

O RISCO DE CAPTURA NAS AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS: UMA ABORDAGEM À LUZ DA TEORIA ECONÔMICA

MSc. Ing. Eliane Rocha De La Osa Cabeza

Agência de Regulação e Controle de Serviços Públicos do Estado do Pará – ARCON
elianecabeza@yahoo.com.br

Dra. Arianne Brito Rodrigues Cal

FAP – Faculdade do Para
ariannecal@terra.com.br

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é demonstrar a problemática do risco de captura e corrupção nos pontos de interação entre os setores privado e público no processo de regulação, avaliando se a regulação, apesar dos perigos da captura, segue sendo necessária no Brasil. Para tanto, foi feita pesquisa bibliográfica, onde foi analisado, à luz da Teoria Econômica, o risco de captura a partir do modelo jurídico implantado e do ambiente regulatório. Foi feita uma abordagem a partir dos riscos regulatórios, das falhas de mercado existentes, da Teoria da Captura e, por fim, da corrupção e captura a partir do modelo Principal-Cliente-Agente – PAC, destacando quatro atores no processo: cidadãos (geralmente os usuários); agentes políticos, ou poder legislativo; regulador, ou poder executivo; e empresas reguladas.

Palavras-chave: agência reguladora; agência; regulação

THE RISK OF CAPTURE IN SERVICES PUBLICS OF REGULATION AGENCYS: AN ANALYSE BASED ON THE ECONOMICAL THEORY

ABSTRACT

The objective of the present article is to demonstrate the problematics of the risk of capture and the corruption in the interaction points between the private and public sectors in the regulation process, evaluating if the regulation, in spite of the dangers of the capture, keeps on being necessary in Brazil. For so much, bibliographical inquiry was done, where the capture risk was analyzed, by the light of the Economical Theory, from the introduced legal model and the regulation environment. An approach was done from the regulation risks, of the existent faults of market, of the Theory of the Capture and, finally, of the corruption and capture from the model Main-Client-Agent– MCA, highlighting four actors in the process: citizens (generally the users); political agents or legislative power; regulator, or executive power; and regulated enterprises.

Key Words: agency of regulation; agency; regulation

Área Temática: Aspectos Institucionais e Jurídicos

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Reforma do Estado foi um “instrumento indispensável para consolidar o crescimento sustentado da economia”¹. Conforme relata Sílvio Luís Ferreira Rocha, essa reforma foi iniciada pelo Governo Collor e levada adiante no Governo Fernando Henrique Cardoso, tendo sido marcada por fortes traços do Neoliberalismo, que recorre à desestatização, à privatização e à desregulamentação de forma a reduzir sensivelmente a participação do Estado na atividade econômica e, principalmente, na prestação de serviços públicos². Segundo Sílvio Luís Ferreira Rocha, os argumentos que justificam a redefinição das atividades do Estado são financeiros, jurídicos e políticos e partem da premissa (não comprovada por qualquer experiência histórica recente), de que haverá, ao final do processo, uma melhoria da capacidade do Estado de atender às demandas sociais, o que ainda não se verifica na atualidade³.

Neste processo surgiu a figura da “Agência Reguladora”, que, segundo Conrado Hubner Mendes, é uma expressão importada do Direito Americano⁴. Na realidade, “Agência Reguladora”, não é somente uma expressão, “mas todo um modelo jurídico de regulação que está a se propagar, principalmente na Europa e na América Latina.”⁵.

O Governo brasileiro, entrando no clima de criação de agências reguladoras, optou por criar agências setoriais específicas e muitos Estados optaram por agências abrangendo dois ou mais setores (multi-setoriais), racionalizando recursos humanos e materiais.

Muitos são os conflitos de interesse entre os segmentos de governo, investidores e consumidores, sendo que os interesses de governo tendem a ser conflitantes entre si, pois de um lado há a necessidade de arrecadação fiscal e uma tendência de transferir ao consumidor a obrigação que poderiam ser vista como típica de financiamento pelo contribuinte, como as condutas de políticas sociais e, de outro, a importância da modicidade tarifária como fator de desenvolvimento, de promoção da competitividade da economia e da qualidade de vida da população.

¹ CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 40.

² ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. *Coleção Temas de Direito Administrativo*. Livro 7. São Paulo: Malheiros. 2003., p 16.

³ *Ibidem.*, p. 19.

⁴ MENDES, Conrado Hubner. **Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os parâmetros da Discussão**. In: *Direito Administrativo Econômico*. Carlos Ari Sunfeld, Coordenador. Malheiros. 2002, p. 107.

⁵ *Ibidem.*, p. 10.

Nota-se que, de maneira geral, as agências reguladoras só garantem o equilíbrio e a estabilidade necessárias no relacionamento entre as partes envolvidas, à medida que tenham credibilidade e imagem pública de isenção, sendo que tanto a subordinação da ação reguladora da agência ao controle de um governo quanto à sua captura por interesses privados afetam o trinômio independência, credibilidade e capacitação técnica⁶.

O Governo, diretamente ou através do particular, deve consolidar os interesses da sociedade, envolvendo consumidores e contribuintes, promovendo e coordenando os investimentos nos diversos setores e atuando de forma a não haver risco de captura no processo regulatório. Esse risco vem a tornar sem efeito as ações regulatórias para a sociedade, considerando-se que é fundamental que as agências, de um lado, possam gerar um ambiente atrativo e estável para os investidores privados ao longo prazo e, por outro, garantir o suprimento dos serviços aos usuários em condições de competição, em consonância com os níveis de renda destes e com as exigências de qualidade.

Porém, o que vem se percebendo na realidade brasileira é que, apesar da presença das agências reguladoras teoricamente ser indispensável para a atração dos investimentos privados e para a redução do chamado “risco de captura” do processo regulatório por grupos de interesse, há um forte indício de que elas foram ou estão sendo capturadas pelo ente regulado, pondo em cheque todo o modelo jurídico amplamente aplicado e defendido por grande parte da doutrina.

2. ALGUNS ASPECTOS SOBRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

As agências reguladoras são autarquias sob regime especial, criadas com a finalidade de disciplinar e controlar certas atividades. Recebem os privilégios outorgados pela lei que as criou, bem como os comuns a todas as autarquias, os quais são, segundo Diógenes Gasparini, indispensáveis ao atingimento de seus fins⁷. Têm funções normativas, administrativas e quase-jurisdicionais, possuindo relativa independência e autonomia quanto

⁶ BARAT, Josef. **Agências reguladoras: avanços e recuos**. Jornal “O Estado de São Paulo”, edição de 05/05/2004. Disponível na internet em: <<http://infoener.iee.usp.br/infoener/hemeroteca/imagens/78869.htm>>. Acesso em 15/01/2008.

⁷ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 342.

aos Três Poderes (política, financeira, normativa e de gestão)⁸. Segundo Eloísa Carbonell, citada por Guilherme Mussi, a competência do Poder Executivo sobre as agências é apenas político, no sentido de que poderá coordenar as diferentes ações públicas com a política desenvolvida pelo Governo.

