

e-ISSN 2595-668X

Revista da CGU

Brasília • Volume 13 • Nº 24 • Jul-Dez 2021



Nesta Edição:

Dossiê Especial • Perspectivas e desafios da regulação na melhoria do Estado

Revista da CGU

Brasília • Volume 13 • Nº 24 • Jul-Dez 2021

WAGNER DE CAMPOS ROSÁRIO

Ministro da Controladoria-Geral da União

JOSÉ MARCELO CASTRO DE CARVALHO

Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União

ANTÔNIO CARLOS BEZERRA LEONEL

Secretário Federal de Controle Interno

GILBERTO WALLER JÚNIOR

Corregedor-Geral da União

VALMIR GOMES DIAS

Ouvidor-Geral da União

ROBERTO CÉSAR DE OLIVEIRA VIEGAS

Secretário de Transparência e Prevenção da Corrupção

JOÃO CARLOS FIGUEIREDO CARDOSO

Secretário de Combate à Corrupção

Revista da CGU / Controladoria-Geral da União

<http://revista.cgu.gov.br/>

e-ISSN 2595-668X

Administração Pública

As opiniões expressas nos artigos aqui publicados são de inteira responsabilidade de seus autores e não expressam, necessariamente, as da Revista da CGU.

Diagramação: Assessoria de Comunicação Social • Ascom/CGU

Foto da Capa • Jose Costa Miranda Junior (CGU/MA)

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

Setor de Autarquias Sul (SAS), Quadra 01, Bloco A, Edifício Darcy Ribeiro.

CEP: 70070-905 • Brasília/DF

Telefone: (61)2020-6826

E-mail: revista@cgu.gov.br

www.gov.br/cgu

REVISTA DA CGU

Periódico científico voltado à difusão e promoção do conhecimento e da pesquisa nos seguintes temas: accountability e políticas anticorrupção; controle interno e auditoria pública; governança e riscos; correição e responsabilização administrativa; transparência e controle social; integridade e ética pública; ouvidoria e participação social; prevenção e combate à corrupção; e metodologia de pesquisa aplicada aos referidos temas.

EQUIPE EDITORIAL

Comissão Editorial

Editor-Chefe M. Sc. Daniel Matos Caldeira • Universidade de Lisboa, Portugal

Editora Dra. Danusa da Matta Duarte Fattori • Controladoria-Geral da União (CGU), Brasil

Editora M.Sc. Flávia Lemos Sampaio Xavier • Controladoria-Geral da União (CGU), Brasil

Editor M. Sc. Flavio Rezende Dematté • Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP), Brasil

Editor M. Sc. Bruno Dantas Faria Affonso • Universidade Federal Fluminense (UFF), Brasil

Editores Especiais

M.Sc. George Moura Colares • Controladoria-Geral da União (CGU)

Dr. Marcus Vinicius de Azevedo Braga • Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

M. Sc. Djalma Peçanha Gomes • Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS), Brasil

Dr. Bruno Queiroz Cunha • Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Brasil (Dossiê Especial “Perspectivas e desafios da regulação na melhoria do Estado”)

Dr. Leonardo Secchi • Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC), Brasil (Dossiê Especial “Perspectivas e desafios da regulação na melhoria do Estado”)

Conselho Editorial

Dr. Andityas Soares de Moura Costa Matos • Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Dr. Carlos Frederico Pereira da Silva Gama • Universidade Federal de Tocantins (UFT)

Dra. Cecília Olivieri • Universidade de São Paulo (USP)

Dr. César Augusto Tibúrcio Silva • Universidade de Brasília (UnB)

Dr. Dawisson Elvécio Belém Lopes • Universidade Federal Minas Gerais (UFMG)

Dr. Frederico Lustosa da Costa • Universidade Federal Fluminense (UFF)

Dr. Ivan Ricardo Gartner • Universidade de Brasília (UnB)

Dra. Janaína Lima Penalva da Silva • Universidade de Brasília (UnB)

Dr. José Célio Silveira Andrade • Universidade Federal Bahia (UFBA)

Dr. José Matias-Pereira • Universidade de Brasília (UnB)
Dr. Leonardo Secchi • Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC)
Dr. Luciano da Ros • Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)
Dr. Marco Cepik • Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)
Dr. Matthew M. Taylor • American University
Dra. Paula Veiga • Universidade de Coimbra
Dr. Robert Gregory Michener • Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas (FGV-EBAPE)
Dr. Rubens Pinto Lyra • Universidade Federal da Paraíba (UFPB)
Dra. Sandra Isabel Rasteiro Firmino • Universidade de Lisboa
Dr. Saulo de Oliveira Pinto Coelho • Universidade Federal de Goiás (UFG)

Avaliadores

Dr. Abimael de Jesus Barros Costa Unb • Universidade de Brasília
Dra. Adila Maria Taveira de Lima • Universidade Federal de Tocantins
Dr. Adriano de Amarante • Universidade do Estado de Santa Catarina
Dr. Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho • Universidade de Brasília
M. Sc. Alzira Ester Angeli • Universidade Federal do Paraná
Dra. Ana Júlia Possamai • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dra. Ana Luíza Aranha • Universidade Federal de Minas Gerais
Dr. Anderson Roberto Pires e Silva • Universidade Federal do Pará
M. Sc. Andréa Lucas Fagundes • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dra. Andrea Oliveira Ribeiro • Universidade Federal do Rio de Janeiro
Dr. Andre Rosilho • Fundação Getúlio Vargas
Dr. Antonio Duarte de Lima Júnior • Controladoria-geral da União
M. Sc. Bernardo Abreu de Medeiros • Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
Dr. Bolivar Portugal • INFOTEC
M. Sc. Bruno Jorge Fagali • Universidade de São Paulo
Dr. Bruno Mello Souza • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dra. Claudia Cappelli • Universidade Federal do Rio de Janeiro
M. Sc. Claudia da Silva Jordão • Corvinus University of Budapest
M. Sc. Cláudia Maria de Freitas Chagas • Universidade de Brasília
M. Sc. Daiane Londero • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dra. Daniella Maria dos Santos Dias • Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará
M. Sc. Daniel Bogeá • Universidade de São Paulo
Dra. Delia Rodrigo
M.Sc. Demethrius Pereira Lucena de Oliveira • Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará
Dra. Elizabeth Matos Ribeiro • Universidade Federal da Bahia

Dra. Érica Bezerra Queiroz Ribeiro • Centro Universitário de Brasília
Dr. Fabio Lopes Soares • Florida Christian University
Dr. Fabrício Vasconcelos Oliveira • Universidade da Amazônia
Dr. Felipe Fernandes Ribeiro Maia • Faculdades Milton Campos
M. Sc. Filipe Rocha da Fonseca • Mattos Filho Veiga Filho Marrey Jr. e Quiroga Advogados
Dra. Fernanda Odilla Vasconcelos de Figueiredo • Università di Bologna
Dra. Flavia Donadelli Victoria • University of Wellington
Dr. Francisco Rogério Madeira Pinto • Universidade de Brasília
Dr. Fúlvio Eduardo Fonseca • Universidade de Brasília
Dr. Gabriel Godofredo Fiuza de Bragança • Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
Dr. Gills Vilar-Lopes • Universidade da Força Aérea
Dra. Gilmara Mendes da Costa Borges • Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Dr. Hugo Melo Filho • Università degli Studi di Roma La Sapienza
Dra. Isolda Lins Ribeiro • Universidade Federal de Minas Gerais
Dra. Izabela Moreira Corrêa • London School of Economics
M. Sc. Jacqueline Maria Cavalcante da Silva • Centro Universitário de Brasília
Dra. Jennifer Azambuja de Moraes • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dr. Jerson Kelman
Dr. Joacy Victor Araújo • Universidad Nacional de La Matanza
M. Sc. Joeldson Ferreira Guedes • Universidade San Carlos Asuncion
M. Sc. José Antonio Gouvêa Galhardo • Universidade de São Paulo
Dr. José Flávio Bianchi • Universidade de Brasília
Dra. Juliana Bonacorsi de Palma • Fundação Getúlio Vargas
Dra. Jussanã Cristina de Abreu • Agência Nacional de Vigilância Sanitária
Dra. Karina Furtado Rodrigues • Escola de Comando e Estado Maior do Exército
Dra. Layde Lana Borges da Silva • Universidade Federal de Rondônia
M. Sc. Leonardo Lopes Garcia • Tribunal de Contas da União
M. Sc. Leonino Gomes Rocha • Universidade de Salamanca
Dr. Li Chong Lee Bacelar de Castro • Universidade Católica de Brasília
M. Sc. Lincoln Augusto Santana Telhado • Universidade de Brasília
Dra. Loiva Mara de Oliveira Machado • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dr. Lucas Borges de Carvalho • Escola Nacional de Administração Pública
Dra. Ludmila Melo Souza • Universidade de Brasília
Dr. Luiz Filipe Goldfeder Reinecke • Universidade do Estado de Santa Catarina
M. Sc. Luma Poletti Dutra • Universidade de Brasília
M. Sc. Maria Fernanda Colaço Alves • Universidade Sorbonne-Paris
M. Sc. Maria Paula Escobar Bins • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dra. Mariana Batista da Silva • Universidade Federal de Pernambuco
Dra. Mariana Tavares • Universidade de Lisboa
Dr. Mauro Salvo • Banco Central do Brasil

Dra. Michelle Moretzsohn Holperin • Universidade Estadual do Rio de Janeiro
Dra. Nara Kohlsdorf • Agência Nacional de Transportes Terrestres
M. Sc. Nyalle Barboza Matos • Universidade de Brasília
M. Sc. Olavo Venturim Caldas • Universidade de Brasília
Dra. Patricia Pessoa Valente • INSPER
M. Sc. Patrícia Vieira da Costa • Universidade de Brasília
Dr. Pedro da Silva Moreira • Universidad Autónoma de Madrid
Dr. Pedro Palotti • Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
M. Sc. Pedro Pamplona Cotia • Fundação Getúlio Vargas
Dra. Priscila Spécie • Universidade de São Paulo
Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral • Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Dr. Raimisson R Costa • Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia
Dr. Ramiro de Ávila Peres • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dr. Raphael Amorim Machado • Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
Dr. Raphael Peixoto de Paula Marques • Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Dra. Raquel Mattos Pimenta • Universidade de São Paulo
Dra. Renata Mendes de Araujo • Mackenzie
Dr. Ricardo Lins Horta • Universidade de Brasília
Dr. Rodrigo de Souza Gonçalves • Universidade de Brasília
Dr. Rodrigo Piquet Saboia de Mello • Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia
Dr. Rogério de Souza Farias • Fundação Alexandre de Gusmão
Dr. Romualdo Anselmo Santos • Universidade de Sheffield
M. Sc. Ronaldo José Rêgo de Araújo • Universidade Federal da Paraíba
M. Sc. Sandro Zachariades Sabença • Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio)
Dra. Simone Cristine Araújo Lopes • Universidade Federal de Juiz de Fora
Dra. Taiana Fortunato Araujo • Universidade Federal do Rio de Janeiro
Dr. Temístocles Murilo de Oliveira Júnior • Universidade Federal do Rio de Janeiro
Dr. Thomaz Anderson Barbosa da Silva • Fundação Getúlio Vargas
M. Sc. Victor Godeiro de Medeiros Lima • Universidade de Brasília
M. Sc. Vladimir Pinto Coelho Feijó • Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
M. Sc. Willian Narzetti • Universidade do Estado de Santa Catarina

ÍNDICE

Desafios da Regulação na Melhoria do Estado: presente e futuro • 158

Bruno Queiroz Cunha e Leonardo Secchi

DOSSIÊ • PERSPECTIVAS E DESAFIOS DA REGULAÇÃO NA MELHORIA DO ESTADO

Análise de impacto regulatório e prevenção da corrupção: um estudo exploratório sobre a AIR no Brasil • 167

Regulatory impact analysis and corruption prevention: an exploratory study on AIR in Brazil

Análisis de impacto regulatorio y prevención de la corrupción: un estudio exploratorio sobre el AIR en Brasil

Flavio Saab e Suylan de Almeida Midlej e Silva

Projeto de “Avaliação das Capacidades Institucionais para Regulação - CGU/UNOPS”: metodologia para a construção do I-CIR • 180

Project “Assessment of Institutional Capabilities for Regulation - CGU/UNOPS”: methodology for the construction of the I-CIR

Proyecto “Evaluación de Capacidades Institucionales para la Regulación - CGU / UNOPS”: metodología para la construcción del I-CIR

Franciele Cristina Medrado e Eduardo Vitor de Souza Leão

Avaliação da Capacidade Institucional para Regulação no Brasil: resultados e perspectivas • 195

Institutional Capacity Assessment for Regulation in Brazil: results and perspectives

Evaluación de la capacidad institucional para la regulación en Brasil: resultados y perspectivas

Rodrigo Carvalho Gonçalves, Marcos Lima Bandeira, Carlos Roberto Ruchiga Corrêa Filho e Marlos Moreira dos Santos

Tribunal de Contas da União (TCU) e as Agências Reguladoras: limites e excessos da accountability horizontal • 207

Federal Audit Court (TCU) and Regulatory Agencies: limits and excesses of horizontal accountability

Tribunal de Cuentas de la Unión(TCU) y Agencias Reguladoras: límites y excesos de la accountability horizontal

Flávio Garcia Cabral, Leandro Sarai e Cristiane Rodrigues Iwakura

Pressão tarifária no setor de energia elétrica e ações de governança regulatória para sua mitigação • 220

Tariff pressure in the electricity sector and regulatory governance actions to mitigate it

Presión tarifaria en el sector eléctrico y acciones de gobernanza regulatoria para mitigarla

Daniel Cardoso Danna

Proposta de Metodologia de Cálculo do Fator X em Contratos de Concessão para Exploração da Infraestrutura Rodoviária Federal • 237

Methodology proposal for the X Factor calculation in Federal Highway Concession Contracts

Propuesta de metodología para el cálculo del Factor X en Contratos de Concesión de Carreteras Federales

Carlos Eduardo V. Neves e Geovana Lorena Bertussi

Brazilian new gas market: challenges & opportunities • 254

Novo mercado de gás: desafios e oportunidades

Nuevo mercado de gas: desafíos y oportunidades

Bruno Eustáquio de Carvalho, Symone Araújo, Fernando Matsumoto, Aldo Junior e Cesar Mattos

Dinâmica e Estrutura das Consultas Públicas: A regulação das comunicações em Portugal, 1998-2020 • 269

Dynamics and structure of public consultations: The regulation of communications in Portugal, 1998-2020

Dinámica y estructura de las consultas públicas: La regulación de las comunicaciones en Portugal, 1998-2020

Sandro Mendonça

DOSSIÊ • ARTIGOS

Avaliação dos contratos públicos na perspectiva dos fiscais técnicos e administrativos: análise dos hospitais universitários federais de Minas Gerais • 285

Evaluation of public contracts in the perspective of technical and administrative supervisors: analysis of university hospitals of minas gerais.

Evaluación de contratos públicos desde la perspectiva de supervisores técnicos y administrativos: análisis de los hospitales universitarios federales de minas gerais.

Leandro Américo da Cruz e Antônio Artur de Souza

Desafios da Regulação na Melhoria do Estado: presente e futuro

Bruno Queiroz Cunha¹ e Leonardo Secchi²

<https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v13i24.483>

INTRODUÇÃO

A regulação é, hoje, a ferramenta de intervenção estatal por excelência. Dentre os clássicos instrumentos de políticas públicas, quais sejam, os de natureza distributiva, redistributiva e regulatória (LOWI, 1964), o último é o que tem apresentado uma expansão mais destacada. Ademais, em tempos de uma maior preocupação com a gestão dos gastos públicos, à regulação é dada prioridade justamente por requerer menor aporte direto de fundos públicos.

Contudo, essa tendência de mudança do perfil do Estado, que se aperfeiçoa com a regulação abarcando mais importância relativa, também requer uma reflexão detida sobre seus efeitos (VIBERT, 2014). Este dossiê tem exatamente esse propósito. Sua função é trazer à luz temas centrais contemporâneos da regulação. Tratar desses temas requer riqueza analítica e, algumas vezes, capacidade exploratória, como denotam os artigos que compõem este número da Revista da CGU.

A crescente complexidade em que todos, inclusive o Estado, estão inseridos, com crises agudas se sobrepondo e problemas com características cada vez mais desafiadores (por isso tratados como *wicked problems*) demanda eficácia e descentralização dos mecanismos de governança, além de, cada vez mais, inovação. A contribuição maior deste dossiê e dos estudos que o integram é justamente o de posicionar essa nova realidade junto a questões candentes, avaliando experiências práticas que sirvam de referência tanto a pesquisas acadêmicas futuras quanto à melhoria do Estado e suas políticas.

Em sintonia com esse objetivo maior, neste artigo introdutório lançamos nosso olhar sobre *o que é* e, também, *o que virá a ser* a regulação estatal, com contornos práticos e teóricos. Articularemos ideias fundantes sobre o tema e também propomos alternativas analíticas que podem auxiliar no tratamento de questões emergentes e ainda sem plena solução.

Na próxima seção, revisitamos o que é a regulação e seus principais elementos definidores. Na seguinte, avançamos sobre as fronteiras que circundam a temática numa postura prospectiva, articulando referências que estão em franca expansão. Finalmente, sintetizamos as contribuições principais de cada artigo constante neste dossiê.

1 Instituto de Ciência e Tecnologia em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento (INCT/PPED)

2 Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC)

O QUE É A REGULAÇÃO

Por meio da regulação, Estados gerem setores econômicos de relevo e atividades de impacto social apoiando-se numa governança mediadora e formalizada, muitas vezes horizontalizada e com a participação de múltiplos atores. Isto vale tanto nas situações em que a regulação é exercida por meio de agências reguladoras especializadas, quanto em atividades mais usuais do cotidiano social, como a obtenção de licenças e a renovação de documentos. A ideia do regulador que se mantém equidistante do mercado, da sociedade civil e dos atores políticos segue moldando a condição do regulador estatal.

