse público, a decisão colegiada por membros investidos de mandato e a impossibilidade de revisão dessa decisão na esfera administrativa” (SALGADO, 2003: 21).

Porém, muitas vezes verifica-se certa confusão da exata delimitação das competências das agências reguladoras, como expõe Salgado:

“No Brasil, as agências que têm sido criadas apresentam competências dos mais diversos tipos: desempenham funções de Executivo (concessão e fiscalização), Legislativo (criação de regras e procedimentos com força normativa em sua jurisdição) e Judiciário (julgamentos, imposição de penalidades, interpretação de contratos e obrigações).” (ibid. p. 22)

Tal sobreposição de competências que pode trazer à tona riscos, como o de comportamento oportunístico do governo, levando a maior incerteza e segurança para as empresas do setor regulado, ou mesmo sobrecarregando a agência e gerando uma situação de ineficiência no desempenho de procedimentos regulatórios.

Para mitigar tais riscos, as agências devem seguir cinco princípios básicos (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1995, apud SALGADO, 2003: 24):

1. Autonomia e independência decisória;
2. Ampla publicidade de normas, procedimentos e ações;
3. Celeridade processual e simplificação das relações entre consumidores e investidores;
4. Participação de todas as partes interessadas no processo de elaboração de normas regulamentares, em audiências públicas; e
5. Limitação da intervenção estatal na prestação de serviços públicos, aos níveis indispensáveis à sua execução.

Além do risco de captura e do risco moral envolvendo a assimetria de informação entre as partes envolvidas na regulação (regulador, governo, empresas do setor, consumidores), observa-se também na vasta literatura a respeito os seguintes riscos: o déficit democrático envolvendo as agências regulatórias, pelo fato de ter um quadro de dirigentes definido fora de um processo eleitoral (apesar da escolha do quadro de funcionários seguir exigências técnicas necessárias ao seu bom funcionamento); a possível discricionariedade excessiva da agência (ou seja, o risco da independência caso não haja correto controle sobre a agência, ação esta que deve ser coordenada para que não seja comprometida a independência da mesma); e o *commitment problem* (o risco de a agência não manter certa estabilidade em seus procedimentos e decisões, comprometendo sua credibilidade com o setor regulado e, portanto, o investimento feito pelas empresas do setor).

A transparência das ações da agência (publicidade das normas, procedimentos e ações), bem como a limitação da intervenção estatal são itens de proteção e garantia ao setor regulado, como garantias ao investimento, proporcionando um ambiente propício e sem riscos adicionais ao investimento privado, o que poderia levar, como já descrito no item 1.5.2., até mesmo à rescisão do contrato devido ao risco maior aos regulados. Portanto:

“A legislação de referência das agências precisa deixar claro à sociedade que a formulação, avaliação e implementação de políticas setoriais cabe aos órgãos da administração direta. Às agências reguladoras cabe regulamentar e fiscalizar as atividades reguladas, implementando, no que lhes cabe, a política setorial. A função da agência reguladora não é cumprir a “política do setor definida pelo Poder Executivo”, mas sim as atribuições previstas nas respectivas leis setoriais, isto é, em suas leis de criação. [...] Não há marco regulatório efetivo sem estabilidade e previsibilidade das regras. Em investimentos de infra-estrutura (onde é tipicamente necessária a regulação econômica), usualmente tem-se um vultoso custo fixo inicial, amortizado ou amortizável por mais de uma década e custos irrecuperáveis. Nesse aspecto, os investidores precisam de um ambiente em que possam desenvolver suas atividades com vistas a ter seus ingressos e desembolsos de caixa em equilíbrio e a justa rentabilidade do capital. Por outro lado, os consumidores devem beneficiar-se de ganhos de produtividade e inovação, exatamente como ocorreria se aquele determinado mercado fosse competitivo.” (CASA CIVIL, 2003: 28).

A agência também deve estar insulada do Poder Executivo, para não ser “capturada” por este. Como objetivos específicos das agências têm-se, então, a previsibilidade, a estabilidade e a flexibilidade, todos visando garantir maior segurança ao setor regulado, evitando abusos por parte da agência ou do governo através desta, sempre defendendo o princípio do interesse público no bem-estar social, pois tanto em caso de um monopólio desregulado quanto em caso de ausência de mercado, seja pela inviabilidade *a priori* do estabelecimento de empresas no setor ou por abandono da posição de concessionário por falta

de segurança e credibilidade proporcionados pela agência, o bem-estar social deixa de ser maximizado.

Sobre o modelo de agências reguladoras de forma geral:

“o modelo das agências para o exercício da função reguladora, principalmente quando a regulação envolve a fiscalização de serviços públicos concedidos e monopólios naturais, é o modelo institucional que permite os melhores resultados em termos da promoção do bem-estar social. Esse modelo é capaz de conciliar regras estáveis que permitam a credibilidade dos agentes econômicos privados, a continuidade da prestação de serviços aos usuários com padrões requeridos de qualidade e a preços compatíveis com o padrão de renda da população brasileira, e o controle social institucional pela sociedade e pelo poder público, também com vistas a assegurar o bem-estar social.” (ibid. p.27).

Para garantir a eficiência das agências reguladoras, bem como transparência e mitigação dos riscos envolvidos no processo regulatório, como descritos acima, o desenho institucional da regulação deve incluir mecanismos de controle social, de tal maneira a permitir que a agência reguladora “seja simultaneamente sensível aos grupos sociais de interesse, sem comprometer a independência operacional dos reguladores”. (CASA CIVIL, 2003: 17). Temos então que “**o desenvolvimento de instrumentos de controle social** das agências é um avanço imprescindível para o bom funcionamento do modelo [de agências reguladoras]” (ibid. p. 35).

Os principais meios de controle social serão discutidos no próximo item.

2.3. Agências reguladoras e o controle social

A especificidade do modelo regulatório através de agências independentes, que são as autarquias especiais, leva a um acúmulo de funções diversas, e responsabilidades complexas frente ao mercado, à sociedade e ao governo, numa situação onde a existência de conflitos de interesse entre as partes envolvidas na regulação, legisladores, reguladores, empresas do setor e consumidores/sociedade é não só constante como inevitável, e a maneira mais eficiente de resolução desse conflito é através de um processo democrático de controle social. Portanto, “é da natureza de agências regulatórias que elas exerçam essa miríade de funções — de natureza executiva, legislativa e judicante. O importante é que tais funções sejam exercidas dentro de limites predefinidos e sob o controle da sociedade.” (SALGADO, 2003:18).