É de se destacar que

“nem todas as agências dizem respeito propriamente à regulação e fiscalização de serviços públicos cuja execução foi transferida ao setor privado mediante concessão, permissão, autorização, ou cuidam da regulação de atividades resultantes da quebra, total ou parcial, de monopólios estatais”⁹.

Nesse sentido, vale observar algumas das atividades relacionadas à disciplina e controle das agências, destacadas por Celso Antonio Bandeira de Melo¹⁰:

- **Serviços públicos propriamente ditos.** Na esfera Federal temos: *ANEEL* (Agência Nacional de Energia Elétrica), *ANATEL* (Agência Nacional de Telecomunicações), *ANTT* (Agência Nacional de Transportes Terrestres), *ANTAQ* (Agência Nacional de Transportes Aquaviários) e *ANAC* (Agência Nacional da Aviação Civil).
- **Atividades de fomento e fiscalização de atividade privada.** Na esfera Federal temos a *ANCINE* (Agência Nacional do Cinema);
- **Atividades exercitáveis para promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo:** Na esfera Federal temos a *ANP* (Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustível);
- **Atividades que o Estado também protagoniza (e quando o fizer serão serviços públicos), mas que paralelamente, são facultadas aos particulares.** Na esfera Federal temos a *ANVISA* (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) e a *ANS* (Agência Nacional de Saúde Suplementar).
- **Uso de bem público:** Na esfera Federal temos a *ANA* (Agência Nacional das Águas).

⁸ MUSSI, Guilherme. Os limites do poder normativo das agências reguladoras brasileiras: o caso do encargo de capacidade emergencial ("seguro apagão"). Disponível na internet em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5274&p=3>>. Acesso em 15 de janeiro de 2008.

⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 77.

¹⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros. 2006, p. 163.

Celso Antonio Bandeira de Melo destaca ainda que a CVM (Comissão de Valores Mobiliários), apesar de ter as suas funções equivalentes às das Agências Reguladoras, e ter sido atribuída o qualificativo de autarquia “sob regime especial”, não recebeu a designação de Agência, tendo sido mantido o seu nome original (CVM)¹¹.

José dos Santos Carvalho Filho afirma que as Agências Reguladoras devem ser fortes e atentas à área que estão sob seu controle e que sem isso “surgirá o inevitável risco de que pessoas privadas pratiquem abuso de poder econômico, visando à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência, provocando aumento arbitrário de seus lucros”¹².

Os serviços regulados pelas agências possuem aspectos comuns e específicos, dentre os quais merecem destaque¹³:

- Os administradores possuem mandato, só podendo ser destituídos por condenação judicial transitada em julgado, improbidade administrativa ou descumprimento injustificado das políticas estabelecidas para o setor ou pelo contrato de gestão;
- Nomeação dos dirigentes pelo Presidente da República, com prévia aprovação dos nomes pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, III, ‘f’, da Constituição da República;
- Edição de normas sobre matérias de sua competência;
- Vedação ao ex-dirigente, até um ano depois de deixar o cargo, de representar qualquer interesse perante a agência, ou de prestar serviços a empresas sob sua regulamentação (a chamada quarentena);
- Recursos próprios oriundos de taxa de fiscalização ou de autorizações específicas relativas às suas atividades;
- Declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou servidão administrativa, das áreas necessárias aos concessionários, permissionários e autorizados de energia elétrica.

¹¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros. 2006, p. 164.

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 423.

¹³ MONTEIRO, Adriana Carneiro. **Agências reguladoras**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, nº 1033, 30 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8328>>. Acesso em 03 agosto de 2008.

3. REGULAÇÃO À LUZ DA TEORIA ECONÔMICA

A palavra regulação, no âmbito das Agências Reguladoras, via de regra, está relacionada à necessidade de substituir o mercado na otimização das atividades de prestação de serviços públicos. Em sentido amplo, regulação pode ser definida como sendo toda forma de intervenção do Estado na economia. Em sentido restrito, refere-se à intervenção estatal na economia que não se efetiva pela participação direta na atividade econômica (como agente), mas mediante condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica privada¹⁴.

Regulação é a “atividade normativa pela qual o governo condiciona, corrige e altera os parâmetros naturais e espontâneos do mercado, impondo determinadas exigências ou requisitos à atuação dos agentes econômicos”¹⁵. São duas as formas de regulação¹⁶:

- **Polícia econômica**, que é a regulação externa referente às condições de salubridade, segurança, proteção ao meio ambiente e localização física em que se desenvolve a atividade econômica;
- **Regulação econômica**, a qual está relacionada aos setores submetidos a intervenção, concentrando-se na entrada e saída da atividade e interferindo nas condições econômicas em que a atividade se desenvolve (o *quantum* de produção, os preços ou retribuições que percebem em decorrência da atividade, as zonas ou mercados em que atua cada empresa e o negócio em que consiste a atividade).

No sentido oposto, a desregulação ou desregulamentação é o “conjunto de medidas que tem por objeto a diminuição não somente do volume, mas também da importância das normas jurídicas em uma determinada atividade”¹⁷. Ou, seja, desregular não significa “não regular”, mas somente diminuir qualitativa e quantitativamente a regulação estatal, ampliando-se a liberdade de atuação dos particulares¹⁸.

¹⁴ SCHWARTZ, Marius. **Telecommunications Reform in the United States: Promises and Pitfalls**. In: WELFENS, Paul, YARROW, George. (orgs) *Telecommunications and Energy in Systemic Transformation: International Dynamics, Deregulation and Adjustment*. New York: Network Industries, Heidelberg and New York Ed., 1997, p. 125.

¹⁵ ORTIZ, Gaspar Ariño. **Economía y Estado: Crisis y Reforma Del Sector Público**. Madrid: Marcial Pons, 1993, p. 24.

¹⁶ Ibidem, p. 46.

¹⁷ BILBAO, María Nieves de la Serna. **La Privatización em España: Fundamentos Constitucionales y Comunitarios**. Pamplona: Aranzade, 1995, p. 47.

¹⁸ DROMI, Roberto. **Empresas Públicas: de estatales a privadas**. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997, p. 15.

3.1. Divisão clássica da Economia da Regulação

A Economia da Regulação, classicamente, se divide em três grandes temas¹⁹:

- **Política antitruste**, que está relacionada ao controle do abuso do poder econômico por parte de empresas no ambiente de concorrência imperfeita, tendo em vista que tal abuso gera grandes prejuízos tanto para o consumidor como para os setores produtivos.
- **Regulação econômica**, que está relacionada às situações típicas de monopólio natural, com a existência de ação predatória das empresas mais fortes, e com características estruturais de determinados setores que impõem limites à concorrência. Nessa situação, o Estado vem a interferir nas condições de entrada e saída do setor, na quantidade e qualidade da produção, assim como na formação do preço, dentre outras ações necessárias.
- **Regulação não-econômica**, que está relacionada às intervenções na produção de forma a reduzir, prevenir ou remediar possíveis danos sociais, danos à saúde e ao meio-ambiente provenientes de riscos produzidos na produção de determinados bens.