Uma das funções precípuas do regulador é a de aproximar os interesses e expectativas privadas e sociais dos ditames de interesse público. As bases normativas, epistêmicas e legais que delimitam o que está por trás do juízo de interesse público são diversas, neste caso. Como indicado, a regulação pode deter o caráter econômico, assim, buscando refrear determinadas dinâmicas de mercado consideradas indesejáveis e que impeçam a fruição social dos benefícios advindos da competição entre atores privados, ou, alternativamente, promover outras dinâmicas de mercado que conduzam ao interesse público. Ademais, a regulação pode estar orientada a controlar riscos sociais e ambientais, deste modo, proporcionando uma vida mais harmônica e saudável à coletividade. Finalmente, diz-se que a regulação pode ser simplesmente organizativa ou administrativa, assim, zelando por formalidades procedimentais e burocráticas que tanto sirvam de respaldo àqueles objetivos econômicos, sociais e ambientais anteriores, quanto possam gerar transparência e segurança jurídica ao Estado e aos atores sociais e empresariais que dele dependem (OCDE, 1997).

Essas são categorias que orientam a regulação e os reguladores em seus misteres. O que nas últimas décadas também se costuma associar à regulação é a figura das agências reguladoras autônomas. Estas passaram, desde o final do século XX, da condição de ineditismo institucional à de um modelo organizacional difundido e já legitimado (GILARDI; MAGGETTI, 2011).

Embora não sejam apenas as agências reguladoras que formalmente realizem a regulação como *múnus*, esses órgãos se tornaram os mais destacados executores da regulação, imbricando-se por completo com a noção prototípica do que é a regulação (KOOP; LODGE, 2015). Também, por gozarem desse suporte ideacional, as agências reguladoras, no Brasil, têm não somente se sustentado ao longo do tempo, mas também aprofundado sua importância relativa no aparato estatal e na execução de políticas públicas, após mais de duas décadas de existência no país (CUNHA; GOELLNER, 2020; FISHLOW, 2011).

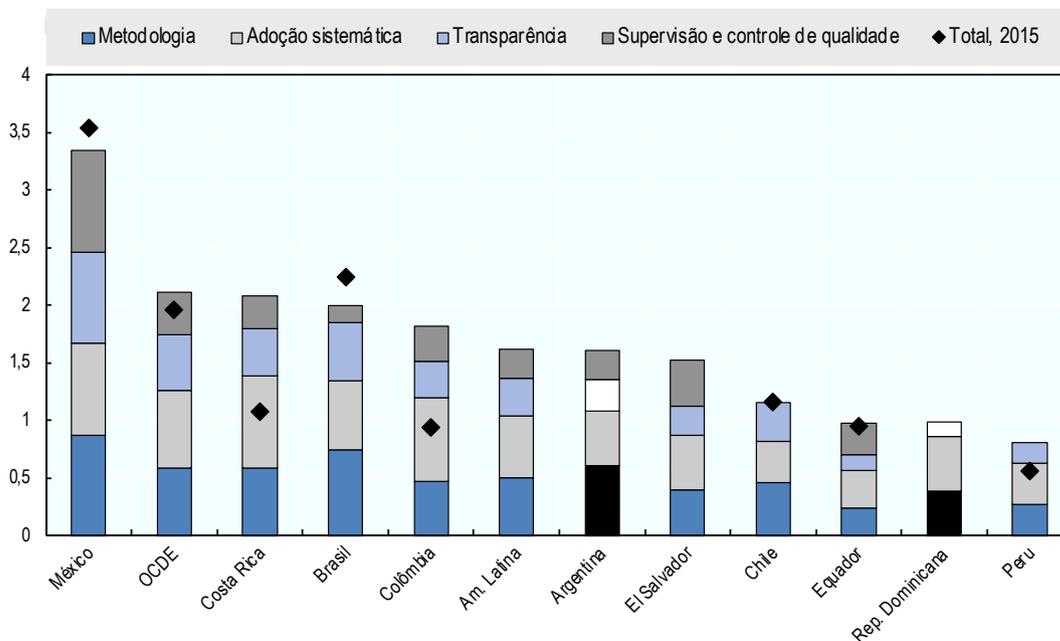
No caso do chamado Estado regulador, que é mais bem entendido como uma categoria analítica que explica transformações estatais no sentido da instauração de um Estado que arbitra interesses diversos (YEUNG, 2010), também não se deve perder de vista o componente intra-estatal da regulação. Ou seja, somada à crescente expansão da cobertura regulatória do Estado junto ao mercado e à vida social, inclusive via expansão das agências reguladoras, a chamada “regulação para dentro do governo” também é uma faceta importante das transformações estatais recentes (HOOD et al., 1999).

Nesse sentido, este número da Revista da CGU busca trazer ao debate uma visão que importa a reguladores, regulados e sociedade como um todo, além da agenda do controle, *accountability*, transparência e governança pública. Todas essas, somadas à regulação *stricto sensu*, compõem a linha de frente do perfil contemporâneo do Estado.

Ademais das transformações geradas ao interior do aparato estatal, a ideia de um Estado regulador como representante da modernidade – contrário, portanto, ao intervencionismo tido como ineficaz e anacrônico – também molda modelos mentais e orienta a ação de organizações públicas de áreas tão diversas como infraestrutura, meio-ambiente, saúde pública e educação. Contudo, essa visão também pode ensejar simplificações excessivas. Há, atualmente, mais diversidade, além de menos normativismo, na prática cotidiana da regulação; mas, também, em certas circunstâncias, há conflitos e temas de fronteira ainda pouco teorizados.

Por isso, o debate no Brasil não se deve ver estancado e avesso a mudanças. Práticas, modelos e mesmo objetivos da regulação podem e devem ser repensados, de maneira a qualificá-la contínua e progressivamente. Em se tratando de evolução da regulação brasileira e da necessidade de constante aprimoramento, vale notar o Gráfico 1, o qual denota uma queda na qualidade da regulação do Brasil entre 2015 e 2019, segundo dados da Organização Para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

GRÁFICO 1 – IReg DE PAÍSES DA AMÉRICA LATINA (2019)



Fonte: dados do Indicators of Regulatory Policy and Governance (iReg), conforme disponíveis em: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/composite-indicator-on-stakeholder-engagement-in-developing-subordinate-regulations.htm>

O *Indicators of Regulatory Policy and Governance* (iReg) é considerado uma evidência da adoção de melhores práticas regulatórias pelos países por ele analisados, pois aglutina informações sobre quatro categorias de dados fundamentais. Essas categorias tratam do uso de metodologias consagradas, como a Análise de Impacto Regulatório (AIR), do grau de adoção sistemática – e não pontual ou esporádica – de boas práticas regulatórias, de critérios de transparência e de instrumentos de controle de qualidade e supervisão da regulação estatal. O indicador composto varia entre zero (menor pontuação) e quatro (maior pontuação), como se observa no gráfico 1.

O gráfico 1 também informa que o Brasil deixou de ocupar a segunda colocação na América Latina em termos de qualidade regulatória, posição em que estava em 2015. Na edição 2019 do iReg, o país foi superado por México e também pela Costa Rica, além de ter caído para abaixo da média dos países da OCDE.

O fato do Brasil ter observado uma redução na sua nota geral entre a avaliação realizada pela OCDE em 2015 e a subsequente, em 2019, pode denotar desalinhamento aos principais temas de fronteira ou uma tardia incorporação de práticas consideradas de melhor qualidade. Em qualquer caso, sugere a pertinência de se voltar um olhar cauteloso ao presente e ao futuro da regulação brasileira.

O FUTURO DA REGULAÇÃO

Um Estado apto a levar à frente objetivos de desenvolvimento, competitividade e bem-estar necessita mais do que uma gestão racionalizada e formalizada, por meio da qual se corrigem problemas ou atenuam desníveis e falhas já mapeadas. Esse é o espectro de regulação tradicional. Em paralelo à regulação tradicional, ou mesmo como forma de torná-la ainda mais sólida, exige-se uma capacidade flexível, modular e adaptativa do Estado regulador (LODGE; WEGRICH, 2014). Habilidades nesse sentido cobram uma postura estatal mais ágil e mesmo flexível.

Temas ascendentes nesse debate são, por exemplo, o da regulação de tipo ágil³. Uma regulação assim constituída é, simultaneamente, segura e resiliente, além de dinâmica e inovadora. Na esfera dos instrumentos regulatórios, modelos como *sandbox* e *smart contracts* também dinamizariam o processo inovador, ao passo que o uso de inteligência artificial (YEUNG; LODGE, 2019) tem tomado cada vez mais espaço na seara regulatória.

Na esfera das experiências de reconstrução das relações entre regulador e regulado, surgem exemplos como o da regulação generativa⁴. Além disso, o aprofundamento do uso de tecnologia e de evidências no processo regulatório fez a OCDE⁵ apontar para um tipo de governança regulatória mais moderna, com recomendações que ampliam o espaço para a inovação. Também a OCDE, além de outros atores internacionais relevantes, vem discutindo a respeito de como a flexibilidade regulatória que emergiu de respostas à pandemia pode perdurar para além dela, a partir de bons exemplos de flexibilização e simplificação, ou *unruling* (COGLIANESE; SCHEFFLER; WALTERS, 2021).

Portanto, pensar nos desafios da regulação para a melhoria do Estado é ir além dos limites da regulação tradicional. Ao mesmo tempo em que não descuida desses limites, que são o “feijão com arroz” da regulação, um Estado regulador moderno e indutor de crescimento e bem-estar também precisa estar atento a correções marginais e inovações, tanto incrementais como radicais, que recolocam a regulação em processo de aprimoramento.

CONTEÚDO DESTA DOSSIÊ ESPECIAL

Este Dossiê Especial intitulado “Perspectivas e desafios da regulação na melhoria do Estado” teve como objetivo ajudar a dar a devida visibilidade à produção técnico-científica sobre um tema tão atual e relevante quanto ao da regulação no Brasil. Em parceria com a Sociedade Brasileira de Administração Pública (SBAP), a Revista da CGU buscou, neste Dossiê Especial, selecionar artigos científicos, relatos técnicos e ensaios revisionais do Brasil ou do exterior.

Esta chamada especial recebeu um número expressivo de trabalhos, dos quais oito foram selecionados para publicação neste Dossiê, após intensivo trabalho de *blind review* realizado por pares que, em algumas situações, exigiram o parecer de um terceiro avaliador para garantir o rigor das publicações. Dos trabalhos publicados, quatro são artigos científicos e quatro são relatos técnicos, mas todos com uma característica geral de densidade teórico-técnica e com potencial de aplicação prática para a melhoria do processo regulatório.

Em síntese, os conteúdos dos trabalhos aprovados contemplam a regulação e o combate à corrupção, metodologias e aplicações para aferir a capacidade institucional regulatória, a governança regulatória e a análise da atividade regulatória em setores específicos, nomeadamente energia elétrica, gás, infraestrutura rodoviária e

3 Em dezembro de 2020, Itália, Japão, Canadá, Dinamarca, Cingapura, Emirados Árabes Unidos e Reino Unido endossaram a “Agile Nations Charter”, um acordo que estabelece uma rede intergovernamental para a cooperação na formulação de regras e regulações, com a missão de tornar mais fácil para o setor privado introduzir inovações, ao mesmo tempo em que atende a preocupações com o direito dos consumidores e o meio-ambiente.

4 Vide por exemplo: <https://www.centreforpublicimpact.org/united-kingdom/regulation>

5 Vide por exemplo: <http://protego-erc.eu/regulatory-policy-2-0-next-generation/>

comunicações. Com uma diversidade de temas e metodologias, todos os trabalhos contribuem para enriquecer nosso estoque de conhecimento sobre a temática.

No artigo que abre este Dossiê, “Análise de impacto regulatório e prevenção da corrupção: um estudo exploratório sobre a AIR no Brasil”, Flavio Saab e Suylan de Almeida Midlej e Silva, ambos da Universidade de Brasília (UnB), fazem estudo exploratório por meio de pesquisa documental em leis, guias e artigos científicos para compreender os potenciais efeitos da adoção da Análise de Impacto Regulatório (AIR) como um dissuasor da corrupção. A relação encontrada é que o regulador é potencial sujeito a práticas corruptas como o direcionamento ou desvirtuação regulatória, ou mesmo a criação de regulação onde há inexistência de problema público que a fundamente.

Saab e Silva comentam ainda que, com o alcance do status de imperativo legal entre 2019 e 2020, a AIR passou a ser requisito para toda a atividade regulatória em nível federal. Por meio da AIR se formalizam os problemas regulatórios, a fundamentação legal devida, os objetivos da intervenção regulatória, além dos custos e benefícios potenciais, somados à manifestação sobre a participação social, entre outros requisitos. Todos estes, em tese, obstaculizam a regulação infundada ou de má fé. Segundo os autores, a disseminação da AIR no Brasil tem o potencial de fortalecer a capacidade social de monitorar o processo regulatório, desde sua concepção até sua aplicação e avaliação, com função preventiva à corrupção. Como recomendações, os autores apontam a necessidade de que a deliberação sobre o relatório de AIR deva passar por decisão colegiada, permeável à participação social e que sua linguagem deva ser customizada para o entendimento de diferentes grupos sociais, para além do público técnico.

Os primeiros dois relatos técnicos deste Dossiê estão relacionados ao Índice de Capacidade Institucional para Regulação (i-CIR), uma ferramenta de qualificação da atividade regulatória desenvolvida em parceria da Controladoria-Geral da União (CGU) com o Escritório das Nações Unidas de Serviços para Projetos (UNOPS).

No primeiro, “Projeto de 'Avaliação das Capacidades Institucionais para Regulação - CGU/UNOPS': metodologia para a construção do i-CIR”, de autoria de Franciele Dematté e Eduardo Vítor, ambos da CGU, mostra-se como foi o processo de construção do i-CIR, com inspiração em modelos da OCDE. O processo de desenvolvimento considerou a geração e especificação das oito dimensões e a sua testagem em aplicações piloto na Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento Básico do Distrito Federal (ADASA/DF) e na Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Mato Grosso (AGER/MT). Como resultados, além da validação do i-CIR e de seu aperfeiçoamento decorrente das aplicações-piloto, os autores recomendam que, ademais de aplicar um índice e fazer diagnósticos, é necessário que haja um trabalho de alinhamento de competências entre os entes federais, estaduais e municipais, para que sejam aprimoradas as capacidades regulatórias no Brasil como um todo.

Na sequência, temos o relato técnico “Avaliação da Capacidade Institucional para Regulação no Brasil: resultados e perspectivas”, que faz a aplicação do i-CIR em 23 agências reguladoras do setor de infraestrutura. Os autores, Rodrigo Carvalho Gonçalves, Marcos Lima Bandeira, Carlos Roberto Ruchiga Corrêa Filho e Marlos Moreira dos Santos, todos da CGU, perceberam que, de uma maneira geral, as agências reguladoras do setor da infra-estrutura ainda se encontram em um estágio inicial/básico de desenvolvimento regulatório. Com exceção da dimensão “autonomia decisória”, que pontuou com índice médio 0,52 (considerado intermediário), a pontuação foi considerada baixa nas dimensões “mecanismo de controle” (0,482), “fiscalização” (0,453), “competência e efetividade regulatória” (0,413), “autonomia financeira” (0,401), “regulação de contratos” (0,277), “análise de impacto regulatório” (0,203) e “mecanismo de gestão de riscos” (0,174), numa escala de 0 a 1. Os autores trazem várias recomendações para as agências reguladoras melhorarem suas capacidades institucionais, entre elas a formação de redes de aprendizado colaborativas entre agências (e entre níveis federativos), com o reforço das câmaras técnicas intersetoriais e a articulação com entidades nacionais e internacionais que lidam com o tema, como a Associação Brasileira de Agências Reguladoras (ABAR), o UNOPS e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

O artigo seguinte, “Tribunal de Contas da União (TCU) e as Agências Reguladoras: limites e excessos da *accountability* horizontal”, de Flávio Garcia Cabral (Unigran-Capital), Leandro Sarai (Escola da AGU) e Cristiane Rodrigues Iwakura (Escola da AGU), traz à luz o sensível debate sobre os limites e excessos da atuação do Tribunal de Contas da União (TCU) sobre a atuação das Agências Reguladoras. A partir de uma análise de acórdãos do TCU,

os autores interpretam um hábito de ultrapassagem de competências do controle externo sobre a autonomia regulatória das agências. Para os autores, o TCU tem se apoiado em justificativas de auditoria operacional e de repercussão (genérica) ao erário para realizar fiscalização da atividade finalística das agências e recomendar (ou determinar) aspectos de conteúdo regulatório que não são de sua competência. Apoiados em teoria de *accountability* horizontal e em dispositivos constitucionais, os autores trazem uma série de recomendações de *self-restraint* à atuação do TCU, no sentido de evitar sobreposição de atividades e promover o convívio harmônico entre as instituições.

O relato técnico “Pressão tarifária no setor de energia elétrica e ações de governança regulatória para sua mitigação” de Daniel Cardoso Danna, servidor da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), parte de um problema muito concreto e atual: o aumento dos preços da energia elétrica ao consumidor. Com um diagnóstico do problema que inclui a escassez hídrica e a desvalorização cambial, o autor se debruça sobre as medidas de governança regulatória da ANEEL no ano 2021 para fazer frente às pressões tarifárias. As medidas analisadas foram a Conta-Covid, recursos de pesquisa e desenvolvimento e energia elétrica, devolução de valores cobrados a mais de PIS/Pasep e Cofins, diferimento das indenizações a serem pagas às transmissoras, receitas por modicidade, antecipação de recursos de ultrapassagem de demanda e excedente de reativo, diferimento de parte do pagamento devido à Itaipu e, finalmente, diferimento do reajuste anual da Parcela B e repasse futuro corrigido pelo IPCA. A partir da verificação dos efeitos médios destas oito medidas nos resultados tarifários entre 22 de abril e 4 de julho de 2021 em 18 distribuidoras em energia elétrica de diversos estados, o autor pôde concluir que as medidas da ANEEL resultaram em contenção do processo inflacionário, chegando, em um caso, a 32,2% e, em outros 10 casos, a contenções superiores a 10%, comparado aos efeitos médios caso não houvesse as medidas. O autor conclui com indicações de potenciais novas medidas para contenção da pressão tarifária e com uma preocupação com o efeito protelatório do processo inflacionário que algumas medidas trarão nos próximos anos, possivelmente agravado pela crise hídrica sem precedentes em um país que detém forte vínculo com a geração hidroelétrica.