Para analisar a necessidade e as formas de controle social nas agências reguladoras, deve-se ter em mente, primeiro, o conceito de *accountability*, um conceito central e

constante nas análises teóricas a respeito do funcionamento das agências reguladoras independentes. O termo *accountability*, em geral usado para análise de governos democráticos, pode ser traduzido como prestação de contas, e “se refere à obrigação de dar explicações, responder e arcar com as conseqüências pela maneira com a qual alguém se desincumbe de atribuições ou utilização de recursos de outrem”, que é a prestação de contas do governo à sociedade, como usado em Casa Civil (2003:12, NR:8)²⁴. Neste sentido, a prestação de contas se dá de maneira ampla, não só através de mecanismos formais de controles financeiros e orçamentários do governo, mas também de controles democráticos do processo político. Disso temos que:

“Em suma, *accountability* é um processo democrático amplo que contém distintas etapas: informação correta e transparente aos cidadãos; prestação de contas dos governantes e sua responsabilização no sentido estrito, isto é, envolvendo a aplicação de recompensas aos governantes (por exemplo, reeleição) ou punições a eles quando seus atos forem desaprovados ou rejeitados (por exemplo, derrotas eleitorais, *impeachment* etc.). Dessa forma, podemos assumir que a transparência seria uma das condições fundamentais, embora não suficiente, para a *accountability* dos governos” (PRADO, 2006:634).

O controle social cumpre as funções de limitação, avaliação, fiscalização e, também, de participação no processo político de maneira democrática. A independência da agência regulatória, necessária para desempenho eficiente de tarefas técnicas de regulação econômica, com um quadro de funcionários constituído em grande parte por pessoas com algum vínculo atual ou anterior com empresas do setor, bem como o desempenho de funções de natureza executiva, legislativa e judicante, leva a um desenho institucional que deve ser balanceado, e isso ocorre através do controle social (*accountability*). Da mesma forma que um governo tem mecanismos de controle social democrático, como as eleições, agências regulatórias, apesar da estabilidade dos dirigentes, que assim se encontram protegidos de disputas políticas, e de terem um quadro de funcionários composto através de concurso público visando o perfil técnico requisitado, também devem possuir mecanismos de controle social, sendo que “[a ampliação dos mecanismos de controle social é] fundamental para o melhor funcionamento das agências” (CASA CIVIL, 2003:12). Existem duas linhas principais de controle social: a transparência e acesso à informação dos processos decisórios aos consumidores e entes regulados; e a prestação de contas aos diversos atores do Estado, visando remediar o déficit de representação e legitimidade política, sempre mantendo intacta a persecução dos objetivos principais da

²⁴ Como indicado no trabalho citado, pode-se encontrar uma discussão a respeito do termo *accountability* em Campos (1990) apud Casa Civil (2003).

atuação da agência no processo regulatório, como descritos no item anterior (ibid.). esta segunda forma de controle social, portanto, se dá numa linha mais tênue de conflito com a atuação da agência reguladora, pois esta pressupõe uma garantia ao setor regulado de cumprimento dos contratos nos termos acordados, garantia esta que pode ser posta em cheque caso haja uma interferência maior e não esperada do Poder Concedente, o Governo, no processo regulatório. Tanto para mitigar tal risco, quanto para mitigar o risco de estabelecimento de um “poder paralelo” das agências em relação ao governo, o modelo de agências regulatórias “requer que os papéis de cada agente público – reguladores, ministros, legisladores, cortes judiciárias, assim como autoridades de defesa da concorrência – sejam definidos *ex ante*” (ibid. p.19). “Trata-se [...] de substituir a idéia de discricionariedade (indesejável), pela idéia de controle social, prestando-se contas à sociedade (de natureza desejável e compatível com o estado democrático).” (ibid. p. 16).

A transparência de processos, o acesso à informação e o controle social proporcionam maior eficiência às agências reguladoras, evitando uma situação onde a falta de transparência e a discricionariedade nos processos da agência leve a um aumento da insegurança percebida pelo mercado que gere riscos exacerbados, aumentando custos e onerando os consumidores. O resultado de um processo transparente baseado em controle social é uma melhor percepção da governança da agência, com maior e melhor participação das partes envolvidas, garantindo “de um lado, o bem-estar social, e de outro, a proteção do investidor, que é condição também para a adequada provisão do serviço público” (ibid.). Tal resultado não é nada mais que a combinação de elementos de controle social

“que permitem a contraposição organizada de visões e interesses, intermediadas eventualmente pelas autoridades de defesa da concorrência, [e] tendem a aumentar a eficiência das atividades reguladas, que deixam de poder agir com complacência ou serem impermeáveis às demandas públicas, mas não se vêem sobressaltadas por decisões imprevisíveis” (ibid.).

O controle social, portanto, é um elemento imprescindível para o bom funcionamento do modelo regulatório de agências independentes, e deve ser um dos pilares do desenho institucional deste modelo, porque “sem correto controle social do regulador, os interesses das indústrias reguladas podem influir e moldar as práticas regulatórias de maneira distorcida.” (ibid. p.12), e essa influência, como já identificada pelo argumento teórico do “risco de captura” do regulador, pode gerar resultados econômicos de transferência de riqueza da

massa de consumidores para empresas organizadas com interesses representados na regulação.

O foco do estudo proposto no item a seguir será a primeira linha de controle social apresentada, a transparência e no acesso à informação dos processos decisórios, e os mecanismos de participação nestes processos, de acordo com a teoria econômica da regulação, conforme o mecanismo de influência política através de grupos de pressão descrito por Becker. Os principais grupos de interesse, que podem exercer pressão por influência política, que podem ser identificados no escopo da análise do modelo de agências reguladoras independentes são: as empresas do setor regulado, os consumidores e o governo. Tais grupos exerceriam pressão através de mecanismos de participação pública, que fazem parte do controle social instituído no desenho institucional das agências reguladoras, transmitindo assim seus interesses aos reguladores (seja no desempenho de tarefas de cunho executivo, legislativo ou judicante).

Como exposto em Casa Civil (2003), a “utilização de consultas públicas como procedimento padrão acerca da edição de normativos, com a publicação de notas explicativas e com o devido tempo hábil para a manifestação dos interessados” (p. 31) é um dos mecanismos recomendados para a expansão do controle social sobre as agências reguladoras, justificando nosso foco neste mecanismo como termômetro e medida do potencial democrático de captação dos interesses dos grupos envolvidos no processo regulatório, sendo que os mecanismos de consulta e audiência pública são os recomendados no caso de questões de “impacto relevante para grupos de interesse ou para a sociedade como um todo” (p. 35).