3.2. Regulação Econômica

A intervenção do Estado na economia, de acordo com a Teoria Econômica, objetiva regular os desequilíbrios do mercado e promover o desenvolvimento econômico, de forma a:

- maximizar a utilidade coletiva;
- fomentar e estabilizar o crescimento econômico; e
- redistribuir a renda.

É através de tais condutas que o Estado busca, de acordo com a teoria da regulação econômica, aperfeiçoar o mecanismo de livre mercado, bem como corrigir o desvio na alocação ótima dos recursos e da maximização da eficiência, que ocorrem quando o mercado se afasta do modelo de concorrência perfeita.

¹⁹ HOLDEN, Paul, RAJAPATIRANA, Sarath. **Unshackling the Private Sector**. In: Directions in Development. World Bank, Washington D.C, 1995, p. 69.

Em uma economia de mercado, a intervenção do Estado na atividade econômica justifica-se pelo fato desse mercado apresentar disfunções denominadas falhas de mercado, que o fazem afastar-se dos paradigmas de eficiência produtiva e eficácia alocativa.

As falhas clássicas de mercado são classificadas, *dentre outras, em concorrência imperfeita, externalidades, insatisfação da taxa de retorno e excesso de competição e falhas de informação*²⁰.

Na *concorrência imperfeita*, ou seja, nos monopólios, oligopólios e lucros rentistas, o Estado tem como missão impor barreiras aos agentes econômicos quando estes tenderem a aumentar os preços e reduzir a produção, praticar discriminações entre seus clientes. Diversos países, em tempos anteriores, para evitar a falha de mercado e ter uma regulamentação mais ativa, incentivaram a criação de monopólios públicos nos setores de infraestrutura. No Brasil, esse tipo de política fez surgir empresas públicas como Eletrobrás, Telebrás, Portobrás, dentre outras.

Nas *externalidades*, que podem ser positivas ou negativas, a intervenção estatal objetiva evitar desperdícios econômicos e compensar desequilíbrios entre custos e benefícios sociais e privados. Por exemplo, quando os custos sociais de uma determinada produção não refletirem integralmente nos preços e gerarem aos consumidores benefícios, essa é uma externalidade positiva; e quando, nessa mesma situação, os demais membros da sociedade tiverem sua qualidade de vida afetada, essa seria a externalidade negativa.

Na *insatisfação da taxa de retorno e excesso de competição*, que é o caso dos monopólios naturais, a estrutura de custos só permite a permanência de um número reduzido de fornecedores. Dessa forma, se o Estado não controlar a entrada de empresas no setor, os produtores ficarão sujeitos à ruína, sem, entretanto, ocorrer a vitória do mais eficiente, mas sim a do mais inescrupuloso. Ao serem eliminados os concorrentes, aquele poderá assumir posturas predatórias de monopolista.

Nas *falhas de informação*, o bom funcionamento de um mercado competitivo dar a entender que os consumidores detêm informações satisfatórias em relação aos bens e serviços, o que, via de regra, não ocorre quando o produtor teme os custos da produção das informações devidas ou simplesmente não tem a intenção de fornecê-las ao consumidor. A intervenção estatal aqui também é considerada como um meio para produzir as informações necessárias, porém inexistentes, ou para pressionar os produtores a produzi-las.

²⁰ BELLI, Pedro. **The Comparative Advantage of Government: A Review**. Policy Research Working Papers nº 1834, The World Bank, Washington, 1997, p. 103; BUTTON Kenneth.. **Regulatory Reform**. In: BUTTON Kenneth, PITFIELD David (eds), *Transport Deregulation - An International Movement*, 1ª Ed., Macmillan, Londres, 1991, p. 93.

Há doutrinadores que consideram como falhas de mercado, dentre outras²¹:

- a escassez de determinados bens essenciais ou condições de produção;
- as situações de desigualdade de poder de negociação;
- as necessidades de racionalização, quando essa é dificilmente atingida pelos mecanismos de mercado;
- as situações de risco moral, tipicamente presentes quando o comprador não se identifica com o pagador da compra;
- razões de interesses estratégico-militares.

A *Economia da Regulação* foi gerada a partir da visão analítica da *Teoria do Bem Estar*, da *Teoria do Monopólio Natural* e da *Teoria dos Mercados Contestáveis*, fornecendo um tratamento normativo ao comportamento dos agentes econômicos, de forma a coibir as práticas de monopólio e a garantir o bem estar social, uma vez que a presença de imperfeições impede que o mercado seja capaz de gerar, através de preços e quantidades, o ajuste necessário entre oferta e demanda.

A *Teoria do Bem Estar* tem como teorema fundamental a existência de um número suficiente de mercados, de comportamento competitivo entre consumidores e produtores; e de um equilíbrio entre estes.

A *Teoria do Monopólio Natural* defende que a presença de uma única firma é a forma mais eficiente de organização da indústria (custo menor de produção do que qualquer outra situação). Difere o monopólio natural do monopólio legal, pois neste uma firma pode se tornar monopolista porque um órgão de governo franqueou-lhe uma parte do mercado.

A *Teoria dos Mercados Contestáveis* considera que a competitividade é a melhor meta a se buscar com a regulação, quando esta é necessária. Os dois pontos básicos dessa teoria são os conceitos de mercado contestável e de sustentabilidade²². O mercado contestável é aquele acessível a entrantes potenciais e a sustentabilidade ocorre quando, em uma configuração industrial, há a existência de um vetor de preço e um conjunto de vetores de produtos, um para cada uma das firmas na configuração. Essa teoria tem sido usada como fundamento para muitas políticas de regulação por ser a mais próxima da realidade, em comparado com o ideal clássico da concorrência perfeita e do monopólio.

²¹ ORRICO FILHO, Rômulo Dante, BRASILEIRO, Anísio, SANTOS, Enilson Medeiros dos, ARAGÃO, Joaquim José Guilherme de. **Ônibus Urbano – Regulamentação e Mercados**. LGE, Brasília, 1996, p. 43.

²² BAUMOL, William, PANZAR, John, WILLIG, Robert. **Contestable Markets and the Theory of Industry Structure**. Orlando: Harcourt B. J. Publications, 1988, p. 85.

3.3. Regulação Tradicional

A regulação, historicamente, tem assumido diferentes feições para adequar-se às peculiaridades sócio-culturais do país em que venha a desenvolver-se, pois o nível de desenvolvimento econômico e tecnológico, a estrutura institucional, as pressões dos diferentes grupos de interesse e a doutrina econômica dominante vão interferir na sua formatação²³.

Normalmente há uma tendência na regulação implícita dos setores de infraestrutura, em face do órgão regulador inserir-se em autarquias ou em empresas mistas e estatais. Nesse caso, os planos de investimento e a política de preços das prestadoras de serviços são utilizados como instrumentos de promoção do bem estar social e da universalização dos serviços. Nessa formatação, os setores regulados assumem caráter estratégico, sendo foco de políticas industriais de intervenção direta do Estado, possibilitando a constituição de monopólios públicos que possuíam reduzido grau de internacionalização e operavam em mercados nacionais bem definidos.