Já o artigo “Proposta de metodologia de cálculo do Fator X em contratos de concessão para exploração”, desenvolvido por Carlos Neves, filiado à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e à Universidade de Brasília, está relacionado a uma lacuna metodológica no cálculo da tarifa-teto (*price-cap*) ao usuário das rodovias brasileiras em regime de concessão. O chamado Fator X é um mecanismo de incentivo à concessionária para que atinja maiores níveis de produtividade e, ao mesmo tempo, reverta em menor tarifa para os usuários. A partir de um diagnóstico da falta de implementação do cálculo do Fator X, o autor se baseia na literatura de referência e em benchmarks internacionais como o da Alemanha e o da Finlândia para propor uma nova metodologia para cálculo. Para as simulações dos resultados foram utilizados dados de 21 contratos de concessão rodoviária entre 2012 e 2016, concluindo que, se aplicada, a metodologia de cálculo do Fator X resultaria em um desconto médio de 3,5% nas tarifas aos usuários em um ciclo regulatório de cinco anos. Este relato técnico aponta para recomendações práticas, como o aumento da eficiência na prestação de serviço das concessionárias e ganhos para o usuário das rodovias do Brasil.

O novo setor do gás no Brasil é o foco do relato técnico “*Brazilian new gas market: challenges and opportunities*” de Bruno Eustáquio de Carvalho, do Ministério de Minas e Energia (MME), Symone Araújo, da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), de Fernando Matsumoto e Aldo Júnior, ambos do MME e Cesar Mattos, da Câmara dos Deputados. Os autores fazem uma análise dos desafios e oportunidades que tem passado o setor de gás no Brasil, especialmente a partir da abertura do mercado na década de 1990, o novo marco regulatório para o setor em 2009, o programa Gás para Crescer em 2016 e a Nova Lei do Gás (Lei 14.134), aprovada pelo Congresso Nacional em 2021, suas subsequentes ações regulatórias do Poder Executivo e da ANP. Para os autores, há um potencial ganho de qualidade e capacidades no setor a partir da implementação de um regime concorrencial que pode superar, pouco a pouco, o domínio da Petrobras na geração e distribuição do gás natural, com ganhos de qualidade e redução de preço para o consumidor final. Também apontam os muitos desafios do setor, entre elas a necessidade de harmonização regulatória entre as agências estaduais e a federal.

Encerrando o conteúdo deste Dossiê Especial sobre Regulação, o artigo “Dinâmica e estrutura das consultas públicas: a regulação das comunicações em Portugal”, de Sandro Mendonça, filiado à Autoridade Nacional de Comunicação (ANACOM) de Portugal, traz à luz uma nova tendência na área de regulação, que é a indução e organização das consultas públicas como subsídio para o processo de tomada de decisão, especialmente em

situações de impacto social substancial ou assimétrico entre os agentes econômicos. A partir da experiência portuguesa, o autor relata a ampliação das consultas públicas nos últimos 20 anos, realizadas pela ANACOM. A partir da análise dessas "consultas públicas", o autor identificou uma tendência de crescimento consistente da utilização desta ferramenta de participação cidadã (de menos de cinco para mais de 20 por ano), além de uma leve queda tendencial do número de dias em consultas públicas (de aproximadamente 30 para 20 dias por ano), além de uma estabilidade do número médio de pronunciamentos nas consultas públicas – embora recentemente enviesado a maior pelo recente leilão da tecnologia 5G em Portugal. Como elemento crítico e que merece atenção, o autor aponta para uma concentração de perfis daqueles que participam das consultas públicas, nomeadamente representantes das próprias operadoras e indivíduos (usuários), o que pode levar à falta de diversidade dos interesses representados nas consultas realizadas pelo órgão regulador.

Por fim, esta edição da Revista da CGU contempla um artigo vinculado ao fluxo contínuo de submissões, onde os autores Leandro da Cruz e Antônio de Souza, ambos da UFMG, fazem uma avaliação da dinâmica de fiscalização de contratos administrativos em hospitais públicos. Os resultados revelaram achados relacionados à influência de variáveis como o acúmulo de contratos por fiscal, participação no planejamento da contratação, formação técnica compatível com o serviço contratado, capacitações internas e disponibilização de documentos relativos à contratação.

Em síntese, são artigos que recuperam temas valiosos e que se caracterizam pela diversidade de abordagens metodológicas. São, também, um importante material para refletir sobre a lacuna existente entre a regulação que temos e a regulação que devemos almejar.

Desejamos a todos uma excelente leitura!



Bruno Queiroz Cunha

<https://orcid.org/0000-0001-5521-9278>

bqcunha@gmail.com

Doutor em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). É membro da carreira federal dos Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental (licenciado) e, atualmente, pesquisador associado ao Instituto de Ciência e Tecnologia em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento (INCT/PPED).



Leonardo Secchi

<https://orcid.org/0000-0002-9703-0343>

leonardo.secchi@udesc.br

Doutor em Ciências Políticas pela Universidade de Milão (Itália) com pós-doutorado em Políticas Públicas pela Universidade de Wisconsin-Madison (EUA). É professor do Departamento de Administração Pública (DAP) e do Programa de Pós-Graduação em Administração (PPGA) da Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC), no Brasil. Atualmente exerce o cargo de presidente da Sociedade Brasileira de Administração Pública (SBAP).

REFERÊNCIAS:

- COGLIANESE, C.; SCHEFFLER, G.; WALTERS, D. Unrules. *Stanford Law Review*, v. 73, p. 885–969, 2021.
- CUNHA, B. Q.; GOELLNER, I. DE A. As Agências Reguladoras Brasileiras no Século XXI: enraizamento institucional e características organizacionais em perspectiva comparada. In: CAVALCANTE, P. L. C.; CUNHA, B. Q.; SILVA, M. S. (Eds.). *Trajatória e Desafios do Estado Brasileiro: 25 anos pós Reforma Administrativa*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2020.
- FISHLOW, A. *Starting Over: Brazil Since 1985*. Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 2011.
- GILARDI, F.; MAGGETTI, M. The Independence of Regulatory Authorities. In: LEVI-FAUR, D. (Ed.). *Handbook on the Politics of Regulation*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2011. p. 201–214.
- HOOD, C. et al. (EDS.). *Regulation Inside Government*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- KOOP, C.; LODGE, M. What is regulation? An interdisciplinary concept analysis. *Regulation & Governance*, v. 11, n. 1, p. 95–108, Aug. 2015.
- LODGE, M.; WEGRICH, M. Introduction: Governance Innovation, Administrative Capacities, and Policy Instruments. In: LODGE, M.; WEGRICH, K. (Eds.). *The Problem-Solving Capacity of the Modern State: Governance Challenge and Administrative Capacities*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 1–22.
- LOWI, T. J. American Business, Public Policy, Case-Studies, and Political Theory. *World Politics*, v. 16, n. 4, p. 677–715, 1964.
- MASCIO, F. DI; NATALINI, A.; CACCIATORE, F. Public Administration and Creeping Crises: Insights From COVID-19 Pandemic in Italy. *The American Review of Public Administration*, v. 50, n. 6–7, p. 621–627, 2020.
- OCDE. *The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis*. Paris: OCDE, 1997.
- VIBERT, F. *The New Regulatory Space: reframing democratic governance*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2014.
- YEUNG, K. The Regulatory State. In: BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. (Eds.). *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 64–85.
- YEUNG, K.; LODGE, M. (EDS.). *Algorithmic Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

Perspectivas e desafios da regulação na melhoria do Estado

Análise de impacto regulatório e prevenção da corrupção: um estudo exploratório sobre a AIR no Brasil¹

Regulatory impact analysis and corruption prevention: an exploratory study on AIR in Brazil

Análisis de impacto regulatorio y prevención de la corrupción: un estudio exploratorio sobre el AIR en brasil

Flavio Saab² e Suylan de Almeida Midlej e Silva³

<https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v13i24.451>

Resumo: A prática de corrupção é um dos efeitos indesejados que podem ocorrer em políticas regulatórias. Quando o governo desenvolve regulações, há o risco de que regras, subsídios ou contratos sejam estabelecidos em favorecimento de determinados grupos, em troca de vantagens aos reguladores. Para inibir a ocorrência de corrupção, a Análise de Impacto Regulatório – AIR pode funcionar como uma barreira para o funcionamento de estruturas regulatórias corruptas, embora esse não seja o seu principal propósito. Neste contexto, o objetivo do presente trabalho é explorar possibilidades sobre como a AIR pode contribuir com a prevenção da corrupção. Para alcançar este objetivo, investigou-se o mecanismo da AIR adotado no Brasil, por meio de pesquisa documental. Os resultados da pesquisa mostraram que a AIR pode ser útil na prevenção da corrupção e indicaram algumas medidas que podem ser adotadas por instituições públicas com vistas a tornar a AIR ainda mais efetiva para este propósito.

Palavras-chave: Corrupção; Análise de Impacto Regulatório – AIR; Regulação

Abstract: Corruption is one of the unwanted effects that can occur in regulatory policies. When the government develops regulations, there is a risk that rules, subsidies or contracts will be established in favor of certain groups, in exchange for advantages to the regulators. To inhibit the occurrence of corruption, the Regulatory Impact Analysis - RIA can act as a barrier to the functioning of corrupt regulatory structures, although this is not its main purpose. In this context, the objective of the present work is to explore possibilities on how RIA can contribute to the prevention of corruption. To achieve this goal, the RIA mechanism adopted in Brazil was investigated, through documentary research. The results of the research showed that RIA can be useful in preventing corruption and indicated some measures that can be adopted by public institutions to make the RIA even more effective for this purpose.

Keywords: Corruption; Regulatory Impact Analysis – RIA; Regulation

Resumen: La práctica de la corrupción es uno de los efectos no deseados que pueden ocurrir en las políticas regulatorias. Cuando el gobierno desarrolla regulaciones, existe el riesgo de que se establezcan reglas, subsidios o contratos a favor de ciertos grupos, a cambio de ventajas para los reguladores. Para inhibir la ocurrencia de corrupción, el Análisis de Impacto Regulatorio - AIR puede actuar como una barrera para el funcionamiento de estructuras regulatorias corruptas, aunque este no es su propósito principal. En este contexto, el objetivo

1 Artigo submetido em 16/07/2021 e aprovado em 12/11/2021.

2 Universidade de Brasília – UnB e Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa

3 Universidade de Brasília - UnB

de este estudio es explorar las posibilidades de cómo el AIR puede contribuir a la prevención de la corrupción. Para lograr este objetivo, el mecanismo de AIR adoptado en Brasil fue investigado a través de una investigación documental. Los resultados del estudio mostraron que el AIR puede ser útil para prevenir la corrupción e indicaron algunas medidas que pueden ser adoptadas por las instituciones públicas con miras a hacer que el AIR sea aún más efectivo para este propósito.

Palabras llave: Corrupción; Análisis de impacto regulatorio - AIR; Regulación

1. INTRODUÇÃO

Discutir regulação tem sido importante para garantir qualidade da gestão pública e empresarial, sendo a regulação um instrumento governamental utilizado para definir e determinar exigências para organizações e cidadãos. Pode ser compreendida como o conjunto de leis e regras que determinam as relações da sociedade com o objetivo de melhorar a saúde pública, a segurança, a infraestrutura, o meio ambiente e promover o crescimento e desenvolvimento dos países (BALLANTINE; DEVONALD, 2006; KOVAČ, 2017; PARKER; KIRKPATRICK, 2004). A regulação também pode ser classificada como um dos tipos de políticas públicas (LOWI, 1972).

Quando a regulação não é desenvolvida adequadamente, ela pode comprometer a qualidade de vida das pessoas, a competitividade das empresas, restringir o crescimento econômico e criar consequências indesejadas para a população (BALLANTINE; DEVONALD, 2006). A corrupção é um dos efeitos indesejados que podem ocorrer em ambientes regulatórios. E a formulação de regulações pode ser um convite à corrupção porque oportuniza o desenvolvimento de regras, subsídios ou contratos em favorecimento a determinados grupos, dispostos a alocar recursos para a obtenção de medidas regulatórias a seu favor (CAVAZOS; RUTHERFORD, 2017; HOLCOMBE; BOUDREAUX, 2015).

Nas últimas décadas, muitos governos têm adotado estratégias e ferramentas que objetivam qualificar a formulação de políticas regulatórias, com destaque à Análise de Impacto Regulatório - AIR (BALLANTINE; DEVONALD, 2006; JACOBS, 2004; VIBERT, 2006). A AIR é uma ferramenta que promove o exame e a comunicação ao tomador de decisão dos potenciais impactos que uma política regulatória pode ter. Na prática, é um procedimento administrativo - realizado com busca de evidências e participação social - que envolve a identificação do problema que se pretende enfrentar, o levantamento e a comparação de diferentes alternativas regulatórias possíveis e a sugestão de adoção daquela alternativa que se mostre mais adequada (JACOBS, 2004; RADAELLI, 2009).

Se a AIR está diretamente relacionada ao aumento da qualidade da regulação, seu uso também pode ter efeitos indiretos sobre a melhoria na capacidade da administração pública em lidar com a corrupção, embora não seja esse o seu principal propósito (ADELLE et al., 2016; KHARISOVA et al., 2015). A AIR promove o diálogo e a troca de informações entre governo e sociedade e pode contribuir com a superação do domínio da burocracia e da corrupção durante o processo de regulação estatal (VOROZHBIT; SAMSONOVA; KORNIENKO, 2013). Também é uma medida de controle do comportamento dos formuladores de políticas que se veem obrigados a explicar as ações regulatórias que adotam (REYES; ROMANO; SOTTILOTTA, 2015). Assim, a AIR pode ser uma barreira para que estruturas corruptas manipulem o ambiente e apresentem políticas regulatórias em favorecimento a determinados grupos (CARVALHO; MARQUES; NETTO, 2017).

Ainda que alguns estudos relacionem a AIR com a prevenção da corrupção, não foram identificadas pesquisas que examinem este fenômeno. Em levantamento realizado nas bases de dados *Web of Science* e *Scopus*, não foram encontrados artigos publicados nos últimos 40 anos que relacionem diretamente os dois temas. Assim, o objetivo do presente trabalho é explorar possibilidades sobre como a AIR pode contribuir com a prevenção da corrupção.

Para alcançar este objetivo, será analisado o mecanismo da AIR instituído no Brasil. Tendo em vista a determinação legal que instituiu a obrigatoriedade de realização da AIR no país, a partir de 2021, é oportuno que sejam exploradas suas potencialidades para prevenção da corrupção, de modo a contribuir para que pesquisadores, gestores e servidores públicos possam compreender esta nova perspectiva no desenvolvimento de políticas regulatórias.

Além desta breve introdução, a pesquisa está estruturada com os seguintes tópicos: referencial teórico, aspectos metodológicos, discussão dos resultados e considerações finais.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

Regulação e Corrupção

A regulação ou política regulatória pode ser classificada como um tipo de política pública pela qual os governos interferem na sociedade e na conduta dos indivíduos e empresas (LOWI, 1972). A regulação se refere a leis, regras e instrumentos utilizados pelo governo para disciplinar comportamentos com o objetivo de promover o bem-estar e assegurar o fornecimento de bens e serviços por preços justos e qualidade adequada (AQUILA et al., 2019; PARKER; KIRKPATRICK, 2004). Por meio da regulação, governos promovem a saúde pública, a segurança, o bem-estar social e conferem segurança jurídica à comercialização de bens e serviços (BALLANTINE; DEVONALD, 2006).

Ao definir padrões e regras de comportamento, a regulação gera uma clara distinção entre os grupos de favorecidos e desfavorecidos pela intervenção governamental estabelecida, o que leva a uma arena de conflitos entre diferentes grupos da sociedade (POSNER, 1974).

Para entender essa arena de conflitos e identificar quem receberá os benefícios e quem arcará com os custos da regulação, George Stigler (1971) desenvolveu a teoria econômica da regulação. A tese central dessa teoria é que a regulação tende a ser adquirida por grupos de maior poder econômico, que desejam obter regras em seu benefício. Estes grupos tentarão “adquirir” regulações que lhes proporcionem subsídios do governo, controle da entrada de novos concorrentes, níveis de preços superiores aos de mercado, entre outros.

Stigler (1971) chamou de captura regulatória o processo pelo qual os interesses de determinados grupos afetam a intervenção governamental. Para Dal Bó (2006), são três as principais formas de captura regulatória: i) provimento de informações; ii) uso de incentivos negativos e; iii) práticas de corrupção. Na primeira forma, os grupos de interesse prestam informações enviesadas aos reguladores, que acabam sendo influenciados por elas, por não disporem de condições para verificar sua veracidade. Na segunda forma de captura, grupos de interesse tentam influenciar os reguladores por meio de ameaças tácitas ou explícitas que gerem desgastes ou prejuízos à suas carreiras. A terceira forma de captura regulatória é a corrupção, que pode envolver a oferta de subornos diretos, contribuições de campanha a políticos ou promessas de um futuro emprego lucra-

tivo para convencer os reguladores a desenvolverem determinadas políticas regulatórias.

Holcombe e Boudreaux (2015) dão importante destaque à terceira forma de captura - a corrupção. Para os autores, contextos em que governos lançam mão de regulação para intervir na sociedade são oportunidades para que grupos de interesse ofereçam vantagens aos reguladores em troca de favores regulatórios.

Não há um conceito único de corrupção. Bahoo, Alon e Paltrinieri (2020) indicam que há vários tipos documentados na literatura. A corrupção pública, por exemplo, consiste no “mau uso do poder governamental para obtenção de ganhos por particulares” (HOLCOMBE; BOUDREAUX, 2015, p.75). Também pode ser definida como “uma atividade ilegal conduzida por um funcionário do governo, burocrata ou político que envolve a oferta ou recebimento de benefícios financeiros ou não financeiros por outro governo ou pessoas privadas” (BAHOO; ALON; PALTRINIERI, 2020, p.2).