2.4. Participação pública e as consultas públicas no modelo de agências reguladoras independentes

A partir da breve exposição a respeito do controle social no item anterior, tem-se a seguir uma análise mais detida dos mecanismos de participação pública inseridos no controle social das agências reguladoras, em especial o mecanismo de consulta pública.

O conceito de participação pública está inserido na discussão a respeito da política democrática, através de teorias constitucionais da democracia.

Há duas principais concepções de política democrática, conforme descritas por Mattos (2002): a liberal e a republicana. Na concepção republicana, o Estado garante não os direitos subjetivos privados, mas um processo inclusivo de formação da opinião e da vontade políticas em que cidadãos livres e iguais se entendem acerca de que fins e normas correspondem ao interesse comum de todos. A vantagem deste modelo seria não considerar os fins coletivos como derivados de um arranjo de interesses privados conflitantes, e a desvantagem o idealismo excessivo da dependência das virtudes de cidadãos orientados ao bem comum. Na concepção liberal,

“o processo democrático cumpre a tarefa de programar o estado no interesse da sociedade, entendendo-se o Estado como o aparato da administração pública e a sociedade como sistema, estruturado em termos de uma economia de mercado, de relações entre pessoas privadas e do seu trabalho social. A política (no sentido da formação política da vontade dos cidadãos) tem a função de agregar e impor os interesses privados perante um aparato estatal especializado no emprego administrativo do poder político para garantir fins coletivos.” (HABERMAS, 1995:39 apud MATTOS, 2002)

O conceito liberal de política democrática é o conceito base utilizado na teoria econômica da regulação, com o princípio da captura dos órgãos reguladores, e também está presente na teoria do interesse público. O ponto central desta concepção, como exposto na teoria econômica da regulação, é o questionamento ao pressuposto de que o processo regulatório é orientado segundo o interesse público, ao discorrer, como exposto anteriormente, sobre a interferência de grupos de interesse na regulação. A partir disso, o interesse público ainda segue como direcionador maior da atividade estatal, porém passa-se a questionar a independência do processo regulatório em si:

“A justificativa racional, do ponto de vista normativo, para a intervenção do Estado na economia foi posta em questão. Contudo, a noção de interesse público enquanto princípio regulador da atividade da administração pública permaneceu intacto no plano da teoria constitucional. O que mudou foi a crença nos mecanismos de independência decisória, dando início a estudos e debates sobre o desenho institucional dos órgãos reguladores e procedimentos decisórios” (MATTOS, 2002:201).

Tem-se, ainda, o modelo alternativo de política deliberativa, que sugere que a pluralidade de formas de comunicação gera uma vontade comum expressa através do equilíbrio de interesses e compromissos, a partir da qual é proposto o modelo procedimental de democracia, onde o direito é o meio pelo qual o poder representativo pode transformar-se em poder administrativo. Segundo esse modelo, as condições efetivas de participação pública são um bom critério para avaliar o potencial democrático dos mecanismos de participação pública institucionalizados por meio de normas.

A participação pública é então um ponto central na argumentação destas três teorias, seja como um processo inclusivo, no modelo republicano, como forma de imposição de interesses de grupos específicos, no modelo liberal, ou como medida do potencial democrático institucionalizado, no modelo procedimental de democracia.

A participação pública, em especial no modelo de agências reguladoras independentes como implantado no Brasil, tem também papel de suprir o déficit democrático no processo regulatório, ocasionado pelo insulamento político da agência, bem como seu caráter, necessário, independente.

Esta posição de destaque da participação pública nestas análises revela, também, que “a existência de grupos de interesses voltados para exercer influência sobre a burocracia estatal é [...] algo inerente à democracia.” (REIS, 2000:349 apud MATTOS, 2002). Esta peculiaridade democrática na análise política corrobora a hipótese de grupos de interesse agindo para “capturar” o órgão regulador, conforme demonstrado pela teoria econômica da regulação.

Conforme exposto anteriormente, existem diversas abordagens teóricas a respeito da regulação, sendo que este trabalho tem foco mais específico na argumentação dentro do campo econômico. Neste campo, o principal ponto discutido é, conforme Mattos (2002), o conteúdo da regulação, através de juízos baseados numa racionalidade econômica sobre qual é a melhor forma de regular um determinado setor da economia. Porém tais juízos têm de ser justificados racionalmente, no campo do Direito, como melhor política pública para atender ao interesse público ou atingir justiça social. Neste cenário é inserida a questão da legitimidade democrática da atuação das agências reguladoras, que é discutida no campo do Direito, enquanto técnicas de regulação de mercado, onde o que está em questão geralmente é a eficiência econômica, tema do campo econômico. É através da argumentação de eficiência econômica que este trabalho propõe uma análise da participação pública no processo regulatório, testando a hipótese de existência de grupos de interesse exercendo pressão política no processo regulatório, seguindo o pressuposto da teoria econômica da regulação de que grupos de interesse exercem pressão sobre o processo regulatório visando a persecução de seus interesses em detrimento dos interesses de outros grupos menos influentes. Ou seja, apesar da discussão sobre os mecanismos de participação pública se inserir na análise do potencial democrático das agências reguladoras, no campo da política, no campo econômico tal

participação pode ser vista como a expressão de interesses de grupos de pressão, e esta hipótese é a linha delimitadora da análise da participação pública nos processos regulatórios das agências reguladoras independentes em atuação no Brasil.

Como abordado por Mattos (2002), existem três mecanismos principais de participação pública que são utilizados nas agências reguladoras brasileiras: (i) consultas públicas; (ii) audiências públicas; e (iii) procedimento de denúncia. A consulta pública é o principal destes mecanismos, pois está associada à função normativa da agência, pois os provimentos normativos são veiculados mediante *resoluções*, de competência do Conselho Diretor, porém qualquer pessoa, física ou jurídica, tem legitimidade para encaminhar proposta de ato normativo à Agência. Depois de admitida, a proposta é levada à *consulta pública*, e finalmente editada. “A consulta pública é, dessa forma, uma [*sic*] meio direto de participação dos administrados na formulação das normas editada” (MATTOS, 2002:205), que faz a análise deste mecanismo de participação para a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). As audiências públicas dizem respeito à participação de terceiros no processo administrativo em curso na agência, e não à edição de normas. Por último tem-se o procedimento de denúncia, para delatar violação da ordem jurídica sobre matéria de competência da Agência.