A regulação implícita foi muito influenciada pela tradição francesa, com seu enfoque multidimensional de serviços públicos, trazendo a noção *ideológica*, *legal* e *instrumental* de serviços públicos²⁴:

- **Noção Ideológica de serviço público:** iguala a definição de *serviço público* à de *interesse geral*, a qual é identificada pelo Estado como atividade que satisfaz às necessidades diárias da população e que tem uma *função social* justificando a atuação estatal como provedor direto desses serviços;
- **Noção legal de serviço público:** abrange a definição de aparatos constitucionais que instituem as prerrogativas estatais e regras legais específicas influenciadas pelo Direito Romano;
- **Noção instrumental de serviço público:** cuida das diferentes nuances em poder do Estado para intervir na vida econômica, englobando tanto os órgãos administrativos tradicionais como as atividades produtivas.

Em países anglo-saxões a intervenção pública é vista de forma muito mais pragmática, porém, mesmo nestes a regulação ocorreu de forma implícita, a exemplo do Reino Unido. Os Estados Unidos da América não assumiu diretamente a operação dos

²³ VISCUSI, Kip VERNON, John, HARRINGTON JR., Josef. **Economics of Regulation and Antitrust**, 1ª Ed.. Cambridge (Massachussets): The MIT Press, 1995, p. 44.

²⁴ LAMORT, Frank. **The Notion of Public Service in European Power Industries: a Comparative Cultural and Historical analysis in France, Germany and England**. Germany: ENER Bulletin nº 15, 1995, p. 12.

serviços públicos e as concessionárias eram identificadas como empresas fornecedoras de serviços cruciais para indivíduos e negócios, sendo fundamental a imposição de limites através de um órgão regulador, de forma a garantir quantidades adequadas e qualidade dos serviços²⁵.

Ressalta-se que os Estados Unidos foram os que mais produziram literaturas sobre o tema de regulação institucional para tratar da questão dos monopólios de fornecimento de serviços públicos, fundamentados na forte tradição liberal e federalista. Esse arcabouço jurídico pormenorizado veio a combater trustes e cartéis, bem como a consolidar várias comissões reguladoras locais e uma abrangente literatura empírica sobre regulação de serviços públicos²⁶.

Assim, a regulação tradicional constitui uma intervenção direcionada não para a indução de concorrência, mas sim para a canalização de instrumentos e metas administradas publicamente em atividades econômicas caracterizadas pelas falhas de mercado²⁷.

4. RISCOS REGULATÓRIOS

No processo regulatório, alguns problemas detectados podem afetar o desempenho da atividade regulatória. L. P. JONES destaca os três principais problemas da regulação²⁸:

- Os custos da regulação são maiores que os custos de oportunidade de uso de recursos públicos;
- Os reguladores podem não ser perfeitos e com alguma frequência não alcançar os objetivos iniciais, introduzindo distorções que levem a lucros extraordinários ou subinvestimentos;
- A regulação pode ser campo fértil para a corrupção na medida em que os servidores encarregados da regulação sejam capturados pelos agentes.

²⁵ DE PAOLI, Luigi, GULLI, Francesco. **Public Service and Electricity Sector in Italy**. Germany: ENER Bulletin nº 15, 1995, p. 24.

²⁶ VISCUSI, Kip VERNON, John, HARRINGTON JR., Joseph. **Economics of Regulation and Antitrust**, 1ª Ed.. Cambridge (Massachusetts): The MIT Press, 1995, p. 32.

²⁷ POSSAS, Mario Luiz, PONDÉ, João Luiz, FAGUNDES, Jorge. **Regulação da Concorrência nos Setores de Infraestrutura no Brasil: Elementos para um Quadro Conceitual**. In REZENDE Fernando, PAULA Tomás Bruginski. (Coord.) (1997): *Infraestrutura: Perspectivas de Reorganização*. Brasília: IPEA, 1997, p. 37.

²⁸ JONES, Leroy. **Appropriate Regulatory Technology – The Interplay of Economic and Institutional Conditions**. Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics. Washington: The World Bank, 1993, p. 197.

No entanto, a principal causa dos problemas regulatórios está relacionada à assimetria de informações, a qual envolve duas dimensões principais: uma exógena e outra endógena²⁹.

A dimensão exógena da assimetria de informações, denominada de “seleção adversa”, é decorrente do fato do regulador não possuir o mesmo nível de informações que o regulado em relação à fatores exógenos que afetam a eficiência da concessionária do serviço, ou seja, parâmetros tecnológicos, comportamento da demanda, dentre outros.

A dimensão endógena da assimetria de informações, conhecida como “risco moral”, é decorrente do fato de somente o regulado possuir o conhecimento do resultado de determinados movimentos intrinsecamente endógenos, como os custos, os resultados de medidas administrativas, entre outros, o que possibilita a manipulação do esforço pelas concessionárias do serviço, objetivando vantagens na revisão dos contratos ou na estipulação de metas regulatórias.

4.1. Falhas de mercado no processo regulatório

Os objetivos divergentes dos envolvidos no processo regulatório (Estado, empresas concessionárias e usuário), aliados às assimetrias de informação existentes e às repetidas interações administrativas entre regulador e regulado, podem gerar riscos de “captura” do órgão regulador, podendo então dessa forma confundir o interesse geral com o interesse da empresa concessionária³⁰.

Gontran Gifoni NETO destaca que a análise das “falhas de governo”, desenvolvida na teoria econômica a partir dos anos 70, representou um passo teórico fundamental para análise das falhas de mercado no processo regulatório. Como a atuação do governo não é orientada pela busca do lucro, novos conceitos deveriam ser inseridos na discussão que envolve os determinantes, restrições e efeitos da atuação do governo na economia, vindo a surgir dois conceitos fundamentais na análise da regulação econômica: *grupos de pressão e rent-seeking*³¹.

²⁹ GIFONI NETO, Gontran. **Instituições Regulatórias do Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros: o caso das Agências Reguladoras Estaduais Brasileiras**. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: COPPE/UFRJ. Março, 2002, p. 36.

³⁰ Ibidem, p.37.

³¹ Ibidem.

4.1.1. Grupos de Pressão

Um grupo de pressão objetiva promover o interesse comum de seus membros. Os *grupos de pressão* são caracterizados como sendo

associações que visam promover o interesse comum de seus membros, cumprindo seu objetivo através da provisão de bens coletivos ou públicos a seus membros. De acordo com a teoria, grupos de tamanhos diferentes, ainda que possuindo interesses comuns, têm probabilidades desiguais de se organizarem para uma ação coletiva, na ausência de incentivos seletivos ou de coação. Grupos pequenos e com interesses homogêneos têm maior pretensão a se comportarem como privilegiados, e a fugirem a um padrão de não cooperação racional. A razão desse fato é que nestes grupos a contribuição individual e os benefícios decorrentes são perceptíveis para o grupo como um todo; de outra forma, sendo perceptível o benefício líquido a ser auferido pelos atores, a ação coletiva pode se dar de maneira voluntária. (...) Os bens públicos ou coletivos estão sujeitos à ação dos grupos organizados, os quais se beneficiam diferenciadamente destes bens e repartem os custos com a coletividade, caracterizando-se 'coalizões distributivas', que reduzem a eficiência e a renda agregada da sociedade, ao tempo em que reduzem sua capacidade de se adaptar a novas circunstâncias, através de novas tecnologias e da realocação de recursos³².