Assim, em contextos regulatórios, pode-se entender o conceito de corrupção como o uso ilegal do poder governamental, em que reguladores recebem vantagens financeiras ou não financeiras para estabelecer regras (regulações) que beneficiem determinados grupos. Se um regulador recebe pequenos agrados, favores ou vantagens para aprovar uma política regulatória que proteja ou direcione benefícios para determinados grupos, há prática de corrupção.

Alguns estudos têm sido desenvolvidos para identificar medidas que podem inibir a corrupção no processo de regulação estatal. O monitoramento da conduta dos reguladores (DAL BÓ, 2006), a adoção de colegiados para a tomada de decisão (LAFFONT; MARTIMORT, 1999; SNYDER, 1991) e a incorporação de diferentes partes interessadas no percurso burocrático até a tomada de decisão (MCCUBBINS; NOLL; WEINGAST, 1987) podem ser destacadas como importantes estratégias para inibir condutas corruptas em processos regulatórios.

O monitoramento da conduta dos reguladores é estratégia prevista na literatura da teoria da agência (RADAELLI, 2010). Quando um indivíduo (o principal) contrata outro indivíduo (o agente) para tomar decisões, pode ocorrer conflito se o comportamento do agente for egoísta (HILL; JONES, 1992). Quando um regulador é nomeado para desenvolver regulações em favor da sociedade, mas está disposto a adotar conduta desviada deste propósito, pode haver práticas corruptas. Para evitar situações como essa, Eisenhardt (1989) sugere dois mecanismos. O primeiro

envolve o monitoramento das ações e condutas dos reguladores. O segundo prevê o controle dos resultados alcançados pelas decisões tomadas por eles. Quando o regulador tem suas ações monitoradas e é cobrado pelos resultados do seu trabalho, ele terá dificuldades para praticar corrupção e estará incentivado a se comportar de maneira mais alinhada ao interesse da sociedade (DAL BÓ, 2006).

Outra medida com potencial para prevenir a corrupção é a adoção de modelo de governança em que a tomada de decisão seja realizada por colegiados e não por apenas um regulador. Quando grupos da sociedade tentam oferecer vantagens para o regulador em troca de favores regulatórios, a ação é facilitada quando há apenas um regulador que toma as decisões. Se a regulação é aprovada por um colegiado, reduz-se a possibilidade de conluio entre reguladores e aqueles que desejam obter favorecimentos em forma de regulação. Sem conhecer todas as informações necessárias sobre o colegiado de reguladores, corrompê-los será mais oneroso, arriscado e a ação do grupo será dificultada (LAFFONT; MARTIMORT, 1999; SNYDER, 1991).

A terceira estratégia para prevenir a corrupção é a incorporação de diferentes partes interessadas no percurso burocrático até a tomada de decisão. Em um contexto democrático, a sociedade potencialmente afetada pelas decisões de governo deve ter oportunidades para influenciá-las. A corrupção, justamente, negligencia e mina os espaços de representação, debate e participação (OLSSON, 2014). Assim, a prevenção da corrupção passa pelo fortalecimento de princípios democráticos básicos (HEYWOOD, 1997). Quando agentes públicos informam e justificam suas ações, promovem a participação da sociedade e agem com transparência e responsividade, tem-se uma redução dos espaços para práticas corruptas (ANDRADE; NETO, 2019; FARRANHA; BATAGLIA, 2019; POGREBINSCHI; VENTURA, 2017; POWELL, 2004).

Todas as medidas referidas podem ser implementadas em ambientes institucionais públicos. Pode haver a criação de procedimentos burocráticos favoráveis ao compartilhamento de informações, governança adequada, monitoramento dos agentes públicos e incentivo à participação da sociedade nas políticas.

No Brasil, conforme destacam Farranha e Bataglia (2019), tem-se buscado avanços institucionais, tecnológicos e de governança para qualificar os processos de prevenção à corrupção. A atuação de diversos atores, em rede, fomentando o controle, a participação e o acesso à informação por meio de

medidas transparentes e estruturadas, desponta como um caminho que pode fortalecer a prevenção de atos corruptos no país.

Mas a adoção da AIR pode favorecer a implementação destas medidas no Brasil? As seções seguintes avançam na busca por esta resposta.

Análise de Impacto Regulatório – AIR

Os governos têm desenvolvido processos, instrumentos e ferramentas para serem utilizados durante a elaboração de novas regulações com vistas à qualificar seus sistemas regulatórios (BALLANTINE; DEVONALD, 2006). Este movimento - conhecido como “melhoria regulatória” - busca tornar o processo de desenvolvimento da regulação mais racional, transparente e inclusivo (HUGÉ; WAAS, 2011; STARONOVA, 2016).

De acordo com Radaelli (2004), em que pese a importância da adoção de outras medidas, a AIR se apresenta como a mais importante ferramenta para melhoria regulatória. Ela pode ser utilizada na formulação de políticas regulatórias e caracteriza-se como um processo sistemático para avaliação ex-ante dos impactos significativos de uma ação regulatória (FRITSCH et al., 2013; KIRKPATRICK; PARKER; ZHANG, 2004). Trata-se de um processo de análise que identifica o problema, define quais os objetivos pretendidos com a política e analisa se a intervenção pública é de fato necessária. Em seguida, a AIR promove a identificação, a análise e a comparação dos impactos das possíveis alternativas de intervenção, de modo a subsidiar qual a melhor escolha a ser feita (FRITSCH et al., 2013; JACOBS, 2004). Durante o desenvolvimento da AIR, é fundamental que se utilize evidências e que a sociedade participe de sua construção para conferir legitimidade, credibilidade e precisão às análises, além de maior efetividade à política (JACOBS, 2004; MENEGUIN; SAAB, 2020).

Em outras palavras, a AIR pode ser apresentada como um estudo que antecede a proposição de uma política regulatória e que subsidia a tomada de decisão. Neste estudo, deve-se considerar a realização de, no mínimo, seis etapas: i) identificação do problema, suas causas e agentes afetados; ii) definição dos objetivos da ação regulatória; iii) identificação de alternativas regulatórias; iv) comparação das alternativas regulatórias; v) plano de monitoramento da ação regulatória; vi) consulta e participação da sociedade (BALLANTINE; DEVONALD, 2006; RADAELLI, 2010; STARONOVA, 2016).

Com a adoção da AIR, espera-se qualificar o sistema regulatório e evitar políticas regulatórias fracassadas (JACOBS, 2004), além disso, o seu uso também pode ter efeitos positivos na prevenção da corrupção (ADELLE et al., 2016; KHARISOVA et al., 2015). A investigação de como a AIR pode contribuir com a prevenção da corrupção é o escopo da presente pesquisa.

Modelo Analítico

Com base na discussão realizada, foi possível desenvolver modelo analítico que permite explorar possibilidades sobre como a AIR pode contribuir com a prevenção da corrupção. O modelo foi dividido em três dimensões e seis critérios (quadro 1).

A primeira dimensão relaciona-se com a capacidade de a AIR promover o monitoramento das ações dos reguladores, bem como ajudar no controle dos resultados alcançados pelas regulações estabelecidas. Se a AIR funcionar como instrumento de cobrança dos resultados do trabalho do regulador e permitir o monitoramento de suas ações pela sociedade, o regulador terá dificuldades para praticar corrupção e estará incentivado a se comportar de maneira mais alinhada ao interesse da população (DAL BÓ, 2006).

Importante destacar que o monitoramento das ações dos reguladores será mais efetivo quando a alternativa regulatória proposta pela AIR for acatada pelos tomadores de decisão, o que nem sempre acontece.

A segunda dimensão se propõe a contribuir com o exame da **governança** em que a tomada de decisão ocorre. Quando a governança envolve a aprovação de regulações por colegiados, os grupos de interesse terão caminho mais oneroso e arriscado para adquirir regulações a seu favor. Se a decisão sobre a melhor alternativa regulatória proposta pela AIR for tomada por um colegiado de reguladores, a possibilidade de conluio para beneficiar determinados grupos de interesse é reduzida (LAFFONT; MARTI-MORT, 1999; SNYDER, 1991).

A terceira categoria envolve a capacidade da AIR em reforçar **espaços democráticos**. Quando ela incorpora diferentes pontos de vista e promove divergências entre partes interessadas, ela pode significar uma medida potente para prevenção da corrupção. Se a AIR ajudar a fortalecer princípios democráticos básicos, a possibilidade de regulações serem desenvolvidas para atender demandas indevidas será reduzida (HEYWOOD, 1997).

QUADRO 1. MODELO ANALÍTICO: AIR E PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO

DIMENSÕES DE ANÁLISE		
MONITORAMENTO	GOVERNANÇA DECISÓRIA	ESPAÇOS DEMOCRÁTICOS
<p>Critérios:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. A AIR deve permitir que a sociedade monitore as ações dos reguladores ao longo das etapas de desenvolvimento das políticas regulatórias 2. A AIR deve permitir que a sociedade conheça os resultados esperados e acompanhe os resultados alcançados pelas políticas regulatórias 	<p>Critério:</p> <ol style="list-style-type: none"> 3. A decisão sobre a melhor alternativa regulatória deve ser tomada por um colegiado de reguladores 	<p>Critérios:</p> <ol style="list-style-type: none"> 4. A AIR deve oferecer espaço para cidadãos apresentarem seus problemas e necessidades para que os reguladores possam avaliar a adoção de novas políticas públicas 5. Os Relatórios de AIR e demais documentos relacionados à análise devem ser públicos, legíveis e de fácil acesso pela sociedade 6. No âmbito da AIR, deve haver espaços para que a sociedade conteste a atuação dos reguladores durante a formulação das políticas regulatórias

Fonte: Elaborado pelos autores

O modelo analítico proposto no quadro 1 permite que realidades institucionais, locais ou regionais de AIR sejam investigadas. Quando os critérios estabelecidos são atendidos, há maior potencial para que a AIR contribua com a prevenção da corrupção.

3. ASPECTOS METODOLÓGICOS

A presente pesquisa tem característica qualitativa e exploratória (GIL, 2008), tendo em vista seu objetivo de explorar possibilidades sobre como a AIR pode contribuir com a prevenção da corrupção. Não se pretende esgotar o assunto, descrever ou explicar as relações encontradas, mas sim levantar possibilidades e questões para reflexões futuras.

Para apoiar a condução da pesquisa, foi desenvolvido modelo analítico e aplicado em uma realidade específica e particular (GODOI; BANDEIRA-DE-MELLO; DA SILVA, 2006; ROTHER, 2007; YIN, 1994). A realidade selecionada foi o mecanismo da AIR adotado pelo governo federal do Brasil. A escolha foi motivada pela relevância e atualidade dos temas da regulação e da corrupção no país. Em 2021, a utilização da AIR tornou-se obrigatória no Brasil, ao mesmo tempo em que o país discutia estratégias para prevenir a corrupção, recorrente em sua sociedade (BRASIL, 2020; DA SILVA, 2009; TAYLOR, 2019).

Para condução do estudo realizou-se pesquisa documental para coleta dos dados e recorreu-se à análise de conteúdo para leitura, categorização e análise dos dados (BARDIN, 2011). A pesquisa documental alcançou legislações federais, guias orientativos do governo, artigos científicos e conteúdos

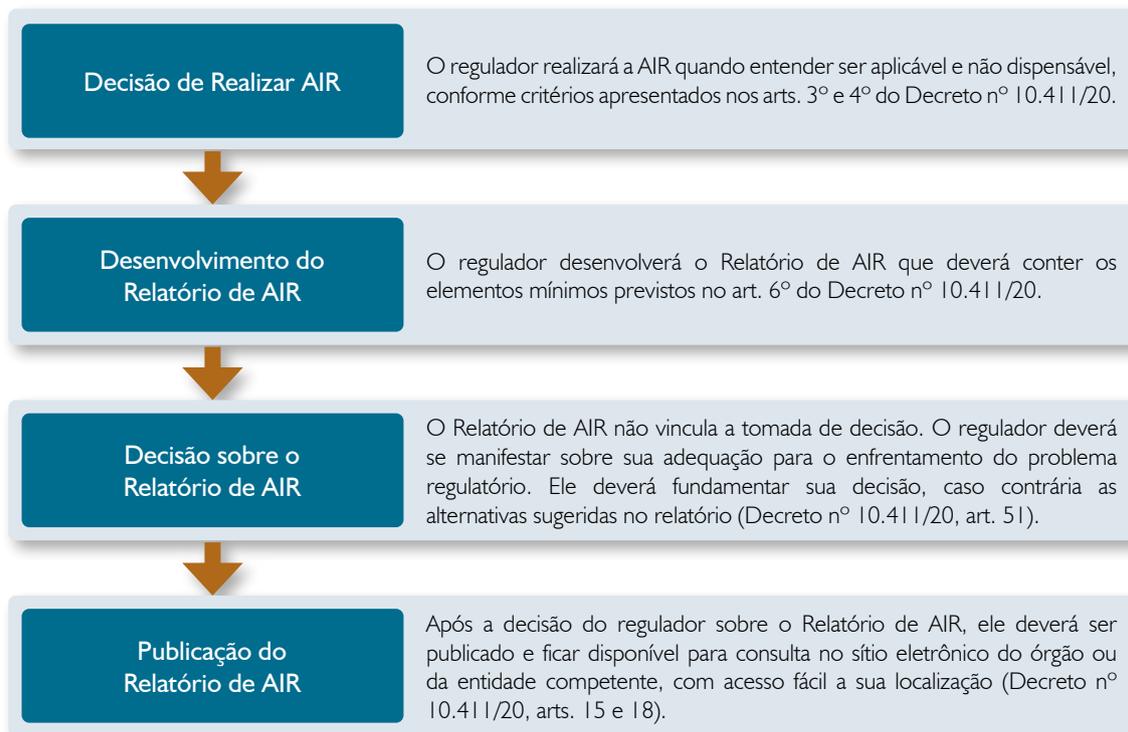
institucionais obtidos em sítios de órgãos oficiais do governo brasileiro com vistas a se compreender o funcionamento da AIR do Brasil.

Os documentos obtidos foram analisados em três etapas, baseando-se na análise de conteúdo proposta por Bardin (2011). Inicialmente, foi realizada uma leitura flutuante de todos os documentos. Em seguida, foram realizados procedimentos para codificar os dados obtidos em categorias de análise. Para conferir organização lógica ao trabalho, os dados foram codificados a partir das três dimensões e seis critérios apresentados no modelo analítico. Na terceira e última etapa, os dados foram organizados e consolidados em cada categoria, o que possibilitou a discussão sobre as possibilidades de que a AIR contribua com a prevenção da corrupção.

4. DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

No Brasil, a AIR alcançou o status de norma legal no ano de 2019. Em um primeiro momento, houve a aprovação da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019, que tornava a sua utilização um compromisso legal para as agências reguladoras federais. Em seguida, houve a publicação de outra norma legal, a Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, que ampliou a sua utilização para toda a administração pública federal (MENEGUIN; SAAB, 2020). Em 2020, com a publicação do Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020, os dispositivos das referidas leis foram regulamentados e o ano de 2021 escolhido como o marco inicial para a obrigatoriedade da AIR no país. O seu funcionamento pode ser sintetizado na figura 1.

FIGURA 1 – SÍNTESE DO FUNCIONAMENTO DA AIR ADOTADA DO BRASIL



Fonte: Elaborado pelos autores

A figura 1 mostra que há 4 etapas que orientam o funcionamento da AIR no Brasil. Inicialmente, o regulador decide por realizar ou não a AIR. Em seguida, se for o caso, o Relatório de AIR é desenvolvido. Após sua conclusão, o regulador deve decidir sobre o teor do relatório e publicar os seus resultados. A discussão sobre o potencial de a AIR contribuir com a prevenção da corrupção será apresentada a seguir, de acordo com as 4 etapas apresentadas.

4.1 Decisão de Realizar a AIR

De acordo com o modelo adotado no Brasil, a administração pública federal deve realizar AIR quando formular propostas de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários de serviços prestados. A AIR deverá conter informações e dados sobre os possíveis efeitos dos atos normativos (BRASIL, 2019a, 2019b).

A Análise do Impacto Regulatório (AIR) é um instrumento que contribui para a melhoria da qualidade regulatória. É uma metodologia que sistematiza a análise do tema, a coleta e a análise dos dados; identifica alternativas comparando seus custos

e benefícios; e aborda o impacto de cada alternativa. Trata-se, portanto, de uma importante ferramenta de apoio à decisão sobre a intervenção ou não intervenção em determinado setor (BRASIL, 2021, p.23)

A legislação criou algumas exceções, situações nas quais não deve ser realizada AIR. De modo geral, a AIR não alcança decretos presidenciais e atos que: i) sejam submetidos ao Congresso Nacional; ii) tenham natureza administrativa; iii) tenham efeitos concretos e destinatários individualizados, iv) disponham sobre execução orçamentária e financeira; v) disponham estritamente sobre política cambial e monetária; vi) disponham sobre segurança nacional; e vii) que visem a consolidar outras normas, sem alteração de mérito (BRASIL, 2020).

Além disso, há situações nas quais a administração pública pode dispensar a realização de AIR, desde que a situação se enquadre em algumas destas hipóteses: i) urgência; ii) ato que discipline matéria definida em norma superior e que não permita diferentes alternativas regulatórias; iii) ato considerado de baixo impacto; iv) ato que atualize ou revogue normas obsoletas; v) ato que vise preservar liquidez, solvência ou hígidez; vi) ato normativo que vise a

manter a convergência a padrões internacionais; vii) ato normativo que reduza custos regulatórios; viii) ato normativo que revise normas desatualizadas para adequá-las ao desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente (BRASIL, 2020).

Quando há a dispensa de AIR, cabe ao regulador o dever de tornar públicas as motivações consideradas para elaborar-se propostas regulatórias sem a execução das etapas previstas na AIR (BRASIL, 2020). Com base no modelo analítico utilizado no presente trabalho, verifica-se que a dispensa de AIR é um fator que enfraquece a prevenção da corrupção. Sem que as etapas de análise sejam executadas, há menor participação da sociedade no processo decisório (critério 6), prejuízo no monitoramento das ações dos reguladores (critério 1) e dos resultados esperados das políticas regulatórias (critério 2), bem como há re-

dução no espaço para que a sociedade apresente seus problemas e necessidades para o governo (critério 4).