Destes mecanismos de participação, somente a consulta pública:

“permite que haja um controle do processo decisório da Agência sobre o conteúdo da regulação. Em outras palavras, é por meio das consultas públicas para a edição de normas que os interessados podem manifestar-se sobre o conteúdo das normas a serem editadas pela Agência.” (ibid. p. 206).

Esta característica da consulta pública, de interação para a formulação de normas que rejam o funcionamento da agência reguladora, é que possibilita a consulta pública ser entendida como forma institucionalizada de participação de grupos de interesse no processo regulatório, não conforme a teoria da captura em sua forma original, de captura direta do processo regulatório pelos interesses das empresas reguladas, mas de acordo com o descrito na teoria econômica da regulação, de que grupos de interesse exercem pressão sobre o processo regulatório, visando alterá-lo para atingir seus próprios objetivos em detrimento dos objetivos do grupo de menor influência, seja esta influência absoluta, conforme a análise de Peltzman, ou relativa, conforme a análise de Becker.

2.5. Análise das consultas públicas – tradução de interesses de grupos específicos

Similarmente ao trabalho desenvolvido por Mattos (2002) sobre agências reguladoras e os mecanismos de participação pública no processo regulatório, serão usados agrupamentos de contribuintes nas consultas públicas em categorias, buscando identificar grupos de interesse que realizem contribuições nos processos normativos da agência reguladora. Primeiramente propõe-se uma análise da evolução das consultas públicas realizadas nas agências reguladoras federais para então, após uma triagem dos dados, analisar de maneira mais detalhada o perfil dos contribuintes nas consultas públicas.

O universo de análise definido neste trabalho abrange as consultas públicas realizadas pelas agências reguladoras federais que disponibilizam tais dados em seus *websites* oficiais, para facilitar a tabulação dos dados. Com isso, consultas públicas que não tenham seus dados publicados eletronicamente não foram analisadas. Foi então feita uma análise preliminar das consultas públicas por agência, bem como quantas destas consultas receberam contribuições. Buscou-se identificar, então, cada um dos contribuintes participantes das consultas públicas, bem como a quantidade de contribuições realizadas por cada um deles, separando-os, então, em categorias que, a princípio, identificam os principais grupos envolvidos no processo regulatório.

A maior parte das agências reguladoras iniciou suas atividades após o ano 2000, e mesmo entre as que já então estavam em operação, é razoável supor que os dados mais antigos de consultas públicas sejam menos fidedignos devido ao período de introdução, tanto das próprias agências no ambiente econômico nacional, quanto do mecanismo de participação pública através das consultas. Portanto o período de análise dos dados foi de 2000 a 2011, que é o último ano encerrado com dados disponíveis até a presente data. Mattos (2002), em seu trabalho, faz um corte analítico de consultas “levando em conta o impacto social do assunto sobre o qual versam” (p. 210). No presente estudo, porém, visando uma generalização da análise, foram computados dados de todas as consultas públicas com dados disponíveis, mesmo as que versam sobre assuntos mais técnicos. Uma possível justificativa para a análise apenas de consultas que versem sobre assuntos com maior impacto social é a de maior interesse do público em geral, e não apenas de empresas e grupos mais diretamente ligados ao setor regulado, que, devido a esse aspecto, acaba por dispor de mais informações e assim

busca participar mais ativamente do processo regulatório, contribuindo através das consultas públicas. Este recorte, porém, é pontual e não refletiria fielmente a realidade do processo regulatório brasileiro através das agências reguladoras, onde normas são editadas frequentemente e com participação dos grupos interessados informados a respeito. A questão da disponibilidade das informações faz parte do próprio desenho institucional das agências reguladoras, que visa o fomento de transparência nas ações regulatórias, e também da preocupação a respeito da defesa do interesse social, objetivo institucional das agências reguladoras, que deve também ser garantido através de órgãos públicos de defesa do consumidor que possam se informar a respeito das consultas públicas a serem realizadas de maneira mais eficiente que os consumidores, de forma mais direta, razão esta para a categorização de ambos na análise a ser feita adiante.

A partir dos dados da Tabela 1, verifica-se que o mecanismo de consulta pública ainda não é um mecanismo grandemente difundido de participação pública em todas as agências, e justificativas para tal ocorrência fogem ao escopo deste trabalho. Observa-se que as agências que utilizam consultas públicas de maneira mais abrangente são a ANATEL, a ANEEL e a ANP, que tanto possuem maior número de consultas públicas realizadas quanto realizam consultas públicas com maiores frequência e estabilidade, com médias, respectivamente, de 72, 17 e 21 consultas por ano no período de 2000 a 2011²⁵.

²⁵ Não foram encontrados dados de consultas públicas realizadas pela ANTAQ, portanto esta agência não consta na análise a respeito das consultas públicas realizadas. Também não foram identificadas consultas públicas com contribuições recebidas na ANVISA. No caso da ANATEL, foram analisadas apenas as consultas contidas no Serviço de Acompanhamento de Consultas Públicas (SACP).

Tabela 1 - Consultas Realizadas por Agência

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	Total	Média
ANAC	-	-	-	-	-	-	-	-	12	3	-	-	15	8
ANATEL	76	57	87	61	98	71	100	87	57	50	56	66	866	72
ANCINE	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	3	4	7	4
ANEEL	1	-	-	7	4	7	22	12	25	60	21	9	168	17
ANP	-	-	-	-	-	8	9	24	21	24	29	34	149	21
ANS	-	5	2	6	6	2	3	3	2	1	3	12	45	4
ANTT	-	-	-	2	-	-	1	-	-	3	-	3	9	2
Total Geral	77	62	89	76	108	88	135	126	117	141	112	128	1.259	105

Fonte: ANAC, ANATEL, ANCINE, ANEEL, ANP, ANS e ANTT. Elaboração própria.

Com a exposição dos dados da Tabela 1 espera-se comprovar a consolidação do mecanismo de consulta pública como forma de participação social no processo regulatório, através do qual interesses podem ser traduzidos na forma de contribuições a edições de normas da agência reguladora. Tal consolidação também é visível na análise das consultas públicas realizadas e com contribuições recebidas, com média anual de 50, 15 e 15 consultas com contribuições recebidas no período analisado, para as agências ANATEL, ANEEL e ANP, respectivamente.