4.1.2. *Rent-seeking*

Rent-seeking, ou rendas não econômicas, é toda atividade empreendida na disputa por rendas existentes na economia com o detrimento do bem-estar social, especialmente as atividades improdutivas (as que não geram produtos nem aumento de bem-estar). Assim, o *rent-seeking* está relacionado à utilização de recursos para gerar uma renda

³² GIFONI NETO, Gontran. **Instituições Regulatórias do Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros: o caso das Agências Reguladoras Estaduais Brasileiras**. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: COPPE/UFRJ. Março, 2002, p.37.

econômica proveniente de alguma atividade de valor social negativo. O *rent-seeking*, são alvos dos *grupos de pressão*.

Renda econômica, na definição convencional, é o retorno obtido além do custo de oportunidade de um recurso econômico. Rendas poderão ser levantadas através da operação do sistema de preços, quando tendem a gerar aumento do produto social, traduzindo-se na busca de lucro na produção, ou por fatores alheios ao sistema de preços relativos, representando uma busca “artificial”, pois não estimula a produção³³.

O problema econômico da busca de rendas é que os recursos utilizados para este fim não são produtivos, não fazem crescer a “massa”, só servindo para agarrar uma parte maior, representando um desperdício econômico. Além disso, há uma perda dupla de bem estar:

- a perda das atividades não produtivas da busca de rendas (o desperdício); e
- as perdas monopolísticas que são geradas depois, se o monopólio natural não está regulado.

Nos serviços públicos, a busca de rendas pode ocorrer antes e depois das reformas para obter o direito de monopólio, e desviar a regulação que busca maximizar o benefício social.

4.1.3. Atuação econômica do agente regulador frente aos grupos de Pressão e ao rent-seeking

Gontran Gifoni Neto³⁴ observa que a perda de bem estar social resultante da criação de monopólio onde no início vigorava a concorrência perfeita, não se limita apenas à redução do excedente do consumidor, mas também ao custo do monopolista de forma a obter o direito de exclusividade da produção naquele mercado, e ao custo dos recursos utilizados pelo grupo de interesse dos consumidores para impedir o sucesso do monopolista virtual, na medida em que tais recursos poderiam estar sendo utilizados produtivamente. Na realidade, no ambiente regulatório, dificilmente irá existir apenas dois grupos de interesse. As práticas de *rent-seeking*, bem como o conseqüente montante de recursos desperdiçados, serão

³³ GIFONI NETO, Gontran. **Instituições Regulatórias do Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros: o caso das Agências Reguladoras Estaduais Brasileiras**. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: COPPE/UFRJ. Março, 2002, p.38.

³⁴ Ibidem p. 39.

determinadas pela atuação da agência reguladora. Se a atuação desta for a esperada e idônea, nenhum dos grupos de interesse irá agir de forma a buscar rendas não econômicas.

Face ao surgimento dos conceitos de *grupos de pressão* e de *rent-seeking*, a atuação econômica do agente regulador não mais foi vista como sendo fundamentalmente voltada para o bem público. Dessa forma, tanto os encarregados pelas normas que orientam a atividade regulatória, quanto os responsáveis pelo controle e fiscalização da empresa concessionária, podem estar sujeitos à cooptação por parte dos grupos de interesse e envolvidos em atividades de *rent-seeking*, prejudicando o bem estar social. Esse tipo de abordagem, no ambiente regulatório, são conhecidas como *Teoria da Captura*, uma vez que discutem as conseqüências e formas de captura das agências reguladoras por interesses privados.

4.2. Riscos regulatórios

A transparência na gestão das agências é fundamental, mas não imprescindível, para afastar o risco de captura e dar legitimidade social às suas iniciativas. A ausência de procedimentos transparentes na gestão da agência faz com que a sociedade não contemple com seriedade os processos de tomada de decisão com prazos curtos, especialmente quando envolverem aumentos tarifários.

Alguns mecanismos para garantir a transparência das agências reguladoras, foram delimitadas no próprio marco regulatório, a exemplo da não coincidência de mandatos dos diretores (para evitar vícios administrativos e estimular a renovação administrativa dos órgãos); previsão, no regimento interno, de estabelecimento de canais de comunicação com a sociedade (consultas públicas em audiências prévias às tomadas de decisão, divulgação por meio de internet e publicação de versões preliminares de regulamentações para apreciação dos interessados); e a quarentena, entre outros.

Embora a transparência na gestão das agências possa, num primeiro momento, maquiar e afastar o risco de captura, esse afastamento pode ser dissimulado, não garantindo que as ações do regulador sejam tomadas sem a interferência da empresa concessionária.

Quando uma agência de regulação confunde o interesse público com o interesse privado, não conseguindo atuar de forma imparcial, por ter sucumbido ao Poder Econômico dos regulados e defendendo os interesses destes e não mais do interesse público, diz-se que ela foi capturada. Existem várias formas de captura. A corrupção é uma forma de captura. Quando o órgão regulador dispõe de quadros técnicos com qualificação baixa e com

remuneração inferior a dos técnicos da empresa regulada, há o risco de captura, pois este fato pode gerar dependência do órgão regulador à empresa regulada, ou mesmo uma impossibilidade prática dos técnicos do órgão regulador contestarem consistentemente as argumentações da empresa regulada. A aceitação da assimetria de informações em um nível acima do razoável, aceitando como verdadeiras as afirmativas ou informações dos agentes regulados, sem auditar ou aplicar métodos que possibilitem a redução das assimetrias geradas, é uma outra forma de captura.

A sistematização de audiências públicas, audiências de conciliação envolvendo governo, usuários e prestadores de serviço, além de dar transparência nas decisões do órgão regulador, bem como a divulgação permanente dos direitos dos consumidores, são formas de minimizar ou eliminar o risco de captura. Alguns defendem que as agências multissetoriais são teoricamente mais difíceis de sofrer captura.

4.2.1. A Teoria da Captura

A captura, no ambiente regulatório, ocorre quando a agência reguladora é tomada ou influenciada pelo ente regulado (empresa), passando a defender os interesses deste em detrimento dos interesses públicos.

A noção de “captura” do Estado teve origem na teoria de Marx e foi introduzida na teoria econômica moderna por George J. Stigler, que se apoiou nos trabalhos de Downs y Olson. A hipótese de George J. Stigler, defende que a indústria pode utilizar o poder coercitivo do Estado para conseguir rendas privadas. Segundo o autor, os mecanismos tradicionais para conseguir rendas de monopólio, como o *limit pricing* ou a integração vertical para criar barreiras de entrada, são menos eficientes que as regulações³⁵.

Destaca-se que os serviços públicos em muitos países, antes das reformas, eram considerados instrumentos de política para brindar favores a amigos do partido no poder, existindo muita corrupção. Muitos defendiam a privatização como instrumento para reduzir a corrupção. Outros, como Frédéric Boehm, sinalavam que as características dos setores, a

³⁵ STIGLER, George. **The Theory of Economic Regulation**. Bell Journal of Economics and Management Science 2 Spring. Chicago Studies in Political Economy. Chicago: The University of Chicago Press, 1971, p. 12.

privatização e a regulação poderiam criar oportunidades para a corrupção e pressão dos grupos de interesses³⁶.