Quando a AIR é dispensada, há maior probabilidade de conluio entre regulador e grupos da sociedade para o direcionamento de regulações em favor de determinados grupos.

4.2 Desenvolvimento do Relatório de AIR

Quando a AIR não é dispensada, o regulador inicia o desenvolvimento da análise e da elaboração do relatório. De acordo com o Decreto nº 10.411/20, o Relatório de AIR é o “ato de encerramento da AIR, que conterá os elementos que subsidiaram a escolha da alternativa mais adequada ao enfrentamento do problema” (BRASIL, 2020, Art. 2). O referido Decreto também estabelece os elementos mínimos que o Relatório de AIR deve conter (quadro 2).

QUADRO 2. ELEMENTOS DO RELATÓRIO DE AIR

ELEMENTO	DESCRIÇÃO
Sumário Executivo	Breve introdução à AIR, devendo ser empregada linguagem simples e acessível ao público geral
Identificação do Problema	Identificação do problema regulatório que se pretende solucionar, com a apresentação de suas causas e sua extensão
Identificação dos agentes afetados	Identificação dos agentes econômicos, dos usuários dos serviços prestados e dos demais afetados pelo problema regulatório identificado
Identificação da fundamentação legal	Levantamento da fundamentação legal que ampara a ação do órgão ou da entidade quanto ao problema regulatório identificado
Definição dos objetivos	Definição dos objetivos a serem alcançados pela política
Descrição das alternativas	Descrição das alternativas possíveis ao enfrentamento do problema regulatório identificado
Exposição dos impactos	Apresentação dos possíveis impactos das alternativas identificadas, inclusive quanto aos seus custos regulatórios
Manifestação sobre a Participação Social	Apresentação das considerações sobre eventuais processos de participação social
Mapeamento da Experiência Internacional	Mapeamento da experiência internacional quanto às medidas adotadas para a resolução do problema regulatório identificado
Identificação dos efeitos e riscos	Identificação dos efeitos e riscos decorrentes da regulação
Comparação das alternativas	Comparação das alternativas consideradas para a resolução do problema regulatório identificado
Descrição da estratégia para implementação	Descrição da estratégia que será adotada para implementação da alternativa sugerida

Fonte: Elaborado pelos autores a partir do Decreto nº 10.411/20

A condução da AIR como um estudo que contém os elementos ilustrados no quadro 2 pode oferecer racionalidade à tomada de decisão, melhoria de resultados econômicos e fortalecimento dos aspectos democráticos e de governança (PECI, 2011). Quando o regulador precisa apresentar o racional de análise proposto pela AIR, antes de promover uma intervenção governamental, a prática corrupta de ofertar regulações à determinados grupos pode ser dificultada.

Quando realiza a AIR, o regulador deve identificar um problema regulatório, baseado em evidências e na percepção da sociedade. O regulador deve também apresentar motivações que justifiquem a intervenção governamental (BRASIL, 2021). De acordo com o modelo analítico, trata-se de uma importante etapa para coibir soluções encomendadas para problemas inexistentes em contextos de corrupção. Para que aprove determinada regulação, o regulador precisa definir e evidenciar qual o problema que pretende enfrentar e este precisa atender às necessidades percebidas e indicadas pela sociedade (critério 4).

Além disso, na AIR, o regulador deve dar clareza aos objetivos que pretende alcançar com a política e poderá ser cobrado caso não os atinja. Nesta etapa, é importante que se adote indicadores robustos e quantificáveis que estabeleçam parâmetros para averiguação futura acerca do sucesso da política (BRASIL, 2021). Por meio destes parâmetros, os reguladores podem ser cobrados e responsabilizados por suas decisões, o que poderá desincentivar condutas corruptas (critério 2). Importante esclarecer que a AIR não vincula a tomada de decisão. A regulação adotada pode diferir da alternativa regulatória sugerida na análise. Nesse caso, o potencial de a AIR contribuir com a prevenção da corrupção será menor, uma vez que, os parâmetros de monitoramento previstos na AIR podem não ser aplicáveis.

A análise de impacto também preconiza que o regulador deve identificar quais agentes são beneficiados e prejudicados pelas propostas de regulação em análise. O regulador deve envolver os variados segmentos da sociedade com vistas a obtenção e compartilhamento de informações sobre custos, impactos, benefícios esperados, entre outras questões fundamentais para a tomada de decisão (BRASIL, 2021). O compromisso de envolver os agentes afetados no desenvolvimento da AIR pode constranger os reguladores que esperam favorecer determinados grupos (critério 6).

Ainda, o regulador deve apresentar diferentes alternativas de ação para enfrentamento do problema. A política regulatória sugerida deve se mostrar a mais adequada para a sociedade (BRASIL, 2021). Trata-se de um procedimento que torna dispendioso ao regulador manobrar ou manipular informações para criar uma regulação que atenda ao pedido de grupos pré-determinados. A AIR pode inibir o caminho em que o regulador oferta políticas regulatórias imediatas, direcionadas e milagrosas, uma vez que suas escolhas passam a ser transparentes, acompanhadas e monitoradas (critério 1).

4.3 Decisão sobre o Relatório de AIR

Após a realização da AIR, os resultados da análise devem ser registrados em relatório que deve ser apreciado pelo regulador. Ele pode adotar a alternativa regulatória indicada na análise, solicitar complementação da análise ou adotar alternativa contrária àquela sugerida pelo relatório. Caso o regulador opte por uma alternativa de ação diferente daquela que se destacou como a “mais adequada” na análise de impacto, ele deve justificar e motivar sua decisão (BRASIL, 2020).

Neste aspecto, cabe uma consideração. O Relatório de AIR não é vinculante. O regulador pode escolher caminhos distintos daqueles sugeridos pela análise, desde que justifique. Com base no modelo analítico, percebe-se que para dirimir a possibilidade de conluio entre o regulador e determinados grupos, é indicado que a apreciação do relatório seja feita por um colegiado (critério 3). Para as agências reguladoras federais, esta exigência já está prevista na Lei nº 13.848/19 (BRASIL, 2019b). Para os outros órgãos da administração que elaboram regulações, não há esta obrigação legal. No entanto, é recomendável que estes órgãos estabeleçam este tipo de governança e prática para prevenir práticas corruptas.

Além disso, é importante que a sociedade possa contribuir e contestar o Relatório de AIR e a decisão dos reguladores. Sobre este ponto, o modelo de AIR do Brasil mostrou-se pouco efetivo e não previu obrigatoriedade de envolvimento da sociedade antes da decisão sobre o Relatório de AIR (critério 6). Conforme aponta o modelo analítico, é fortemente desejável que haja amplo processo participativo durante a AIR. É indicado que o regulador delibere sobre o Relatório de AIR apenas após ouvir as percepções da sociedade sobre ele.

4.4 Publicação do Relatório de AIR

Para que a administração pública invista no monitoramento das ações e resultados da regulação e em espaços de contestação da sociedade sobre a AIR, é fundamental que os documentos e relatórios sejam públicos e elaborados com linguagem simples e acessível (critério 5). No Brasil, a legislação demonstrou clara preocupação com a transparência e instituiu procedimentos específicos que tornam obrigatória a publicação dos Relatórios de AIR no sítio eletrônico das instituições públicas, em local de fácil acesso. As instituições devem manter um banco público com todos os seus relatórios de AIR disponíveis para consulta da sociedade (BRASIL, 2020).

A mesma preocupação não é verificada quanto ao aspecto da linguagem. Como a AIR possui, muitas

vezes, caráter técnico-metodológico pouco compreendido por cidadãos não especializados, o envolvimento deles na análise exigiria linguagem acessível e simples. Nesse sentido, como a legislação não foi rigorosa, é importante que o regulador estabeleça, na prática, diferentes mecanismos participativos e utilize variados canais de comunicação e linguagens de modo a alcançar diferentes públicos participativos (NABATCHI, 2010; SAAB et al., 2018).

4.5 Síntese dos Achados

Essa seção sintetiza se os critérios do modelo de análise foram ou não atendidos e, conseqüentemente, se a AIR adotada no Brasil tem potencial para prevenir a corrupção no desenvolvimento de políticas regulatórias no país (quadro 3).

QUADRO 3. SÍNTESE DOS ACHADOS

CRITÉRIO	ATENDIDO
1. A AIR deve permitir que a sociedade monitore as ações dos reguladores ao longo das etapas de desenvolvimento das políticas regulatórias	Sim
2. A AIR deve permitir que a sociedade conheça os resultados esperados e acompanhe os resultados alcançados pelas políticas regulatórias	Sim
3. A decisão sobre a melhor alternativa regulatória deve ser tomada por um colegiado de reguladores	Parcialmente
4. A AIR deve oferecer espaço para cidadãos apresentarem seus problemas e necessidades para que os reguladores possam avaliar a adoção de novas políticas públicas	Parcialmente
5. Os Relatórios de AIR e demais documentos relacionados à análise devem ser públicos, legíveis e de fácil acesso pela sociedade	Parcialmente
6. No âmbito da AIR, deve haver espaços para que a sociedade conteste a atuação dos reguladores durante a formulação das políticas regulatórias	Parcialmente

Fonte: Elaborado pelos autores

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os resultados da pesquisa mostraram que a AIR adotada no Brasil não é a solução para a corrupção no país, mas pode ajudar a inibir práticas corruptas no âmbito do desenvolvimento de políticas regulatórias.

Verificou-se que com a adoção da AIR pode haver fortalecimento da capacidade de a sociedade monitorar as ações dos reguladores (critério 1) e acompanhar os resultados esperados da regulação (critério 2), em particular, quando os reguladores adotam a alternativa regulatória proposta pela AIR. No entanto, também se verificou que há alguns elementos que precisam ser implementados ou aperfeiçoados para

que o uso da AIR tenha maior potencial na prevenção da corrupção no Brasil.

Para que a tomada de decisão seja compartilhada por um colegiado de reguladores e reduza a possibilidade de conluio entre eles e grupos de interesse (critério 3), é necessário que o país adote, para todas as instituições que fazem políticas regulatórias, o mesmo que a legislação exige das agências reguladoras. A deliberação sobre o Relatório de AIR deve ser feita por um órgão colegiado. Além disso, o país precisa adotar medidas adicionais à prevista na legislação quanto à linguagem utilizada nos relatórios. Além de tornar públicos os relatórios, os reguladores precisam utilizar diferentes canais de comunicação e adotar linguagem adequada para alcançar diferentes

grupos da sociedade (critério 5). Apesar de a legislação brasileira ainda não instituir a participação social como obrigatória ao longo da AIR, é fundamental que essa ação seja realizada para que a sociedade possa apresentar suas necessidades (critério 4) e constatar os resultados da AIR (critério 6).

Do ponto de vista prático, os resultados desta pesquisa podem ajudar a identificar algumas medidas a serem adotadas por instituições públicas brasileiras para que a AIR contribua com a prevenção da corrupção em regulação. Do ponto de vista teórico, a presente pesquisa apresentou como principal contribuição um modelo analítico inédito que pode explorar possibilidades de a AIR contribuir com a prevenção da corrupção em variados contextos e re-

alidades. O modelo mostrou-se útil para a condução da investigação realizada.

A principal limitação desta pesquisa foi o seu caráter ainda exploratório, tendo em vista o ineditismo do tema e a impossibilidade de comparação dos seus resultados com estudos anteriores. Para que mais conhecimento sobre o tema seja gerado, sugere-se novas pesquisas que aperfeiçoem e apliquem o modelo analítico proposto em diferentes realidades. Além disso, são indicados novos estudos que avaliem, em que medida, a adoção da AIR se relaciona com a diminuição de atos corruptos e como esse fenômeno acontece na prática. A adoção obrigatória da AIR no Brasil, em 2021, poderá oportunizar a condução desse tipo de investigação no país, nos próximos anos.

REFERÊNCIAS

- ADELLE, C. et al. Regulatory impact assessment: a survey of selected developing and emerging economies. *Public Money and Management*, v. 36, n. 2, p. 89–96, 2016.
- ANDRADE, M. D. DE; NETO, L. A. DE P. A. Por que é tão complicada a aplicação efetiva do processo de *accountability* no Brasil? *Quaestio Iuris*, v. 12, n. 1, p. 122–143, 2019.
- AQUILA, G. et al. Quantitative regulatory impact analysis: Experience of regulatory agencies in Brazil. *Utilities Policy*, v. 59, n. January, p. 100931, 2019.
- BAHOO, S.; ALON, I.; PALTRINIERI, A. Corruption in international business: A review and research agenda. *International Business Review*, v. 29, n. 4, p. 101660, 2020.
- BALLANTINE, B.; DEVONALD, B. Modern regulatory impact analysis: The experience of the European Union. *Regulatory Toxicology and Pharmacology*, v. 44, n. 1, p. 57–68, 2006.
- BARDIN, L. *Content Analysis*. São Paulo: Edições 70, 2011.
- BRASIL. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*, 2019a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>
- BRASIL. *Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019*, 2019b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm>
- BRASIL. *Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020*, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Decreto/D10411.htm>
- BRASIL. *Guia para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR), 2021*. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/reg/noticias/seae-lanca-novo-guia-de-analise-de-impacto-regulatorio>>
- CARVALHO, B. E. DE; MARQUES, R. C.; NETTO, O. C. Regulatory Impact Assessment (RIA): from the State of Art until Conceptual and Framework Proposal Model. *Journal of Contemporary Management*, v. 6, n. 1, p. 111–126, 2017.
- CAVAZOS, D. E.; RUTHERFORD, M. A. Applying firm attention theory to assess the antecedents of firm participation in regulatory processes. *Review of Managerial Science*, v. 11, n. 2, p. 395–410, 2017.
- DA SILVA, W. R. Reflexões sobre o Combate à Corrupção no Brasil e nos EUA. *Revista da CGU*, v. 9, p. 120, 2009.
- DAL BÓ, E. Regulatory capture: A review. *Oxford Review of Economic Policy*, v. 22, n. 2, p. 203–225, 2006.
- EISENHARDT, K. M. Agency Theory: An Assessment and Review. *The Academy of Management Review*, v. 14, n. 1, p. 57, jan. 1989.

- FARRANHA, A. C.; BATAGLIA, M. B. Governança e administração pública: o uso de tecnologias para a prevenção da corrupção e promoção da transparência. *Revista da CGU*, v. 11, n. 18, p. 1075–1097, 2019.
- FRITSCH, O. et al. Comparing the content of regulatory impact assessments in the UK and the EU. *Public Money and Management*, v. 33, n. 6, p. 445–452, 2013.
- GIL, A. C. *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. [s.l.: s.n.].
- GODOI, C. K.; BANDEIRA-DE-MELLO, R.; DA SILVA, A. B. *Pesquisa Qualitativa em Estudos Organizacionais*. [s.l.] Editora Saraiva, 2006.
- HEYWOOD, P. Political corruption: Problems and perspectives. *Political Studies*, v. 45, n. 3, p. 417–435, 1997.
- HILL, C. W. L.; JONES, T. M. Stakeholder - Agency Theory. *Journal of Management Studies*, v. 29, n. 2, 1992.
- HOLCOMBE, R. G.; BOUDREAUX, C. J. Regulation and corruption. *Public Choice*, v. 164, n. 1–2, p. 75–85, 2015.
- HUGÉ, J.; WAAS, T. Converging impact assessment discourses for sustainable development: The case of Flanders, Belgium. *Environment, Development and Sustainability*, v. 13, n. 3, p. 607–626, 2011.
- JACOBS, S. Regulatory impact assessment and the economic transition to markets. *Public Money and Management*, v. 24, n. 5, p. 283–290, 2004.
- KHARISOVA, R. R. et al. Methodological approaches to assessing the regulatory impact of the state in the innovation development sphere of market services. *Journal of Sustainable Development*, v. 8, n. 3, p. 194–202, 2015.
- KIRKPATRICK, C.; PARKER, D.; ZHANG, Y. F. Regulatory impact assessment in developing and transition economies: A survey of current practice. *Public Money and Management*, v. 24, n. 5, p. 291–296, 2004.
- KOVAČ, P. Between theoretical principles and practice in slovene regulatory impact assessment procedures. *Review of Central and East European Law*, v. 42, n. 2–3, p. 215–250, 2017.
- LAFFONT, J.-J.; MARTIMORT, D. Separation of Regulators against Collusive Behavior. *The RAND Journal of Economics*, v. 30, n. 2, p. 232, 1999.
- LOWI, T. J. Four Systems of Policy, Politics, and Choice. *Public Administration Review*, v. 32, n. 4, p. 298, jul. 1972.
- MCCUBBINS, M. D.; NOLL, R. G.; WEINGAST, B. R. Administrative procedures as instruments of political control. *Journal of Law, Economics, and Organization*, v. 3, n. 2, p. 243–277, 1987.
- MENEGUIN, F. B.; SAAB, F. Análise de Impacto Regulatório: Perspectivas a partir da Lei da Liberdade Econômica. *Textos para Discussão, Senado*, n. 271, 2020.
- NABATCHI, T. Putting the 'Public' Back in Public Values Research: Designing Public Participation to Identify and Respond to Public Values. *Kupa.Ku.Edu*, v. 72, n. 315, p. 699–708, 2010.
- OLSSON, S. A. Corruption and Political Participation: A Multilevel Analysis. *QoG Working Paper Series*, n. November, 2014.
- PARKER, D.; KIRKPATRICK, C. Regulatory Impact Assessment in Developing Countries. In: *Regulatory Impact Assessment*. [s.l.] Edward Elgar Publishing, 2004. v. 344p. 171–189.
- PECI, A. Avaliação do impacto regulatório e sua difusão no contexto brasileiro. *Revista de Administração de Empresas*, v. 51, n. 4, p. 336–348, 2011.
- POGREBINSCHI, T.; VENTURA, T. Mais Participação, Maior Responsividade? As Conferências Nacionais de Políticas Públicas e a Qualidade da Democracia no Brasil. *Dados*, v. 60, n. 1, p. 7–43, 2017.
- POSNER, R. *Theories of Economic Regulation*. Cambridge, MA: [s.n.]. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w0041.pdf>>.
- POWELL, G. B. The chain of responsiveness. *Journal of Democracy*, v. 15, n. 4, p. 91–105, 2004.
- RADAELLI, C. M. Getting to grips with quality in the diffusion of regulatory impact assessment in Europe. *Public Money and Management*, v. 24, n. 5, p. 271–276, 2004.
- RADAELLI, C. M. Desperately seeking regulatory impact assessments: Diary of a reflective researcher. *Evaluation*, v. 15, n. 1, p. 31–48, 2009.
- RADAELLI, C. M. Rationality, Power, Management and Symbols: Four Images of Regulatory Impact Assessment. *Scandinavian Political Studies*, v. 33, n. 2, p. 164–188, 2010.