Tabela 2 - Consultas Realizadas que receberam contribuições - por Agência

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	Total	Média
ANAC	-	-	-	-	-	-	-	-	4	3	-	-	7	4
ANATEL	42	41	54	48	61	45	78	50	37	36	48	54	594	50
ANCINE	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	4	5	3
ANEEL	1	-	-	7	4	7	22	8	21	57	19	8	154	15
ANP	-	-	-	-	-	6	6	19	18	17	19	21	106	15
ANS	-	3	1	1	-	-	-	-	-	1	2	12	20	3
ANTT	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	-	2	4	2
Total Geral	43	44	55	56	65	58	106	77	80	116	89	101	890	74

Fonte: ANAC, ANATEL, ANCINE, ANEEL, ANP, ANS e ANTT. Elaboração própria.

As contribuições em consultas públicas revelam também a efetividade do mecanismo de consultas públicas, pois o objetivo de participação é atingido, com uma média de 71% de consultas públicas com contribuições recebidas em todas as agências reguladoras

federais no período analisado, e de 69% de consultas com contribuições na ANATEL, 92% na ANEEL e 71% na ANP.

Tabela 3 - Consultas com Contribuição em relação ao Total de Consultas realizadas (%) - por agência

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	Total
ANAC	-	-	-	-	-	-	-	-	33%	100%	-	-	47%
ANATEL	55%	72%	62%	79%	62%	63%	78%	57%	65%	72%	86%	82%	69%
ANCINE	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	33%	100%	71%
ANEEL	100%	-	-	100%	100%	100%	100%	67%	84%	95%	90%	89%	92%
ANP	-	-	-	-	-	75%	67%	79%	86%	71%	66%	62%	71%
ANS	-	60%	50%	17%	-	-	-	-	-	100%	67%	100%	44%
ANTT	-	-	-	-	-	-	-	-	-	67%	-	67%	44%
Total Geral	56%	71%	62%	74%	60%	66%	79%	61%	68%	82%	79%	79%	71%

Fonte: ANAC, ANATEL, ANCINE, ANEEL, ANP, ANS e ANTT. Elaboração própria.

Demonstrada a consolidação da utilização de consultas públicas como forma de participação na ANATEL, na ANEEL e na ANP, segue-se para uma análise mais criteriosa das contribuições recebidas nas consultas públicas. Dentre as agências cujas contribuições nas consultas públicas foram analisadas, a de maior destaque é a ANATEL, com um número expressivamente maior de contribuições, de maneira absoluta e de maneira relativa, quando comparadas as médias de contribuições recebidas por consulta, por ano e no período, conforme os dados das tabelas 4 e 5. Tanto o número de consultas realizadas por agência quanto o número de contribuições recebidas por consulta não são dados que por si revelam algum movimento, pois pode-se pressupor que alguns setores sejam mais propícios que outros a realizarem consultas e receberem contribuições. Como abordado por Mattos (2002), a ANATEL representa, também, uma agência que teve grande difusão na mídia, fato que pode estar relacionado ao maior número de contribuições recebidas. Tal análise, de comparação entre a utilização e efetividade de consultas públicas entre as agências é tema para outro estudo, pois aqui deseja-se focar nos grupos ativos nas consultas públicas.

Tabela 4 – Total de Contribuições recebidas nas consultas públicas

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	Total
ANATEL	4.101	2.742	4.598	2.560	3.574	5.787	2.392	1.559	3.226	3.525	5.009	6.399	45.472
ANEEL	14	-	-	47	28	59	130	94	151	879	209	86	1.697
ANP	-	-	-	-	-	88	49	104	116	74	77	144	652
Total	4.115	2.742	4.598	2.607	3.602	5.934	2.571	1.757	3.493	4.478	5.295	6.629	47.821

Fonte: ANATEL, ANEEL e ANP. Elaboração própria.

Tabela 5 - Média de Contribuições por Consulta

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	Total
ANATEL	54	48	53	42	36	82	24	18	57	71	89	97	53
ANEEL	14	-	-	7	7	8	6	12	7	15	11	11	11
ANP	-	-	-	-	-	15	8	5	6	4	4	7	6
Total	53	48	53	38	35	71	20	15	36	36	56	70	42

Fonte: ANATEL, ANEEL e ANP. Elaboração própria.

Como proposto acima, far-se-á agora uma análise sobre os grupos de interesse que realizaram contribuições no processo regulatório através das consultas públicas. Os contribuintes das consultas públicas foram separados nas seguintes categorias:

1. Empresas do setor – empresas que atuam no setor regulado, diretamente, no caso de empresas produtoras ou fornecedoras diretas do produto ou serviço regulado, e indiretamente, no caso de empresas de insumos ou serviços relacionados ao setor regulado;
2. Consultores e advogados;
3. Órgãos governamentais e representantes públicos (as contribuições provenientes das próprias agências reguladoras também foram computadas nesta categoria);
4. Pessoas Físicas - consumidores e cidadãos comuns;
5. Associações de tutela do consumidor, como PROCON's, conselhos de consumidores ou departamentos de proteção e defesa do consumidor (DPDC);
6. Outros.

Temos então, nas tabelas a seguir (6, 7, 8 e 9), as participações de cada grupo de contribuintes nas consultas públicas realizadas pela ANATEL, pela ANEEL e pela ANP em conjunto e por cada agência especificamente.

Tabela 6 - Contribuições por Categoria de Contribuinte (ANATEL, ANEEL e ANP)

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	Total
Categoria 1	40%	52%	33%	27%	33%	37%	35%	39%	31%	33%	59%	24%	37%
Categoria 2	2%	1%	1%	0%	0%	1%	0%	2%	2%	1%	0%	0%	1%
Categoria 3	1%	2%	0%	0%	0%	0%	2%	1%	1%	1%	1%	0%	1%
Categoria 4	56%	44%	66%	72%	67%	62%	61%	54%	64%	62%	40%	75%	61%
Categoria 5	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	1%	1%	0%	0%	0%
Categoria 6	2%	2%	0%	0%	0%	1%	2%	5%	2%	3%	1%	1%	1%
	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Fonte: ANATEL, ANEEL e ANP. Elaboração própria.

No total das contribuições recebidas pelas três agências reguladoras analisadas, vê-se claramente uma concentração das contribuições recebidas pela categoria 1 – empresas do setor e pela categoria 4 – consumidores e cidadãos comuns. Como os setores de cada uma destas agências possuem características específicas, a análise das contribuições recebidas por cada categoria de contribuinte faz-se mais precisa sobre tais agências de maneira separada, conforme nos dados a seguir.