A captura, segundo Frédéric Boehm, pode ser diferenciada mediante três critérios³⁷:

- Segundo o ator ativo, onde o regulador pode ser capturado pela indústria ou pelos políticos. A captura por políticos é o exemplo clássico de abuso das empresas públicas para o populismo e para a politicagem;
- Segundo o tempo transcorrido entre uma captura ex ante e uma captura ex post. Na captura ex ante, a regulação ainda não existe e se tenta capturar o poder legislativo para influenciar no desenho das instituições reguladoras. Na captura ex post, a regulação já está vigente e se tenta capturar o poder executivo;
- Há diferenças entre a captura legal e a captura oculta através de corrupção. A captura não tem por si só uma conotação de ilegalidade. No entanto, a captura do regulador pode incluir a corrupção, com atividades legais dentro do sistema político, o que se conhece como lobby.

A corrupção é definida como abuso do poder público com fins privados. Chama-se “abuso” a toda conduta que se desvia de regras formais ou informais; um enfoque neo-institucional do problema da corrupção parece, desta forma, a metodologia mais adequada para sua análise. O poder público pode ser adquirido por nomeação ou por eleição.

No contexto das privatizações pode ser argumentado, de forma mais controvertida, que uma empresa pública privatizada mantém seu caráter público, pois o único que muda é a organização da prestação do serviço, sem perder seu caráter de interesse público. Assim, os empregados de empresas privatizadas têm poder público, por assim dizer, do qual podem abusar. Neste sentido, o segredo é verificar se os usuários podem eleger entre os diferentes prestadores do serviço depois da privatização.

Ressalta-se que os “benefícios privados” para o corrupto não inclui somente dinheiro, mas também outros bens materiais e imateriais como status, poder. Além disso, o benefício pode ser dirigido aos familiares ou amigos, por exemplo. De modo geral, pode-se dizer que a corrupção é utilizada para evitar custos ou para obter benefícios.

³⁶ BOEHM, Frédéric. **Corrupción y Captura en la Regulación de los Servicios Públicos**. Revista de Economía Institucional : Universidad Externado de Colombia . Disponível na internet em: <http://www.economiainstitutional.com/pdf/No13/fboehm13.pdf> . Acesso em 15 de janeiro de 2008, p. 247.

³⁷ Ibidem., p. 248.

Quando se fala dos tipos de corrupção, frequentemente se faz a diferença entre suborno, malversação de fundos, fraude, extorsão, favoritismo e nepotismo³⁸. Na discussão sobre a corrupção nos processos de privatização é importante ter em conta a colisão horizontal entre atores privados para extrair benefícios do setor público, por exemplo, em leilão. Existe ainda a diferença entre corrupção de alto nível, que inclui altos níveis da administração, políticos e tribunais, e corrupção de baixo nível, que se apresenta em níveis mais baixos da administração e é mais freqüente.

No que se refere aos efeitos da corrupção sobre a economia, a literatura reconhece amplamente seus efeitos negativos, que são muitos.

4.2.1.1. Modelo Principal-Agente

A teoria positiva da captura da escola de Chicago logo foi desenvolvida de forma normativa na escola de Toulouse, com o modelo principal-agente. Laffont e Tirole, citados por Frédéric Boehm, criticaram a escola de Chicago por esta não considerar a informação assimétrica e por só contemplar o lado da oferta (o da indústria), sem analisar o lado da demanda (o do regulador)³⁹. A teoria principal-agente⁴⁰, por sua vez, permite explicar a discrição do regulador, a verdadeira fonte de rendas monopolísticas e os motivos pelos quais as indústrias têm poder para influenciar o regulador.

A escola de Toulouse argumentou que a agência reguladora percorre um ciclo vital. No início, quando o interesse e a supervisão do poder legislativo e dos cidadãos ainda é forte, e a motivação dos reguladores é alta, o risco de captura é pequeno e o regulador frequentemente atua em favor do interesse público. Porém, diminuindo o interesse no debate público pela regulação, e o contato entre regulador e empresas reguladas torna-se costumeiro, o regulador fica mais vulnerável à captura dos interesses privados da indústria. O risco de captura, segundo esta teoria, aumenta com o passar do tempo⁴¹.

³⁸ BOEHM, Frédéric. **Corrupción y Captura en la Regulación de los Servicios Públicos**. Revista de Economía Institucional : Universidad Externado de Colombia . Disponível na internet em: <http://www.economiainstitutional.com/pdf/No13/fboehm13.pdf> . Acesso em 15 de janeiro de 2008, p. 249.

³⁹ Ibidem, p. 247.

⁴⁰ A abordagem da teoria principal-agente está relacionada às questões relativas tanto à assimetria de informações quanto àquelas relacionadas aos direitos de propriedade, envolvendo o relacionamento entre dois atores econômicos: a firma regulada (agente) e a agência reguladora (principal).

⁴¹ BOEHM, Frédéric, op. cit. p. 247.

4.2.1.2. Modelo Principal-Agente-Cliente

Este modelo é explicado a partir de uma relação triangular entre um *principal* (autoridade do governo), um *agente* (servidor público ou burocrata) e um *cliente* (cidadão que se relaciona com o Estado), onde o principal apresenta um maior interesse pelo bem comum do que o agente. O *agente*, contratado para atuar representando o *principal*, pode trair os objetivos deste em prol de seus interesses pessoais e atuar de forma corrupta quando seus benefícios brutos (comissão, suborno, ajuda para familiares ou partido, dentre outros) forem superiores a seus custos brutos (probabilidade de ser descoberto ou castigado, somado à magnitude do castigo econômico, penal ou administrativo).

Para analisar a corrupção e a captura, Frédéric Boehm recorreu ao modelo Principal-Agente-Cliente - PAC, destacando quatro atores no processo de regulação⁴²:

- a) os cidadãos, geralmente os usuários;
- b) os agentes políticos, ou poder legislativo;
- c) o regulador, ou poder executivo; e
- d) as empresas reguladas.

No caso da regulação, a definição dos *principais* (agência reguladora) e dos *agentes* não é nítida. Num mesmo nível, um mesmo ator pode trocar de *agente* para *principal* ou de *agente* para *cliente*, ou vice-versa.

Estache e Martimort, citados por Frédéric Boehm⁴³, tratam da natureza multi-principal da estrutura de governo: o regulador divide o controle com a empresa, o poder legislativo divide o poder com o regulador e, finalmente, a administração e o poder legislativo estão divididos em diferentes grupos e agências, que podem ter objetivos diferentes ou competir para obter recursos.