- REYES, R.; ROMANO, A.; SOTTILOTTA, C. E. Regulatory Impact Assessment in Mexico: A Story of Interest Groups Pressure. *Law and Development Review*, v. 8, n. 1, p. 99–121, 2015.
- ROTHER, E. T. Revisão sistemática X revisão narrativa. *Acta Paulista de Enfermagem*, v. 20, n. 2, p. v–vi, 2007.
- SAAB, F. et al. Does public consultation encourage social participation? *Journal of Enterprise Information Management*, p. JEIM-11-2017-0169, 2018.
- SNYDER, J. M. on Buying Legislatures. *Economics & Politics*, v. 3, n. 2, p. 93–109, 1991.
- STARONOVA, K. Regulatory impact assessment in Slovakia: performance and procedural reform. *Impact Assessment and Project Appraisal*, v. 34, n. 3, p. 214–227, 2016.
- STIGLER, G. J. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, p. 3–21, 1971.
- TAYLOR, M. M. Alcançando a Accountability: uma abordagem para o planejamento e implementação de estratégias anti-corrupção. *Revista da CGU*, p. 1311–1330, 2019.
- VIBERT, F. The limits of regulatory reform in the EU. *Economic Affairs*, v. 26, n. 2, p. 17–21, jun. 2006.
- VOROZHBIT, O.; SAMSONOVA, I.; KORNIENKO, K. A. Conceptual model of implementation of regulatory impact assessment at the regional level. *Middle East Journal of Scientific Research*, v. 14, n. 8, p. 1090–1093, 2013.
- YIN, R. K. *Pesquisa Estudo de Caso - Desenho e Métodos*. 2 ed. ed. Porto Alegre, Brasil: Bookman, 1994.

**Flavio Saab**<https://orcid.org/0000-0002-3913-4175>

Universidade de Brasília – UnB e Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa
flaviosaab@gmail.com

Graduado em Economia, Mestre em Administração e Doutorando em Administração, pela Universidade de Brasília – UnB. É servidor público federal da carreira de Especialista em Regulação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa e professor colaborador do Departamento de Gestão de Políticas Públicas da UnB.

**Suylan de Almeida Midlej e Silva**<https://orcid.org/0000-0002-9395-3657>

Universidade de Brasília – UnB
suylan00@gmail.com

Doutora em Sociologia pela Universidade de Brasília – UnB, com mestrado em Comunicação e Cultura Contemporâneas pela Universidade Federal da Bahia – UFBA e graduação em Comunicação Social pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG. É Professora Adjunta do Departamento de Gestão de Políticas Públicas e do Programa de Pós-Graduação em Administração da UnB.

Projeto de “Avaliação das Capacidades Institucionais para Regulação - CGU/UNOPS”: metodologia para a construção do I-CIR¹

Project “Assessment of Institutional Capabilities for Regulation - CGU/UNOPS”: methodology for the construction of the I-CIR

Proyecto “Evaluación de Capacidades Institucionales para la Regulación - CGU/UNOPS”: metodología para la construcción del I-CIR

Franciele Cristina Medrado² e Eduardo Vitor de Souza Leão³

<https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v13i24.443>

Resumo: Este relato técnico tem por objetivo apresentar a construção da metodologia para criação do Indicador de Capacidade Institucional para Regulação (I-CIR), proveniente do projeto de Avaliação das Capacidades Institucionais para Regulação, fruto da cooperação técnica entre a Controladoria-Geral da União (CGU) e o Escritório das Nações Unidas de Serviços para Projetos (UNOPS). O pressuposto para a viabilização do projeto veio de que a estabilidade regulatória e a preservação dos contratos seriam elementos essenciais para a atração de investimentos de longo prazo e o consequente desenvolvimento econômico nacional. Em um contexto nacional de necessidade de ajustes estatais para fomentar a atração de investimentos privados para o desenvolvimento da infraestrutura no país, o que consequentemente proveria um estímulo à atividade econômica, é relevante destacar que a revelação de falhas de governança e de gestão regulatória pode causar a desconfiança de investidores nacionais e estrangeiros acerca da credibilidade para se investir em projetos na nação. Para a aplicabilidade da ferramenta, é necessário o levantamento de informações por meio de entrevistas, tratamento e análise de dados documentais, coletados por meio dos sítios eletrônicos e dos relatórios de gestão anual das agências reguladoras federais, bem como da documentação encaminhada pelos próprios avaliados. Os resultados da aplicação dos pilotos apontaram que houve engajamento dos avaliados para identificar os seus principais gargalos de governança e gestão regulatória e a metodologia construída demonstrou a robustez necessária para a ampliação da avaliação nos demais órgãos reguladores. Como principais contribuições, espera-se que o projeto seja capaz de auxiliar na ampliação das capacidades institucionais dos órgãos reguladores federais, estaduais e municipais por meio de capacitações, intercâmbio de boas práticas, seminários e *road maps* (metas de desenvolvimento).

Palavras-chave: Governança regulatória; Capacidade regulatória; Indicadores; Transparência e controle social.

Abstract: This technical report aims to present the construction of the Institutional Capacity for Regulation Indicator (I-CIR)’s methodology, from the Assessment of Institutional Capacity for Regulation project, as a result of technical cooperation between the Office of the Comptroller General of the Union (CGU) and the United Nations Office of Project Services (UNOPS). The assumption of the project came from the regulatory stability and preservation of contracts included as essential elements for attracting long-term investments and then the national economic development. In a national context of state adjustments to encourage the attraction of private investments for the development of infrastructure, which would consequently provide a stimulus to

1 Artigo submetido em 09/07/2021 e aprovado em 25/09/2021.

2 Universidade de Brasília (UnB)

3 Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)

economic activity, it is important to highlight that the disclosure of failures in governance and regulatory management can cause the distrust of national and foreign investors about the credibility to invest in projects. For the tool's applicability, it is necessary to gather information through identification, processing, and analysis of documentary data, collected through electronic websites and annual management reports of regulatory agencies, as well as documents sent by them. The results of the application of the pilots demonstrated that there was engagement to identify main bottlenecks in governance and regulatory management and the methodology demonstrated the necessary robustness for the extension of the assessment in other regulatory bodies. As main contributions, it is expected that the project will be able to help expand the institutional capabilities of federal, state and municipal regulatory bodies through training, exchange of good practices, seminars and road maps.

Keywords: Regulatory governance; regulatory capacity; Indicators; Transparency and social control.

Resumen: Este informe técnico tiene como objetivo presentar la construcción de la metodología para la creación del Indicador de Capacidad Institucional para la Regulación (I-CIR), a partir del proyecto de Evaluación de la Capacidad Institucional para la Regulación, como resultado de la cooperación técnica entre la Contraloría General de la Federación (CGU) y la Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas (UNOPS). El supuesto de viabilidad del proyecto provino de la estabilidad regulatoria y la preservación de los contratos incluidos como elementos esenciales para la atracción de inversiones de largo plazo y el consecuente desarrollo económico nacional. En un contexto nacional de necesidad de ajustes estatales para incentivar la atracción de inversiones privadas para el desarrollo de infraestructura en el país, lo que en consecuencia brindaría un estímulo a la actividad económica, es importante resaltar que la divulgación de fallas en la gobernabilidad y gestión regulatoria puede provocar la desconfianza de inversionistas nacionales y extranjeros sobre la credibilidad para invertir en proyectos en la nación. Para la aplicabilidad de la herramienta, es necesario recabar información a través de la identificación, procesamiento y análisis de datos documentales, recolectados a través de sitios electrónicos e informes anuales de gestión de las agencias reguladoras federales, así como documentos enviados. Los resultados de la aplicación de los pilotos mostraron que hubo compromiso de los adoptados para identificar sus principales cuellos de botella en la gobernanza y la gestión regulatoria y el estándar definió la robustez necesaria para la expansión de la evaluación en otros organismos reguladores. Como aportes principales, se espera que el proyecto ayude a ampliar las funciones institucionales de los organismos reguladores federales, estatales y municipales a través de capacitaciones, intercambio de buenas prácticas, seminarios y metas de desarrollo.

Palavras-chave: Governança regulatoria; Capacidade reguladora; Indicadores; Transparência y control social.

1. INTRODUÇÃO

Em um contexto nacional de necessidade de ajustes estatais para fomentar a atração de investimentos privados para o desenvolvimento da infraestrutura no país, o que consequentemente proveria um estímulo à atividade econômica, é relevante destacar que a revelação de falhas de governança e de gestão regulatória pode causar a desconfiança de investidores nacionais e estrangeiros acerca da credibilidade para se investir em projetos na nação. Neste sentido, Pó (2009) afirma que a estabilidade regulatória e a preservação dos contratos seriam elementos essenciais para a atração de investimentos de longo prazo e o consequente desenvolvimento econômico nacional. Em seus estudos, Pó defendeu que a estabilidade regulatória é um fator determinante para a credibilidade, e que com a sua existência seria pos-

sível que as empresas mantivessem a saúde econômica e financeira nos projetos desenvolvidos.

Ao se tratar de temas afetos à regulação econômica é importante conceituar primeiramente o que é governança regulatória, base teórica para análises temáticas de qualidade e capacidade regulatória. O termo “governança regulatória” é amplamente conhecido como as condições estabelecidas para a aplicação de leis e contratos pelos reguladores, podendo ser caracterizada pelos componentes de autonomia (política e financeira), procedimentos para tomada de decisão e *accountability* (CORREA *et al.*, 2006). De outro modo, Cunha (2018a) conceitua governança regulatória da seguinte maneira:

Governança regulatória pode ser entendida como a maneira pela qual o Estado gerencia o emprego da regulação e orienta o funcionamento de órgãos reguladores ao longo do

ciclo de políticas públicas, mediante a interação entre um conjunto de atores-chave, estatais e não estatais.

Já a qualidade regulatória, por sua vez, engloba uma série de dimensões e atributos, tais como a autonomia decisória de órgãos reguladores, a transparência de seus procedimentos e o uso de métodos de calibragem e aferição de impacto das iniciativas de intervenção. Tais elementos possuem relação direta com os conceitos de “boa governança regulatória”. Em outras palavras, a governança regulatória poderia ser instrumentalizada por meio da aplicação de elementos e atributos de qualidade regulatória (ou *better regulation*). (CUNHA, 2018a).

O estudo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento - OCDE (2008a) apresenta uma forte ligação entre o desempenho econômico de um país a longo prazo e a qualidade do seu marco regulatório. A Recomendação 0390 do Conselho de Política Regulatória e Governança da OCDE reconhece que uma regulação adequada é um instrumento para promover a prosperidade econômica, aumentar o bem-estar e promover o interesse público. Justamente nesse contexto, o aumento da qualidade regulatória nas agências federais de infraestrutura no Brasil torna-se tema relevante principalmente no intuito de trazer à tona possíveis gargalos regulatórios que venham a intimidar a continuidade da atração de investimentos para o país.

Importante destacar ainda que em 2012 a OCDE emitiu uma “Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança”, o qual tratou sobre aspectos de qualidade regulatória e apresentou a atividade de política regulatória como sendo atribuição do governo como um todo, de modo a estar integrada dentro do ciclo de política regulatória: desenho, execução, análise e avaliação apoiada por instituições adequadas. Neste documento é enfatizada a necessidade de coordenação, de comunicação, de consulta e de cooperação para o alcance da melhoria da qualidade regulatória ao longo do ciclo da política pública (OECD, 2012).

A publicação de tal documento em 2012 possibilitou com que no exercício de 2017 a OCDE emitiesse um outro artigo sobre a “Política Regulatória na América Latina”, justamente tratando de uma análise conduzida acerca do status de aplicação das recomendações proferidas pelo Conselho de Política Regulatória e Governança da Organização. Destaca-se que os principais indicadores utilizados para a mensuração de qualidade regulatória nos governos latino-americanos foram: existência de uma política

regulatória explícita e publicada, coordenação intragovernamental, cooperação regulatória internacional, estratégia de comunicação para a qualidade regulatória, conformidade e aplicação, consulta pública e transparência, avaliação de impacto regulatório ex-ante, supervisão regulatória, simplificação administrativa, avaliação ex-post de regulação, objetivos mensuráveis e política de regulação baseada no desempenho (QUERBACH e ARNDT, 2017).

Em que pese a existência de estudos que apresentem a ausência de uma correlação positiva entre indicadores de qualidade regulatória e investimentos privados em infraestrutura por meio de dados da economia real (CUNHA, 2018b), no contexto de criação do Projeto de Avaliação da Capacidade Institucional para Regulação, entende-se que algumas variáveis institucionais de qualidade regulatória, embutidas nos ritos procedimentais de atuação das agências reguladoras, indicam compromisso com os investidores a serem atraídos para as concessões e privatizações. Ou seja, mesmo existindo algumas evidências de que esses elementos não determinam o resultado do jogo, a manutenção das aparências é essencial (PÓ, 2009).

Adicionalmente, Lodge *et al.* (2017) também pontuam que um dos primeiros objetivos que se busca satisfazer com a qualidade regulatória é a concepção de ferramentas que pretendam assegurar o aspecto de estabilidade regulatória, pois assim se torna mais propícia a atração de investimentos privados para o setor. Nesse ponto, justifica-se o Projeto de Avaliação da Capacidade Institucional para Regulação se valer de elementos de qualidade regulatória, considerando que ferramentas que atestem estabilidade regulatória estão relacionadas às capacidades institucionais de uma organização enquanto regras formais e procedimentos.

De acordo com Cunha (2016), a reforma regulatória promovida pelo Governo na década dos anos 90, associada a uma agenda de privatizações, modificou os arranjos institucionais regulatórios e permitiu a inserção de aspectos de inflexibilidade, associados à estabilidade e ao gradualismo. No entanto, por mais que tais aspectos tenham sua interface positiva, eles praticamente não permitem que sejam feitas reflexões críticas e ajustes necessários da atuação estatal ao longo do tempo.

Logo, é necessário também estabelecer o conceito de capacidade estatal, que está mais relacionado à resolução de problemas, de modo a fornecer melhor efetividade à ação pública. O Estado possui capacidades de entrega e de coordenação, além da

própria capacidade regulatória, se utilizando da necessidade de julgamento e da discricionariedade controlada no uso da regulação, buscando a assunção de compromissos críveis para o Governo, ao mesmo tempo que busca levar segurança jurídica ao investimento privado (Cunha *et al.*, 2016).

Ainda no sentido de contribuir para o incremento da efetividade das decisões estatais, Cunha *et al.* (2017) apresentam como essencial o estabelecimento do conceito de capacidades estatais, que seria o aumento do entendimento sobre as principais características da burocracia estatal capazes de favorecer a implementação de políticas públicas. Mais especificamente, seriam as habilidades estatais de monitorar e controlar as finanças, os recursos humanos, físicos e informacionais, no intuito de alcançar os seus objetivos de governo e, conceituando em um nível mais amplo, seriam os elementos relacionais que permitem negociação e conciliação entre múltiplos atores, sejam eles governamentais ou não governamentais.

Segundo Lodge e Wegrich (2009), uma regulação de alta qualidade está associada à criação de dispositivos procedimentais e organizacionais que visam canalizar as demandas por regulamentação e que permitem uma visão imparcial em relação aos problemas e suas probabilidades. Assim, a agenda para o estabelecimento de uma regulação de alta qualidade exige que os resultados obtidos possam ser rastreados até um conjunto de instrumentos consistentemente projetados e aplicados a partir de uma única perspectiva (LODGE e WEGRICH, 2009).

Pelo exposto, nota-se que o conceito de capacidade institucional para regulação seria mais abrangente que a própria noção de qualidade regulatória, vinculando-se à criação de inteligência regulatória com capacidade de emitir informações desde o início do processo decisório. Ou seja, a capacidade regulatória provê maior acurácia quanto a questões que impactarão as decisões em médio e longo prazo, havendo maior estímulo à sistematização das contribuições do quadro burocrático na construção das políticas públicas (Cunha *et al.*, 2016).

Portanto, para além dos conceitos de qualidade regulatória, o Projeto de Avaliação da Capacidade Institucional para Regulação aborda as noções de capacidade regulatória - que permitem uma discricionariedade controlada - as quais seriam plenamente aplicáveis para o desenvolvimento de uma coordenação regulatória governamental, aumentando o grau de coesão entre as diferentes esferas, e conse-

quentemente permitindo a melhoria da entrega de serviços públicos aos cidadãos.

Logo, o projeto em parceria entre a Controladoria-Geral da União (CGU) e o Escritório das Nações Unidas de Serviços para Projetos (UNOPS), então intitulado de Avaliação da Capacidade Institucional para Regulação, visa avaliar a capacidade institucional de diferentes órgãos reguladores das esferas federal, estadual e municipal, com a finalidade de diagnosticar o cenário atual e fomentar a melhoria da qualidade regulatória, de modo a aumentar a competitividade e produtividade do mercado e a qualidade do serviço prestado ao cidadão.

A construção da ferramenta abarcada pelo projeto vislumbra instituir o Indicador de Capacidade Institucional para Regulação (I-CIR), bem como apresenta os seguintes objetivos específicos: apoiar os órgãos reguladores a identificar gargalos em sua governança regulatória e oportunidades para superá-los por meio de planos de ação e capacitações; e fortalecer a capacidade institucional dos órgãos reguladores, de modo a propiciar um melhor ambiente de negócios. Os resultados esperados com a aplicação da ferramenta são: implementação de indicadores que estimulem os órgãos no aprimoramento de seus processos regulatórios; melhoria das capacidades estatais, nos diferentes entes federativos, visando a ampliação e o aperfeiçoamento das diversas fases de formatação de um projeto de parceria entre público e privado; e contribuição para o aumento da participação privada em investimentos de infraestrutura, componente fundamental para o crescimento sustentado do país (BRASIL, 2020).