Tabela 7 - Contribuições por Categoria de Contribuinte - ANATEL

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	Total
Categoria 1	40%	52%	33%	26%	32%	36%	33%	36%	28%	31%	58%	22%	36%
Categoria 2	2%	1%	1%	0%	0%	1%	0%	2%	2%	1%	0%	0%	1%
Categoria 3	1%	2%	0%	0%	0%	0%	1%	0%	1%	0%	0%	0%	0%
Categoria 4	56%	44%	66%	74%	68%	63%	65%	60%	69%	67%	42%	77%	63%
Categoria 5	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%
Categoria 6	2%	2%	0%	0%	0%	0%	0%	2%	1%	0%	0%	0%	0%
	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Fonte: ANATEL. Elaboração própria.

A partir das informações sobre os contribuintes das consultas públicas acima, identifica-se um padrão dentre as agências analisadas. No caso da ANATEL, há uma nítida concentração de contribuições feitas por empresas do setor (36% do total de contribuições no período analisado) e por pessoas físicas (63% do total de contribuições), lembrando que muitas

dessas pessoas físicas podem ser representantes de empresas do setor. Apesar desta ressalva, adotando a simplificação de que a maior parte dessas pessoas físicas sejam consumidores, pode-se vislumbrar uma disputa direta entre grupos de interesse, um formado por empresas do setor e outro formado por consumidores, ambos os grupos exercendo pressão sobre o processo regulatório. Uma característica do setor que corrobora tal conclusão preliminar é a de que o setor de telecomunicações é grandemente voltado para o consumo direto através do varejo, sendo, portanto, um setor cuja agência reguladora tem maior contato com os consumidores, seja através de meios de comunicação e disponibilização de informações pelas agências como pelo próprio interesse dos consumidores em participarem mais ativamente do processo regulatório, dada a relação mais direta entre consumidores, agências reguladoras e empresas do setor.

Tabela 8 - Contribuições por Categoria de Contribuinte - ANEEL

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	Total
Categoria 1	50%	-	-	94%	93%	81%	56%	72%	58%	40%	77%	90%	56%
Categoria 2	36%	-	-	0%	0%	0%	2%	1%	1%	2%	1%	0%	2%
Categoria 3	0%	-	-	2%	0%	0%	0%	1%	3%	1%	2%	1%	1%
Categoria 4	14%	-	-	0%	0%	0%	18%	3%	5%	46%	5%	0%	27%
Categoria 5	0%	-	-	0%	0%	0%	4%	1%	15%	2%	1%	0%	3%
Categoria 6	0%	-	-	4%	7%	19%	20%	21%	18%	9%	12%	9%	12%
	100%	-	-	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Fonte: ANEEL. Elaboração própria.

No caso da ANEEL, considerando-se a participação das categorias de contribuintes no total das consultas públicas realizadas no período de 2000 a 2011, nota-se também a concentração das contribuições nas mesmas duas categorias, de empresas do setor (56%) e de pessoas físicas (27%). O setor de energia elétrica, apesar de não ser voltado ao varejo, como o setor de telecomunicações, é também um setor de grande impacto social, portanto justifica-se a participação mais ativa de pessoas físicas nas consultas públicas. Pode-se acrescentar a participação de empresas consumidoras de energia elétrica no atacado que são os principais componentes da categoria 6 – Outros (12%) que, juntamente aos contribuintes da categoria 4 – Pessoas Físicas, formam um grupo de consumidores a exercer pressão contra o grupo de empresas do setor, mais uma vez revelando a hipótese da teoria econômica da regulação de disputa entre grupos de interesses que exercem pressão sobre o processo regulatório.

Tabela 9 - Contribuições por Categoria de Contribuinte – ANP

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	Total
Categoria 1	-	-	-	-	-	63%	67%	57%	55%	38%	61%	57%	56%
Categoria 2	-	-	-	-	-	3%	0%	0%	6%	3%	3%	6%	3%
Categoria 3	-	-	-	-	-	5%	12%	10%	8%	18%	9%	8%	9%
Categoria 4	-	-	-	-	-	6%	0%	1%	1%	3%	0%	7%	3%
Categoria 5	-	-	-	-	-	0%	0%	0%	0%	0%	0%	1%	0%
Categoria 6	-	-	-	-	-	24%	20%	33%	30%	39%	27%	22%	28%
	-	-	-	-	-	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Fonte: ANP. Elaboração própria.

Por último, no caso da ANP, tem-se uma situação um pouco mais complexa. A concentração da participação do grupo de empresas do setor (56%) no total das contribuições recebidas em consultas no período contrasta-se com a baixa participação do grupo de pessoas físicas (3%), situação divergente da ANATEL e da ANEEL. A grande influência política sobre o setor de gás e petróleo através de políticas macroeconômicas, bem como o impacto da conjuntura econômica internacional sobre preços e demanda no setor, sejam fatores que contribuam para a baixa participação de consumidores finais (identificados aqui na categoria 4 - pessoas físicas) nas consultas públicas.

3. Conclusão

Como base de análise da regulação como política estatal, um conceito-chave a ser incorporado no processo regulatório é o de custo-benefício, segundo o qual os benefícios de uma política relativamente aos custos da mesma é que devem determinar a efetivação de tal política, que neste caso é a regulação. Com esse conceito em mente, o objetivo principal do processo regulatório é criar melhores regulações, o que não necessariamente significa menos regulação, maximizando os benefícios líquidos da regulação para a sociedade, com foco no objetivo central de maximização do bem-estar social, que é um dos principais direcionadores da atividade governamental através de políticas públicas. Uma das consequências da melhora do processo regulatório é que regulações não atrativas do ponto de vista do interesse nacional e do bem-estar social serão descartadas, neste caso tem-se uma um processo recorrente na regulação econômica em diversos países, a desregulação (Viscusi et al. 2005:39). Reguladores devem então maximizar o efeito líquido da regulação, dos benefícios menos os custos, num conceito simples, conscientes de que há inúmeros outros fatores que influenciam decisões políticas, como exposto no trecho:

“When an industry is regulated, industry performance in terms of allocative and productive efficiency is codetermined by market forces and administrative processes. Even if it so desires, a government cannot regulate every decision, as it is physically impossible for a government to perfectly monitor firms and consumers. As a result, market forces can be expected to play a significant role regardless of the degree of government intervention.” (ibid. p. 357).

A busca por eficiência no processo regulatório engloba também a mitigação dos riscos envolvidos, que podem gerar maior custo da política pública regulatória, ou interferir nos benefícios gerados, sejam eles medidos em termos de bem-estar social, de eficiência alocativa, ou de eficiência produtiva. No caso do modelo regulatório de agências independentes, a eficiência e a mitigação de riscos envolvem tanto o funcionamento quanto o desenho institucional das agências reguladoras. A participação através das consultas públicas é um mecanismo proposto para combater os principais riscos do modelo regulatório de agências independentes, ou autarquias especiais, identificados nas teorias da regulação pelas três principais visões apresentadas neste trabalho.