No entanto, o modelo PAC permite uma análise profunda de muitos aspectos da corrupção e da captura, falhando na análise dos “principais” corruptos. Os políticos, por deter mais informação e poder, podem comportar-se de maneira oportunista e abusar de sua posição. O único modo de captar este fenômeno é considerar estes atores como agentes dos cidadãos ou usuários, o que é difícil modelar e, além disso, pouco realista, pois as eleições

⁴² BOEHM, Frédéric. **Corrupción y Captura en la Regulación de los Servicios Públicos**. Revista de Economía Institucional : Universidad Externado de Colombia . Disponível na internet em: <http://www.economiainstitutional.com/pdf/No13/fboehm13.pdf> . Acesso em 15 de janeiro de 2008, p. 247.

⁴³ Ibidem.

livres são um modo muito imperfeito de controle, se é que há controle. De fato, as economias que se caracterizam por ter “principais” corruptos não se destacam pela democracia.

5. REGULAÇÃO & CAPTURA: ALGUNS ASPECTOS SOBRE A POSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA

Toda captura produz efeitos negativos nos objetivos da regulação, sendo diversas as oportunidades existentes que propiciam a captura do regulador. A regulação, segundo a teoria da supremacia do interesse público sobre o particular referendada por Frédéric Boehm, deve corrigir a falha de mercado do monopólio natural nos setores de rede⁴⁴. Este objetivo, em geral, associa-se com as metas para conseguir a eficiência atributiva, ou seja, que os preços reflitam os custos e a sustentabilidade financeira da empresa. Em outras palavras, a regulação deve proteger os interesses dos usuários contra o poder monopolístico, ao invés de proteger as empresas privadas contra as decisões arbitrárias do governo, para que tenham incentivos para investir. Além disso, como a regulação tem objetivos distributivos, ela pode ser condensada no termo “equidade”, que consiste basicamente no serviço universal, ou seja, no pleno acesso físico e econômico dos serviços públicos.

A captura tem efeitos negativos sobre cada um destes objetivos. Primeiro, a captura significa que as regras da regulação se distorcem a favor da empresa à expensas dos usuários ou da sociedade: não se garante a eficiência atributiva. Segundo, não se consegue a eficiência produtiva, porque a corrupção e as atividades de *lobby* têm custos que se incluem no preço e elevam o custo marginal. O mecanismo da concorrência não funciona e as empresas do setor não são automaticamente as mais eficientes, se não as que têm melhores conexões, o melhor *savoir faire* na arte da busca de renda. Terceiro, a economia perde recursos, uma vez que a adaptação e utilização dos mecanismos para prevenir a corrupção e a captura também tem custo, além de absorver recursos que deixam de estar disponíveis para fins redistributivos.

⁴⁴ BOEHM, Frédéric. **Corrupción y Captura en la Regulación de los Servicios Públicos**. Revista de Economía Institucional : Universidad Externado de Colombia . Disponível na internet em: <http://www.economiainstitutional.com/pdf/No13/fboehm13.pdf> . Acesso em 15 de janeiro de 2008, p. 258.

A literatura da escolha pública e da escola de Chicago sustentam que todo tipo de regulação cria mais problemas do que resolve⁴⁵. Estas teorias consideram que o setor privado é por si só mais eficiente que o setor público, e que é melhor deixar o mercado agir. Por um lado, argumentam que a regulação impede o desenvolvimento do setor privado. Por outro lado, reduzem a regulação em simples marionete das empresas reguladas, onde uma grande parte dos reguladores passou a atuar em favor das empresas e não mais em prol do interesse dos usuários. Frédéric Boehm questiona se essa seria uma razão para deixar de regular.

Preliminarmente é necessário enfatizar que o problema das falhas de mercado é real e como o governo deve cumprir um papel ativo para superar estas falhas de mercado e garantir um desenvolvimento eficiente e equitativo da economia. Diante de certas falhas de mercado é necessária uma intervenção, embora seja eliminado o perigo de corrupção, já que neste caso a corrupção é o dano mais pequeno.

No entanto, a regulação é necessária e há um ponto muito importante para esta discussão: toda regulação implica em oportunidades e incentivos corruptos, mas embora exista regulação ineficiente, também existem falhas de mercado que têm conseqüências tão graves que a corrupção não pode servir de pretexto para deixar de regular.

Os serviços públicos não somente se caracterizam por possuírem uma estrutura de monopólio natural (uma falha de mercado), em um dos anéis da cadeia produtiva, se não também pela existência de fortes externalidades meio ambientais e sociais (outra falha de mercado).

Os bens que produzem são bens especiais, principalmente a água e eletricidade, que não são semelhantes a outros bens de consumo. A eletricidade não pode ser armazenada, além do fato de que igualar a demanda com a oferta requer um planejamento minucioso; um corte da provisão não só teria custos econômicos enormes, como geraria um caos total. A água é um bem essencial para a vida humana e não tem nenhum substituto, apesar dos intentos (frutuosos) dos últimos anos de equipará-la a um bem econômico normal. Se há a intenção de envolver o setor privado na prestação destes bens para aproveitar seu *savoir faire* de gestão ou atrair capital privado para fazer os investimentos necessários, deve-se considerar as falhas de mercado. Abolir a regulação seria entrar no jogo da indústria, ou seja, entrar em mercados com pouca concorrência e com usuários cativos.

⁴⁵ BOEHM, Frédéric. **Corrupción y Captura en la Regulación de los Servicios Públicos**. Revista de Economía Institucional : Universidad Externado de Colombia . Disponível na internet em: <http://www.economiainstitutional.com/pdf/No13/fboehm13.pdf> . Acesso em 15 de janeiro de 2008, p. 259.

No marco da discussão sobre a contratação externa de serviços públicos, por vezes as empresas públicas podem ser mais eficientes do que as empresas privadas e um monopólio privado pode ser pior do que um monopólio público, pois é mais difícil de controlar. Dessa forma, a alternativa mais apropriada para a produção pública seria a produção privada regulada. S. Rose-Ackerman⁴⁶ adverte ainda que as reformas de liberalização ou privatização, sem uma reforma das funções de governo que fortaleça as instituições, incrementam as relações corruptas, estabelecem monopólios privados e deterioram a credibilidade do Estado. L. Manzetti, ao fazer uma análise das privatizações na América Latina, considera que estas reformas aumentaram a concentração dos mercados, ao invés de reduzi-la⁴⁷.

Num ambiente de privatização, o serviço público requer regulação. Os perigos da captura e da corrupção na regulação não só existem como também são notáveis. Porém, abolir a regulação não é o caminho mais adequado, já que os custos são maiores que os custos da captura. Dessa forma, é melhor minimizar este “mal necessário”, mediante mecanismos e políticas de prevenção no processo de regulação.

Há ainda dois aspectos essenciais que podem ajudar a minimizar o perigo da captura e da corrupção. Primeiro, para conseguir uma autonomia real, tanto da política como das empresas reguladas, deve-se aumentar o investimento na melhoria da informação sobre as empresas e seus mercados. Além disso, esta informação deve ser dividida de forma transparente. Segundo, os usuários devem exercer maior influência no ambiente regulatório. A consideração dos interesses dos usuários no jogo regulador pode servir de contrapeso para o interesse da indústria ou da política⁴⁸. Não obstante, são muito poucas as agências reguladoras em que os usuários estão representados formalmente, fato que deve ser mudado, uma vez que os usuários, atuais e futuros, são os que pagam no final as conseqüências de todas as falhas da regulação.