Por todo o exposto acima, demonstra-se que o estabelecimento de indicadores que sejam capazes de indicar o estágio atual sobre a qualidade regulatória e um consequente indicativo para um plano de ação que propicie o seu aperfeiçoamento é um assunto estratégico e que deverá contribuir para a atração de investimentos privados que poderão subsidiar a retomada do crescimento econômico nacional.

2. DA CONSTRUÇÃO DA METODOLOGIA ADOTADA PARA O INDICADOR DE CAPACIDADES INSTITUCIONAIS PARA REGULAÇÃO (I-CIR)

O projeto desenvolvido para a instituição de um Indicador de Capacidades Institucionais para Regulação (I-CIR) possui uma abordagem metodológica qualitativa, utilizando técnicas de coleta, tratamento e análise de dados documentais, coletados por meio

de questionários e entrevistas. Para a construção do I-CIR, primeiramente foram realizadas pesquisas teóricas em referenciais nacionais e internacionais, os quais foram o embasamento para a construção do questionário a ser aplicado em agências reguladoras federais, estaduais e municipais.

É importante considerar que, no desenvolvimento deste projeto, ao utilizar como opção teórica os estudos desenvolvidos no âmbito da OCDE, inclusive as avaliações que foram efetuadas no contexto brasileiro, não se deve esquecer os argumentos trazidos e expostos por Baldwin (2010). Ou seja, um país, ao adotar alguma ferramenta relacionada à melhoria da qualidade regulatória, o faz por motivos e entendimentos que variam substancialmente de um para o outro e, neste sentido, Lodge e Wegrich (2009) alertam para o risco de que a busca por uma alta qualidade regulatória se torne meramente uma meta a ser alcançada e não ocorra uma análise mais aprofundada por cada país sobre qual a finalidade e técnica regulatória a ser utilizada por meio de uma aprendizagem mútua.

Ainda segundo Baldwin (2010), diferentes atores e organizações possuem múltiplos interesses e perspectivas sobre os atributos que compõem uma estrutura conceitual de qualidade regulatória. De acordo com o autor, tais atores aparentam ponderar o peso da regulação para encorajar a competitividade internacional e a relevância da indústria nacional. Para qualificar o debate no contexto brasileiro, cumpre exemplificar por meio do Relatório sobre a Reforma Regulatória no Brasil, publicado em 2008 pela OCDE (OECD 2008), cujas conclusões apontavam para a necessidade de que fossem realizadas melhorias nos marcos regulatórios para setores centrais de infraestrutura, como uma forma de se garantir o crescimento a longo prazo.

Finalmente, com base nas teorias estudadas, foram estabelecidas oito dimensões para a composição do indicador, que contou ao todo com um questionário de 39 questões, conforme explanado a seguir:

a. Dimensão competência e efetividade regulatória

Um dos pontos mais sensíveis para o sucesso de qualquer política regulatória é a coordenação entre diversos entes, a qual amplia o debate sobre qualidade regulatória e elenca subsídios de capacidades regulatórias. Enquanto nas agências reguladoras é possível observar as vantagens da existência de especialização nos assuntos e insulamento das pressões

eleitorais, por outro lado essa autonomia acaba por gerar tensões quando se pretende assegurar conformidade com os objetivos de governo mais amplos e representativos de sua base eleitoral, o que dificulta a obtenção de uma política consistente (KOOP; LODGE, 2014).

Segundo a OECD (2012), para o incremento de uma melhoria regulatória é necessário a instituição de mecanismos de coordenação entre diversos entes que porventura promovam intervenções regulatórias sobre determinada temática, de modo que ocorra uma harmonização de normas. Além disso, com vistas a superar a assimetria de informação e possibilitar que ocorra complementaridade regulatória, torna-se fundamental a instituição de mecanismos de transparência.

Em vista disso, uma das tendências da gestão pública caminha no sentido de tratar possíveis problemas relacionados à fragmentação e balconização das decisões amparadas na descentralização do aparato estatal. Por conseguinte, atualmente surgem as propostas de recentralização por meio da coordenação das ações entre os atores e de parcerias (CUNHA, 2017).

Essa preocupação também surge devido à primordialidade de que ocorra a coerência regulatória por meio da identificação de questões transversais em todos os níveis de governo. Para isso também é essencial que sejam estabelecidos critérios para a reavaliação de normas já existentes sobre o assunto, de modo a obter abordagens regulatórias que evitem a duplicação ou o conflito de normas (OECD, 2012).

b. Autonomia Decisória

Quando de sua criação nos meados da década de 1990, as agências reguladoras seriam novas instituições pautadas em um novo panorama político e administrativo no país, tendo sido desenhadas com o objetivo de serem providas de autonomia técnica, operacional e decisória, de modo que as "políticas de governo" não fossem capazes de interferir e comprometer em objetivos de mais longo prazo (PÓ, 2009).

Ainda em se tratando sobre melhoria na qualidade dos serviços prestados pelas agências reguladoras, as discussões tendem a tratar sobre o tecnicismo e a necessidade de autonomia de suas decisões. No entanto, o exercício de tal autonomia nem sempre é possível, sendo objeto de tensões recorrentes, o que ameaça a continuidade e a qualidade da regulação (FRANCO, 2017).

Por fim, em que pese as últimas reformas administrativas terem enfatizado os benefícios decorrentes da autonomia e discricionariedade decisória das agências reguladoras, tal como a estabilidade institucional, é necessário que também seja dada atenção para a possibilidade de fragmentação e falta de sinergia intragovernamental no caso de insulamento decisório dos reguladores, o que prejudicaria a coerência e coordenação governamental (CUNHA, 2017).

c. Autonomia Financeira

Segundo Nunes (2011), a autonomia financeira seria um elemento fundamental para garantir com que os reguladores tenham liberdade de imprimir regras estáveis para o mercado e realizar a sua função de fiscalização. Ademais, essa autonomia envolve questões relativas à previsibilidade de recursos orçamentários, condição essa que pode ser atingida por meio da previsão legal de receitas próprias adequadas e independência para prover a destinação de suas despesas.

Adicionalmente, Forman (2016) pondera que a receita arrecadada para o funcionamento das agências reguladoras deriva das indústrias reguladas por meio de recursos recolhidos para a prestação de serviços ao setor. No entanto, as agências federais são submetidas aos condicionamentos dos contingenciamentos que são impostos pela União e que, conseqüentemente, reduzem os valores disponibilizados para o seu regular funcionamento.

Portanto, a sistemática de contingenciamento dos recursos destinados às agências reguladoras é questionável a partir da existência de arrecadação de receitas próprias e vinculadas, o que leva à necessidade de uma reflexão crítica acerca do arcabouço institucional vigente e de possíveis meios que propiciassem aos órgãos reguladores serem dotados de uma efetiva e prática autonomia financeira (FGV-CERI, 2016).

d. Mecanismos de Controle

A transparência e a clareza das atividades realizadas na concretização de grandes projetos de infraestrutura são fundamentais para construir a confiança da população e para auxiliar no conhecimento e em como lidar com as demandas da sociedade civil, e conseqüentemente contribui para a indução de um controle social sobre as atividades executadas e os benefícios entregues à população (OECD, 2016).

Segundo a OECD (2017a), a política regulatória tem como objetivo central assegurar que a regulação está sendo desenhada e implementada de acordo com o interesse público. Tal objetivo apenas será alcançado com o auxílio daqueles que estão interessados na regulação discutida. Assim, uma formulação de políticas inclusiva faz parte de uma cultura de governança que permeia a ideia de uma administração pública aberta para contribuições das partes interessadas, com o intuito de desenhar melhores políticas, ampliando assim a tomada de decisão baseada em evidência.

Assim, um requerimento básico em termos de qualidade da regulação está na clareza do processo de decisão, principalmente no caso de assuntos técnicos. É fundamental que se explique ao público as decisões que estão sendo tomadas para assegurar o apoio e o entendimento daquilo que se pretende implementar, por meio da elaboração de audiências públicas, disseminação de relatórios e da construção de páginas web bem desenhadas (OECD, 2008a).

e. Fiscalização

Desde a construção do *Marco Legal dos Entes Reguladores*, aprovado pelo Conselho de Reforma do Estado (CRE) em 1996, é consenso que para uma política regulatória consistente devem ser estabelecidos critérios gerais para a criação de entidades de fiscalização e regulação de serviços públicos (RAMALHO, 2009).

Para que um projeto de concessão de infraestrutura logre êxito é premente o exercício de mecanismos de fiscalização dos contratos de concessão, de modo a assegurar a prestação do serviço público adequado, com níveis de desempenho satisfatório, inclusive prevendo a incidência de multas e penalidades para o caso de não cumprimento de cláusulas contratuais (PIRES, 1999).

Nota-se que seria apropriado que os reguladores avaliassem os efeitos da regulação no intuito de elaborar estratégias de *enforcement* e implementação responsiva das regras propostas. Para isso, as abordagens baseadas em risco de não cumprimento da regulação poderiam direcionar os procedimentos que serão resultantes em atividades de fiscalização, de modo a atingir as metas de cumprimento dos regimentos e reduzir a imposição de custos adicionais aos cidadãos (OECD, 2012).

f. Mecanismos de Gestão de Riscos

É primordial que os órgãos reguladores possam contar com mecanismos de *accountability* que sejam capazes de dar transparência tanto ao processo decisório como também aos seus resultados. De acordo com o *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission - COSO* (2007), para que uma gestão disponha de um processo capaz de alinhar os seus objetivos estratégicos com a sua missão institucional, entende-se como eficaz a ferramenta de gerenciamento de riscos. Soma-se a isso que os controles internos aplicados são os instrumentos adotados para que tais objetivos sejam satisfatoriamente alcançados.

Ademais, Salgado e Fiuza (2015) afirmam que o risco e a regulação possuem uma alta inter-relação e que, em uma avaliação de impacto regulatório para uma nova regulação, por exemplo, seria importante a consideração desses riscos e de quais seriam as suas consequências caso se efetivem. Ademais, segundo o Relatório Hampton, que estabeleceu princípios-chave que alicerçam uma boa regulação, seria recomendável a adoção de uma regulação mais baseada em riscos (HAMPTON, 2005).

Finalmente, a avaliação de riscos deve ser a base para a introdução de todas as novas regulações e programas. A análise adequada dos riscos permite o direcionamento de esforços dos reguladores nas áreas mais necessárias, permitindo a redução de encargos administrativos e aperfeiçoando assim os resultados regulatórios (HAMPTON, 2005).

g. Análise de Impacto Regulatório (AIR)

Outro elemento importante para assegurar a qualidade regulatória poderia ser traduzido na Análise de Impacto Regulatório (AIR). Baldwin, Cave e Lodge (2012) explicam que ao se avaliar propostas, regimes e regras de políticas regulatórias é necessário se atentar para uma análise sobre os custos e benefícios esperados. Esta seria a ideia central da AIR.

A AIR aumenta a *accountability* do Governo na medida em que eleva a transparência das decisões e encoraja a formulação de políticas baseadas em evidências, o que auxilia na entrega de uma regulação mais efetiva (NAO, 2007). Organismos internacionais destacam que a AIR tem o potencial de fortalecer a governança regulatória e consequentemente a melhoria da competitividade do país, bem como apoiar a difusão de uma linguagem comum em termos de regulação (PECI, 2011).

Segundo a OECD (2008b), existem algumas questões que podem auxiliar o formulador de políticas a refletir acerca de temas centrais para o desenho e implementação de uma AIR, tais como a maximização política do envolvimento com a AIR, a alocação de responsabilidades para a implementação de uma AIR, o treinamento dos reguladores, a utilização de um método consistente porém flexível, o desenvolvimento e implementação de estratégias de coleta de dados, a integração da AIR desde o início do processo de formulação de políticas, a comunicação dos resultados, o envolvimento da sociedade civil de maneira extensiva e a aplicação da AIR tanto para as atuais quanto para as novas regulações.

h. Regulação de Contratos

Setores de infraestrutura são tipicamente caracterizados por falhas de mercado. Portanto, quando há ausência de um marco regulatório adequado, tais falhas tendem a comprometer os objetivos de política pública, como a modicidade tarifária e o estímulo eficiente a investimentos. Para minimizar a ocorrência dessas situações são apresentados os mecanismos abarcados por meio da teoria de regulação econômica, que podem ser caracterizados, inclusive, por meio de uma relação contratual, visando respeitar o equilíbrio econômico-financeiro das empresas e aproximar os resultados obtidos nos setores econômicos àqueles que seriam na ausência de tais falhas (FIUZA, CAMACHO, 2012).

Isto posto, é mister salientar que existem inúmeros fatores envolvidos na estruturação de grandes projetos, com variáveis desconhecidas, riscos e incertezas, características que acabam por categorizar o contrato de parceria público-privada como um contrato incompleto. Considera-se que, para além da inclusão de novos investimentos, tais contratos poderiam sofrer outras alterações relacionadas ao escopo dos serviços prestados - desde que preserve a sua natureza principal (MASTROBUONO, 2019).

No entanto, de acordo com Sousa e Pomper-mayer (2016), um contrato mal construído também abre margens para renegociações e para um ambiente de incertezas. Deste modo, existe a necessidade de que ocorra uma fase de planejamento, com uma avaliação prévia para a tomada de decisão na seleção de projetos em que seriam viáveis a assinatura de contratos de parcerias público-privadas. Importante destacar que os métodos de seleção de projetos visam avaliar e/ou comparar os benefícios e custos entre si. Os chamados estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental (EVTEA's) são uma

importante ferramenta utilizada pelos órgãos governamentais para balizar a tomada de decisão sobre investimentos pois, além da análise de custo-benefício, o seu objetivo é também a redução dos riscos dos investimentos, mitigando eventuais fracassos de projetos sem potencial técnico ou econômico (SOUSA; POMPERMAYER, 2016).

Cumpra destacar que, para essa dimensão, a capacidade institucional para lidar com intercorrências em contratos de concessão vai além dos conceitos de qualidade regulatória, ao passo que eventuais problemas cujos limites institucionais não respondam automaticamente culminarão na necessidade de ação do Estado por meio de coordenação governamental (CUNHA *et al.*, 2016).

2.1. Elaboração do questionário e formação do I-CIR

Para cada uma das dimensões acima destacadas, foram elaboradas perguntas dicotômicas (sim ou não) e/ou perguntas utilizando a escala *Likert* em uma variação de 1 a 5, a depender da quantidade de itens aplicáveis a cada agência reguladora. No intuito de testar a validade e aplicabilidade das questões propostas, foram empregados métodos qualitativos anteriormente à aplicação de pilotos em agências reguladoras aleatórias. Na escolha dos entes para a realização dos pilotos, primeiramente, buscou-se a representatividade das três esferas – federal, estadual e municipal, para testar a sensibilidade do índice em diferentes contextos, e em seguida, a disponibilidade e interesse em contribuir com o projeto.

Isto posto, para a validação das perguntas propostas, que compunham o indicador I-CIR, foi realizado um *workshop* com profissionais que possuíam ampla experiência no setor público lidando com a temática de regulação (doutores, gestores, pesquisadores e especialistas de agências reguladoras com mais de dez anos de experiência, líderes e disseminadores do tema em órgãos públicos como Casa Civil da Presidência da República, Secretaria Executiva da Câmara de Comércio Exterior - CAMEX, Agências Reguladoras Federais, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, órgãos de controle como Tribunal de Contas da União – TCU e Controladoria-Geral da União - CGU). Os objetivos dessa validação foram, primeiramente, testar as perguntas propostas e depois colher outros aspectos relevantes a serem testados. Nesse debate observou-se uma representatividade considerável de atores importantes no cenário de regulação no País.

Após o debate, foi encaminhada uma matriz de correlação aos participantes, de modo que fosse possível identificar qualitativamente perguntas que pudessem resultar na mesma mensuração para a construção do indicador. Com isso foi possível ter um refinamento sobre a qualidade e a quantidade de questões a constituírem o I-CIR.

Em um segundo momento, o questionário foi disponibilizado por meio da ferramenta *Limesurvey* a 220 (duzentos e vinte) especialistas da área de regulação (servidores, professores, pesquisadores e profissionais do mercado privado) para mensurar o grau de relevância das questões apresentadas para avaliar a maturidade regulatória de uma organização. Importa destacar que 84,5% dos respondentes possuíam ao menos uma especialização, sendo um percentual de 38,5% com mestrado e 11% com doutorado. Quanto à experiência, destaca-se que 34,5% possuíam mais de 12 anos atuando com a temática de regulação. Com relação à representatividade, 50% dos respondentes representavam a esfera federal, 35% a esfera estadual, 8% a esfera municipal e os 7% restantes representavam as universidades e setor privado. Por fim, os setores mais representados pelos respondentes foram: transportes, energia, telecomunicações e água e saneamento.

Dessa forma, o projeto de criação do índice buscou a discussão com especialistas sobre o tema e a representatividade das diferentes esferas e setores da economia, visando uma metodologia que refletisse a percepção dos atores envolvidos no tema regulação.

As respostas obtidas foram subsídio para mais um aprimoramento sobre quais questões seriam mantidas para a construção do indicador I-CIR, que ficou dividido em 8 dimensões:

COMPETÊNCIA E EFETIVIDADE REGULATÓRIA	AVALIA ASPECTOS DE COORDENAÇÃO, COMPETÊNCIAS, HARMONIZAÇÃO, ESTOQUE REGULATÓRIO E AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO, COMPOSTO POR 5 QUESTÕES
Autonomia decisória	avalia aspectos de escolha do colegiado, estabilidade do mandato e conflito de interesse, composto por 4 questões
Autonomia financeira	avalia aspectos de autonomia administrativa e financeira, previsibilidade e sustentabilidade, composto por 3 questões
Mecanismos de controle	avalia aspectos de participação social, divulgação de resultados, decisões técnicas e transparentes, ouvidoria na gestão e programa de integridade, composto por 7 questões
Fiscalização e autonomia	avalia aspectos de decisória da equipe técnica, capacitação, planejamento, mecanismos de fiscalização e gestão contratual (execução e penalidades), composto por 5 questões
Mecanismos de gestão de riscos	avalia aspectos de riscos organizacionais e regulatórios, composto por 4 questões
Análise de impacto regulatório (AIR)	avalia aspectos de normatização, utilização, transparência e utilização de base de dados, composto por 5 questões
Regulação de contratos	avalia aspectos de priorização de investimentos, estudos técnicos, impacto fiscal, riscos do projeto, critérios de alteração contratual e incentivos, composto por 6 questões

Finalmente, para obtenção de uma descrição mais detalhada das 39 questões que compuseram o indicador, pode-se acessar o Relatório CGU-UNOPS, de julho de 2020, no sítio eletrônico da CGU (BRASIL, 2020).