Na teoria da regulação dos custos de transação, desenvolvida com base na abordagem sobre os custos de transação, os principais riscos envolvidos no processo regulatório são os riscos de oportunismo governamental e de terceiros, ambos podendo ser

mitigados, apesar de não completamente, através das consultas públicas. O risco de oportunismo governamental para fins políticos, gerando um ambiente instável ao investimento privado, seria mitigado pelo controle social exercido através deste mecanismo de participação pública, que também mitigaria o risco de terceiros, com a participação das partes envolvidas no contrato público privado ao editar normas que exijam maior governança contratual, diminuindo assim a assimetria informacional entre as partes, principal causa do oportunismo de terceiros.

Na abordagem jurídica a respeito da regulação, um dos principais riscos inerentes ao desenho institucional das agências reguladoras é o insulamento político ligado ao déficit democrático gerado pela independência e ausência de controles diretos sobre a atuação das agências, gerando maior discricionariedade no funcionamento das agências. Esse controle direto é substituído pelo controle social mediante participação pública no processo regulatório, contribuindo assim para um menor déficit democrático nos processos das agências reguladoras, sem minar a necessária independência das agências.

A teoria econômica da regulação identifica como principal risco a captura do poder regulatório por grupos de interesse, buscando amparo aos seus interesses através de um processo regulatório influenciado por eles. Este risco pode ser mitigado pelo fomento da participação pública no processo regulatório, gerando então maior interação entre os diferentes grupos de interesses envolvidos no processo regulatório para que não haja predominância de apenas um grupo específico. As consultas públicas são um instrumento institucionalizado dessa interação entre grupos de interesse, gerando um processo democrático de pressão legítima, mais eficiente do que no caso em que a pressão exercida pelos grupos de interesse ocorra de maneira não transparente, assimétrica e institucionalmente ilegítima, proporcionando a maximização do bem-estar social pela supervisão da disputa entre grupos de interesse por meio das consultas públicas.

Como exposto na pesquisa empírica realizada neste trabalho, de identificação dos grupos de interesse que exercem pressão nas agências reguladoras federais através de consultas públicas, há uma nítida concentração das contribuições recebidas nos grupos representativos dos interesses das empresas reguladas (Categoria 1) e dos consumidores (Categoria 4), considerados, em teoria, os grupos que têm interesse em exercer maior pressão sobre o processo regulatório.

A partir da exposição a respeito da regulação econômica e do modelo de agências reguladoras independentes, este trabalho se propôs a analisar os dados das contribuições das consultas públicas com o intuito de identificar grupos de interesse envolvidos no processo regulatório, corroborando a hipótese de Stigler de demanda de grupos por regulação. Os grupos identificados na pesquisa empírica com os dados das contribuições foram as empresas reguladas e os consumidores (identificados como pessoas físicas participantes das consultas públicas). A hipótese de Peltzman, de transferência de riqueza para os grupos de interesse com maior apoio político ofertado em detrimento dos grupos que exercem menos apoio político, não está no escopo de análise. Tanto a hipótese de Peltzman quanto a de Becker, apesar de não terem sido testadas empiricamente neste trabalho, se relacionam aos dados apresentados por serem derivadas da hipótese de interação entre grupos de interesse que buscam influenciar o processo regulatório. Portanto, a partir da constatação da existência de tal interação na prática pode futuramente fomentar a busca de comprovação das hipóteses de Peltzman e de Becker no modelo regulatório conforme implementado no Brasil.

Espera-se, então, ter comprovado, pelos dados analisados, que o modelo de agências reguladoras no Brasil segue as hipóteses descritas na teoria econômica da regulação, de que a regulação é ofertada como produto pelo governo e que a demanda por tal produto é fruto da disputa entre grupos de interesse por regulação, através de pressões políticas que influenciem o processo regulatório, apesar do desenho institucional da regulação, como política pública, ser voltado para a maximização do bem-estar social. A interação entre esta demanda por regulação e a maximização do bem-estar social se dá, no Brasil, através da participação destes grupos no processo regulatório de maneira institucionalizada, por meio das consultas públicas²⁶. A agência regulatória, portanto, não age de maneira completamente independente, mas sofre influências de grupos de interesse.

Por fim, vale ressaltar que a teoria da regulação, apesar de identificar com sucesso o mecanismo de demanda de grupos de interesse por regulação, ignora o papel do poder judiciário no processo regulatório (VISCUSI et al., 2005), e, portanto, também o objetivo de maximização do bem-estar social nas políticas públicas. O fato de políticas públicas serem direcionadas, por meio da defesa do bem-estar social, de maneira por vezes ser oposta aos

²⁶ Outras formas de exercer pressão sobre as agências reguladoras, institucionalizadas ou não, podem existir, mas não foram abordadas nesta pesquisa, focada na análise das consultas públicas.

interesses de alguns grupos envolvidos no processo regulatório, com garantia constitucional, é um limite ao controle exercido por grupos de interesse sobre o processo regulatório, ou seja, a identificação da existência de pressão de grupos de interesse, por meio dos dados das consultas públicas, apesar de comprovar a hipótese da teoria econômica da regulação, não necessariamente significa que a regulação de fato seja dirigida de maneira a favorecer grupos de interesse que exerçam maior pressão no processo regulatório. Uma hipótese mais razoável seria a de que a regulação seria viesada, mas que mecanismos de controle, exercidos através da participação de grupos de defesa dos interesses públicos, como órgãos públicos, e Departamentos de defesa do consumidor, nas consultas públicas, conseguem eficientemente amenizar a influência dos grupos de interesses opostos aos interesses públicos no bem-estar social.

Enfim, a teoria econômica da regulação tem pressupostos válidos e comprovados, através da pesquisa apresentada, acerca da disputa entre grupos de interesse demandantes de regulação, mas não é de todo errado assumir que os interesses destes grupos possam não ser incorporados totalmente pela atuação de outros grupos e institucionalização de um processo transparente de modificação das normas nas agências reguladoras, as consultas públicas.

O Estado continua a evoluir e sempre perseguir eficiência institucional, em todas as políticas públicas e também na regulação. Este novo papel regulador do Estado é um desafio inevitável para o desenvolvimento econômico, visando compactuar interesses privados, seja de empresas ou pessoas físicas, para maximizar o bem-estar social.