⁴⁶ ROSE-ACKERMANM Sara. *Corruption - A study in Political Economy*. New York: Academic Press, 1978, p. 27.

⁴⁷ MANZETTI, Luigi. *Privatization South American Style*. Oxford: Oxford University Pressy, 1999, p. 19.

⁴⁸ BOEHM, Frédéric. *Corrupción y Captura en la Regulación de los Servicios Públicos*. Revista de Economía Institucional : Universidad Externado de Colombia . Disponível na internet em: <http://www.economiainstitutional.com/pdf/No13/fboehm13.pdf> . Acesso em 15 de janeiro de 2008, p. 260.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise das agências reguladoras no País é uma crise anunciada, uma vez que existiram problemas sistêmicos na introdução do modelo regulatório implantado no Brasil, calcado no modelo norte-americano. Como a economia influencia sobremaneira o Direito e no Brasil não é costume fazer uma abordagem da regulação à luz do direito e da economia, o processo regulatório implantado no país já iniciou em desvantagem. A regulação não indica uma reforma neoliberal, mas uma reforma direcionada para o mercado.

Apesar das falhas de mercado (como assimetria informacional, externalidades negativas e monopólios naturais), terem possibilidades de serem corrigidas pela regulação, ocorrem as falhas de Governo (como a ineficiência, a corrupção, os custos, do risco de captura política e colusão). A regulação, a transparência e a governança poderiam servir de antídoto para essas falhas, mas infelizmente não o são.

O que vem ocorrendo em algumas agências é que a indicação de diretores vem se tornando objeto de cobiça de alguns grupos políticos, o que é prejudicial, pois os dirigentes das agências, à luz do marco regulatório, devem ser escolhidos exclusivamente pela capacitação e idoneidade. A indicação dos dirigentes por grupos políticos faz com que estes venham a defender interesses imediatistas da empresa regulada, configurando a captura do regulador pelo regulado, afetando a independência decisória da diretoria colegiada e, conseqüentemente, o bem estar público.

As agências precisam atuar com muita competência sem ter custo elevado para a sociedade, fazendo muito e gastando pouco, enfrentando problemas de considerável envergadura (forçar a melhoria da qualidade dos serviços, desenvolver, com a participação de usuários, prestadores de serviços e sociedade, padrões regionais de qualidade dos serviços e controlar sua implantação, trabalhar para que as tarifas do serviço regulado sejam reduzidos para os consumidores). É preciso respeitar os contratos de concessão e, em especial, a obrigatoriedade de harmonizar os interesses de consumidores, concessionárias e governo, conforme determina o marco regulatório.

No entanto, deve haver uma ruptura com a famigerada captura que vem sendo detectada no ambiente regulatório brasileiro. Há que se compreender o fato das agências serem órgãos de Estado e não de Governo, sendo fundamental a preservação da autonomia das agências de regulação. É absolutamente relevante que as atividades realizadas no ambiente regulatório seja desempenhada com independência frente às vicissitudes do poder político, sob pena de serem convertidas em mera *longa manus*. Essa independência deve

servir para que a agência reguladora seja um instrumento de política governamental, e não um instrumento de política de governo.

Por outro lado, à luz da teoria econômica, conforme analisado em tópico anterior, constata-se a necessidade da regulação, pois embora exista regulação ineficiente, coexistem as falhas de mercado, as quais geram conseqüências muito mais graves, o que leva a crer que a corrupção não pode servir de pretexto para deixar de regular. Se há interesse em envolver o setor privado na prestação dos serviços públicos de forma a aproveitar seu *savoir faire* de gestão ou atrair capital privado para fazer os investimentos necessários, há que se considerar as falhas de mercado. Abolir a regulação seria entrar no jogo da indústria.

Assim, a alternativa mais apropriada para a produção pública seria a produção privada regulada. A privatização ocorrida no Estado brasileiro, que demandou a regulação, ocorreu sem uma reforma das funções de governo que fortalecesse as instituições, o que possibilitou o incremento de relações corruptas, o estabelecimento de monopólios privados e o enfraquecimento da credibilidade do Estado.

Os perigos da captura e da corrupção no ambiente regulatório não só existem como também são notáveis. Porém abolir a regulação não é o caminho mais adequado, uma vez que os custos dessa atitude seriam maiores do que os custos da captura. Dessa forma, uma das soluções para o problema em tela seria minimizar este “mal necessário”, mediante mecanismos e políticas de prevenção no processo de regulação, ou mesmo proceder a avaliação de um novo modelo regulatório para atender as especificidade do Brasil e abortar o modelo vigente, que já iniciou com indícios de insucesso.

7. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BAUMOL, William, PANZAR, John, WILLIG, Robert. Contestable Markets and the Theory of Industry Structure. Orlando: Harcourt B. J. Publications, 1988

Deregulation - An International Movement, 1a Ed., Macmillan, Londres, 1991

BILBAO, María Nieves de la Serna. La Privatización em España: Fundamentos Constitucionales y Comunitarios. Pamplona: Aranzade, 1995

BOEHM, Frédéric. Corrupción y Captura en la Regulación de los Servicios Públicos. Revista de Economía Institucional : Universidad Externado de Colombia . Disponível na internet em: <http://www.economiainstitutional.com/pdf/No13/fboehm13.pdf> . Acesso em 15 de janeiro de 2008.

CAL, Arianne Brito Rodrigues. As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007,

DE PAOLI, Luigi, GULLI, Francesco. Public Service and Electricity Sector in Italy. Germany: ENER Bulletin no 15, 1995

DROMI, Roberto. Empresas Públicas: de estatales a privadas. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997.

HOLDEN, Paul, RAJAPATIRANA, Sarath. Unshackling the Private Sector. In: Directions in Development. World Bank, Washington D.C, 1995

LAMORT, Frank. The Notion of Public Service in European Power Industries: a Comparative Cultural and Historical analysis in France, Germany and England. Germany: ENER Buletin no 15, 1995.

MANZETTI, Luigi. Privatization South American Style. Oxford: Oxford University Pressy, 1999.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros. 2006.

MENDES, Conrado Hubner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os parâmetros da Discussão. In: Direito Administrativo Econômico-Carlos Ari Sundfeld, Coordenador. São Paulo: Malheiros, 2002.

GIFONI NETO, Gontran. Instituições Regulatórias do Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros: o caso das Agências Reguladoras Estaduais Brasileiras. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: COPPE/UFRJ. Março, 2002.

ORTIZ, Gaspar Ariño. Economía y Estado: Crisis y Reforma Del Sector Publico. Madrid: Marcial Pons, 1993,

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor. Coleção Temas de Direito Administrativo.* Livro 7. São Paulo: Malheiros. 2003.

ROSE-ACKERMANM Sara. Corruption - A study in Political Economy. New York: Academic Press, 1978.

VISCUSI, Kip VERNON, John, HARRINGTON JR., Josepf. Economics of Regulation and Antitrust, 1a Ed.. Cambridge (Massachussets): The MIT Press, 1995.