4. Referências bibliográficas

ANA - Agência Nacional de Águas – (<http://www.ana.gov.br/>)

ANAC - Agência Nacional de Aviação Civil – (<http://www.anac.gov.br/>)

ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações - (<http://www.anatel.gov.br/>)

ANCINE - Agência Nacional do Cinema – (<http://www.ancine.gov.br/>)

ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica - (<http://www.aneel.gov.br/>)

ANP - Agência Nacional de Petróleo - (<http://www.anp.gov.br/>)

ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar - (<http://www.ans.gov.br/>)

ANTAQ - Agência Nacional de Transportes Aquaviários - (<http://www.antaq.gov.br/>)

ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres - (<http://www.antt.gov.br/>)

ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária - (<http://www.anvisa.gov.br/>)

BUCHANAN, J. Game Theory, Mathematics, and Economics. *Journal of Economics Methodology*, v. 8 (March), 2001, pp. 27-32.

CASA CIVIL – REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL - CÂMARA DE INFRA-ESTRUTURA – CÂMARA DE POLÍTICA ECONÔMICA. Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro (Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial). Brasília: Setembro, 2003, Disponível em: <<http://www.regulacao.gov.br/publicacoes/artigos/analise-e-avaliacao-do-papel-das-agencias-reguladoras-no-atual-arranjo-institucional-brasileiro/view>>.

Acesso em: 19/05/2012.

CAMPOS, A. M. *Accountability: Quando poderemos traduzi-la para o português?* In: Revista de Administração Pública, Vol. 24, nº 2, fev-abr, 1990, pp. 30-50.

COASE, R.H. The Nature of the Firm, *Economica*. Londres: New Series, v. 4, 1937, pp. 386-405. Reimpresso. In: WILLIAMSON, O.E.; WINTER, S. G. (ed.). *The Nature of the Firm: Origins, Evolution and Development*. Nova York: Oxford University Press, 1991, pp. 18-33.

COMMONS, J. *The Economics of Collective Action*, Madison: University of Wisconsin Press, 1950.

DELMAS, M.A.; MONTES-SANCHO, M. J.; RUSSO, M. V.; TOKAT, Y. Deregulation, efficiency and environmental performance: evidence from the electric utility industry. In MÉNARD, C.; GHERTMAN, M. *Regulation, deregulation and reregulation*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2009, pp. 170-195.

DEN HERTOOG, J. A. *General theories of economic regulation*, Utrecht: Economic Institute - Utrecht University, 1999, pp. 223-270.

_____. *Review of economic theories of regulation*, Utrecht: Tjalling C. Koopmans Research Institute - Utrecht University, Discussion Paper Series 10-18, 2010, pp. 1-59.

DUGUIT, P. M. N. L. *Traité de Droit Constitutionnel*, v.2, Paris: Boccard, 1923, p. 55

GRAU, E. As agências, essas repartições públicas. In SALOMÃO FILHO, C. (coord.) *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pp. 25-28.

HABERMAS, J, Três modelos Normativos de Democracia, *Lua Nova*. v. 36, 1995

HAYEK, F. *Individualism and Economic Order*. Chicago: The University of Chicago Press, 1948.

MATTOS, P. T. L. Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento. In SALOMÃO FILHO, C. (coord.) *Regulação e desenvolvimento*, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pp. 182-230.

MÉNARD, C., Regulation, deregulation and reregulation. In: MÉNARD, C.; GHERTMAN, M. *Regulation, deregulation and reregulation*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2009, pp. 351-373.

POSNER, R. A. Teorias da regulação econômica. In MATTOS, P. T. L. (coord.) *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004, pp. 49-80.

PELTZMAN, S. The economic theory of regulation after a decade of deregulation. *Brookings Papers on Economic Activity*. Chicago: Microeconomics, v. 1989, 1989, pp. 1-41.

_____. Towards a more general theory of economic regulation. *Journal of Law and Economics*. Chicago: The University of Chicago Press, v. 19, n. 2, August, 1976, pp. 211-240.

PFEIFER, R. A. C. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

PRADO, O. Agências reguladoras e transparência: a disponibilização de informações pela Aneel. *Revista de Administração Pública*, v. 40, n. 4, pp. 631-646, Agosto, 2006.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*, Câmara da Reforma do Estado, Brasília, 1995.

PROKOP, D.; PRENTICE, B. E. *Regulation as Customer Service: A Cyclical View*, Council of Supply Chain Management Professionals (CSCMP). Center for Business and Public Policy (CBPP) Seminar Series, February 26, 2010. Disponível em: <<http://cscmp.org/downloads/public/academics/scmec/Paper8.pdf>>. Acesso em: 20/08/2012.

REIS, F. Q. Cidadania democrática, corporativismo e política social no Brasil. In: *Mercado e Utopia: Teoria Política e Sociedade Brasileira*. São Paulo: Edusp, 2000.

SALGADO, L. H. Agências Regulatórias na Experiência Brasileira: Um Panorama do Atual Desenho Institucional. Texto para discussão n. 941, Rio de Janeiro: IPEA, 2003.

SALOMÃO FILHO, C. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, C. (coord.) *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 29-63.

_____. Teoria da regulação: raízes e fundamentos. In: FILHO, S. C., *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 13-40.

SCHUARTZ, L. F. Haverá lugar digno para o “Jurídico” na teoria e prática do direito antitruste?. *Revista do IBRAC* (Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional), v. 13, nº2, 2006.

SPILLER, P. T. An institutional theory of public contracts: regulatory implications. In MÉNARD, C.; GHERTMAN, M. *Regulation, deregulation and reregulation*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2009, pp. 45-66.

SPILLER, P. T. *Transaction cost regulation*. Massachusetts: National Bureau of Economic Research, Working Paper n. 16735, Janeiro, 2011.

STIGLER, G. J. The theory of economic regulation, *The Bell Journal of Economics and Management Science*. Chicago: The RAND Corporation, v. 2 n. 1 – Spring, 1971 pp. 3-21.

STONE, A, *Regulation and its alternatives*, Washington D.C.: Congressional Quarterly Press, 1982.

VISCUSI, W. K.; HARRINGTON JR., J. E., VERNON, J. N. *Economics of regulation and antitrust*. Cambridge (MA): The MIT Press, 4th ed., 2005.

WILLIAMSON, O. E. *Transaction cost economics: the precursors*. In MÉNARD, C.; GHERTMAN, M. *Regulation, deregulation and reregulation*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2009, pp. 9-26.