2.2. Aplicação do questionário e forma de cálculo do I-CIR

Para a aplicação dos questionários, seriam necessários dois momentos: entrevistas a serem realizadas com os especialistas das agências reguladoras que lidam com as abordagens e dimensões a serem avaliadas e posteriormente uma análise de dados documentais presentes em sítios eletrônicos e na documentação encaminhada pelos avaliados, que seria a confirmação das respostas então levantadas para a composição do I-CIR.

Já para a contabilização das notas a serem atribuídas, cada questão respondida corresponderia a um valor máximo de 1 (um), quando atender a todos os critérios propostos, e valor mínimo de 0 (zero) quando não atender a nenhum dos critérios propostos para a escala *Likert*. Já para as perguntas dicotômicas, as notas teriam o valor 1 (um) quando correspondesse à existência de item avaliado e 0 (zero) quando correspondesse a não existência. A depender do grau de atendimento do quesito avaliado, em alguns dos casos poderia ser atribuída pontuação parcial.

Cabe ressaltar que para cada uma das oito dimensões (competência e efetividade regulatória, autonomia decisória, autonomia financeira, meca-

nismos de controle, fiscalização, mecanismos de gestão de riscos, análise de impacto regulatório e regulação de contratos) seria estabelecida uma nota, de modo a possibilitar a demonstração dos resultados por meio de gráficos radiais de força por dimensão e por setores, identificando então quais pontos seriam objeto de esforço para capacitação e busca por benchmarks. Esses resultados pretendem nortear a elaboração de planos de ação para o alcance da melhoria da qualidade regulatória e um melhor nível de atuação perante o mercado.

3. APLICAÇÃO DOS PILOTOS E RESULTADOS

No intuito de testar a validade da aplicação do questionário quanto aos seus resultados, prever a necessidade de futuras melhorias na metodologia de avaliação a ser aplicada, bem como dimensionar o tempo de aplicação dos questionários e quantificar os recursos necessários para a aplicação do projeto em âmbito nacional, foram realizados quatro pilotos, dois em agências federais (ANEEL e ANTT) e dois em agências estaduais (ADASA/DF e AGER/MT). A não realização em agência reguladora municipal se deveu em função de indisponibilidade dos gestores em contribuir com o projeto. Cumpre destacar que para a validação do teste aplicado a cada

agência reguladora foi realizada, posteriormente às entrevistas, uma revisão técnica documental, seja por meio de materiais encaminhados pelos próprios entrevistados, seja por meio de transparência ativa das organizações. Aqueles resultados que não puderam ser confirmados fora desprezados para a formação do índice. Por fim, após a consolidação das informações e previamente à publicação, os resultados foram apresentados às organizações avaliadas visando, primeiramente, confirmar as informações, e, por fim, apresentar o resultado da avaliação e identificar pontos fortes e fracos, que merecem aperfeiçoamento. Os resultados dessas avaliações estão descritos a seguir:

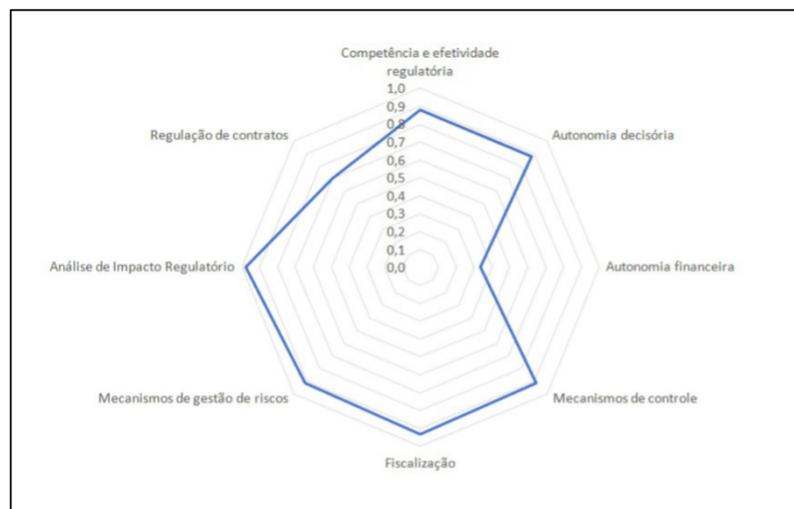
3.1. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)

A Agência Nacional de Energia Elétrica apresentou bons resultados em diversos itens da avaliação, tais como competência e efetividade regulatória, autonomia decisória e efetividade regulatória, autonomia decisória. Os itens que compõem as

dimensões de Análise de Impacto Regulatório, Fiscalização, Mecanismos de Gestão de Riscos e Mecanismos de Controle foram os que mais auxiliaram a agência a aumentar a nota final da avaliação. Já na dimensão autonomia financeira a agência obteve uma nota mais baixa, decorrente principalmente dos contingenciamentos da sua taxa de fiscalização⁴. Pode-se citar como uma boa prática de destaque da agência a instituição da Regulação Responsiva, desenhada em forma de pirâmide, em que para aqueles regulados que compõem a base são utilizados meios consensuais do comando regulatório e para aqueles que compõem o ápice, são previstas formas mais coercitivas e onerosas para o cumprimento da regulação. Como um ponto para melhoria relevante, resta a normatização interna sobre a exigência de avaliação do estoque regulatório, apontando os seus responsáveis. Para melhor visualizar os resultados obtidos no piloto, apresenta-se o gráfico abaixo:

⁴ Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica – TFSEE, instituída pelo art. 12 da Lei nº 9.427/1996.

GRÁFICO 01: ANEEL



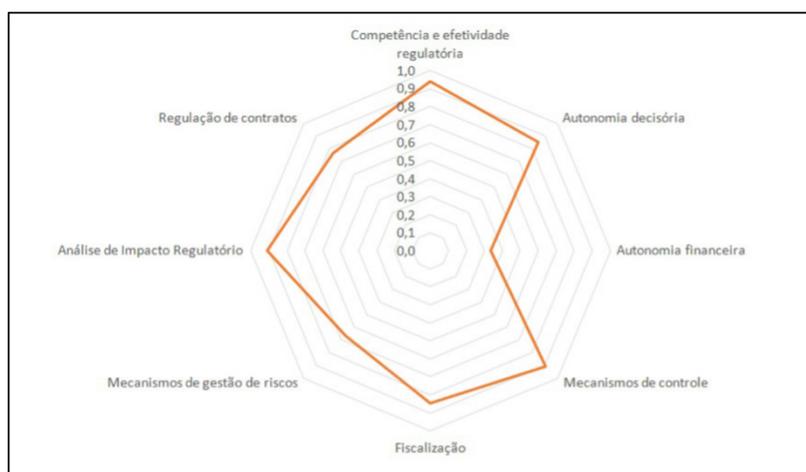
Fonte: CGU

3.2. Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)

A Agência Nacional de Transportes Terrestres também apresentou bons resultados quanto à aplicação do questionário de avaliação. Como aspectos positivos de sua atuação pode-se citar as dimensões de Competência e Efetividade Regulatória, Mecanismos de Controle e Análise de Impacto Regulatório. Já como aspectos a melhorar, apesar de estarem com uma boa pontuação, elenca-se aqueles relacionados às dimensões de Mecanismos de Gestão de Riscos. Os itens relacionados à Autonomia Financeira foram os que tiveram a menor pontuação, a exemplo do

ocorrido com a ANEEL, dado questões de contingenciamento orçamentário. Como destaque para a boa atuação da agência aponta-se para a revisão do estoque regulatório, ação direcionada por meio da Deliberação da Diretoria Colegiada nº 932/2019, e a instituição da Política de Redução do Fardo Regulatório (Resolução ANTT nº 5.874/2020). Como ponto relevante para a melhoria dos processos da agência, destaca-se que não foram identificadas políticas ou normas internas sobre conflito de interesses ou uso indevido de informações confidenciais ou privilegiadas. A seguir apresenta-se o gráfico com os resultados da ANTT:

GRÁFICO 02: ANTT



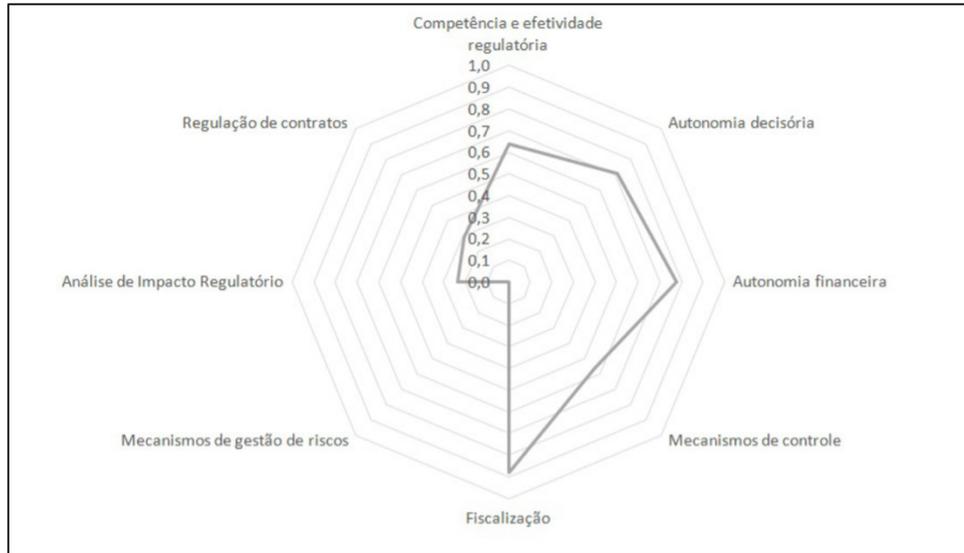
Fonte: CGU

3.3. Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento Básico do Distrito Federal (ADASA)/DF

A Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento Básico do Distrito Federal apresentou os melhores resultados nos itens da dimensão de Fiscalização, tendo destaque para os resultados da dimensão de Autonomia Financeira. No entanto, a agência não pontuou para os itens da dimensão de Mecanismos de Gestão de Riscos, aspecto relevante para a focalização da atuação da agência e intervenções no mercado regulado. Já as dimensões relacionadas à Análise de Impacto Regulatório, Regulação de Contratos e Mecanismos de Controle merecem

uma especial atenção da agência para que seus indicadores possam melhorar. Como boa prática, destacou-se que a agência é um órgão setorial orçamentário, possuindo autonomia financeira para gerir os próprios recursos, fato que se tornou possível por meio da Lei Distrital nº 4.285/2008, que veda a imposição de limites para empenho e execução financeira das dotações consignadas à ADASA, bem como o contingenciamento de receita vinculada à agência. Como pontos de melhoria mais importante, foram observados a necessidade de desenvolvimento de uma avaliação de estoque regulatório e mais transparência nas reuniões da Diretoria Colegiada. O gráfico abaixo demonstra os resultados obtidos pela agência:

GRÁFICO 03: ADASA/DF



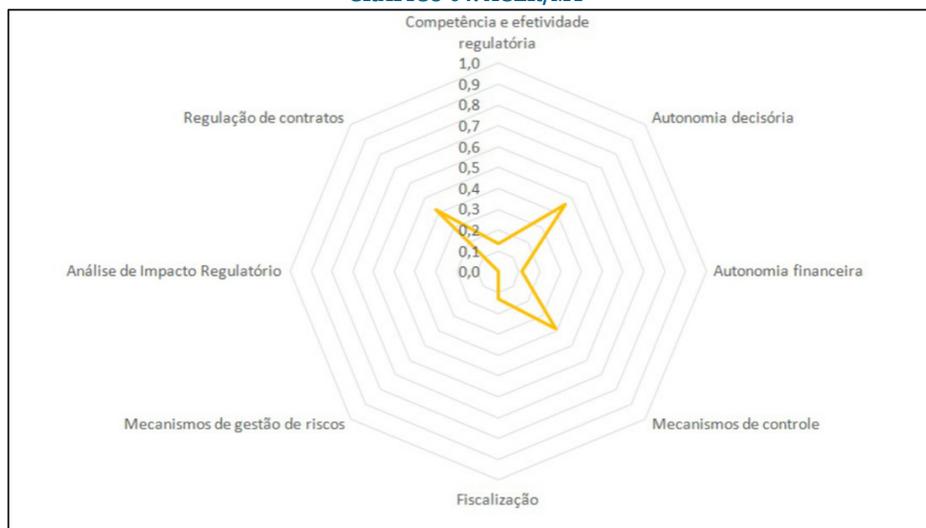
Fonte: CGU

3.4. Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Mato Grosso (AGER)/MT

A Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento Básico do Distrito Federal apresentou resultados que indicaram a necessidade de aprimoramentos em sua governança regulatória. Os melhores resultados apresentados pela agência foram nas dimensões de Autonomia Decisória e Regulação de Contratos. No entanto, as dimensões de Mecanismos

de Gestão de Riscos e Análise de Impacto Regulatório não obtiveram pontuação nos itens avaliados. Como boa prática destaca-se a existência de matriz de riscos simplificada nos contratos mais recentes de rodovias estaduais. Já como pontos de melhoria mais importantes evidencia-se a não adoção de mecanismos de transparência e controle social a exemplo da participação social na definição das prioridades regulatórias e divulgação das reuniões da Diretoria Colegiada. Os resultados obtidos pela agência estão explicitados no gráfico abaixo:

GRÁFICO 04: AGER/MT



Fonte: CGU

Os resultados obtidos no piloto foram um importante insumo para testar e aperfeiçoar a metodologia utilizada para a instituição do Indicador de Capacidades Institucionais para Regulação (I-CIR). A partir da apresentação dos resultados para as agências participantes do piloto foi possível receber um retorno e coletar percepções sobre a coerência e aplicabilidade do projeto, bem como compreender a melhor forma de que o projeto seja capaz de proporcionar incentivos para que as agências estabeleçam ou mesmo se mantenham uma trajetória de melhoria regulatória, aperfeiçoando as capacidades estatais em regulação de mercados. Resta ainda enfatizar que para um maior detalhamento quanto aos resultados do piloto, pode-se acessar o Relatório CGU-UNOPS, de julho de 2020, no sítio eletrônico da CGU (BRASIL, 2020).

4. CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

4.1. Conclusões do relato técnico

Dados os resultados obtidos com os pilotos, observou-se um bom engajamento das agências participantes da avaliação para entender quais seriam os gargalos identificados e buscar apoio para realização de planos de ação na melhoria de sua qualidade regulatória. Importante destacar que variados órgãos reguladores muitas vezes buscam apoio internacional para que avaliações desse tipo sejam feitas. Outro ponto relevante constatado foi que a metodologia demonstrou a robustez necessária para a aceitação dos resultados pelos avaliados. Nas entrevistas e nas apresentações dos resultados para as agências reguladoras avaliadas não ocorreram questionamentos que não fossem dirimidos e aceitos pelos participantes.

Também se observou o interesse de divulgação dos bons resultados apresentados pelas agências que

demonstraram um maior nível de maturidade, servindo de indicador de boas práticas a serem seguidas e redução do caminho a percorrer do processo para a melhoria da capacidade estatal e da qualidade regulatória. As agências com menor índice de capacidade regulatória demonstraram interesse em ações de capacitação e/ou direcionamentos a seguir para aprimorar a sua atuação.

4.2. Seguimento do projeto/recomendações

Com a finalização de todos os passos metodológicos para a construção da ferramenta que permitirá estabelecer o Indicador de Capacidade Institucional para Regulação (I-CIR), o próximo passo é a ampliação da avaliação para o maior número possível de órgãos reguladores federais, estaduais e municipais, levando em consideração as peculiaridades existentes entre cada ente federativo. Essa ação permitirá estabelecer um diagnóstico sobre as principais lacunas a serem preenchidas com a continuidade do projeto, que contará ainda com planos de capacitação, promoção do intercâmbio de boas práticas, seminários e road maps (metas de desenvolvimento) para os órgãos reguladores participantes.

Finalmente, para que o projeto realmente venha a agregar valor, recomenda-se que exista um trabalho, posterior ao diagnóstico, de ampliação das capacidades institucionais regulatórias daqueles órgãos participantes do projeto, de modo a construir um alinhamento de competências entre os entes federais, estaduais e municipais. Entende-se que apenas a partir da melhoria da capacidade estatal dos órgãos reguladores poderá ser estabelecido um ambiente mais bem regulado, com bases sólidas para a ampliação dos investimentos do setor privado em infraestrutura e prestação de melhores serviços à sociedade.

REFERÊNCIAS

- BALDWIN, Robert. *Better Regulation: The Search and the Struggle*. The Oxford Handbook of Regulation, 2010.
- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*. 2 ed. Oxford: 2012.
- BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Projeto CGU-UNOPS Avaliação da Capacidade Institucional para Regulação: Resultados dos pilotos nas agências reguladoras ANEEL, ANTT, ADASA/DF e AGER/MT*. Brasília, 2020. Disponível em https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/capacidade-institucional-para-regulacao/arquivos/Relatorio_CGU_UNOPS.pdf. Acesso em: 07 jul. 2021.
- CORREA P.; MELO M.; MUELLER B.; PEREIRA C. *Regulatory Governance in Infrastructure Industry*. The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, n. 3, 2006.

- COSO - Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission. *Gerenciamento de Riscos Corporativos - Estrutura Integrada*. Pricewaterhousecoopers, 2007. Disponível em: <https://www.coso.org/Documents/COSO-ERM-Executive-Summary-Portuguese.pdf>. Acesso em: 20/02/2019.
- CUNHA, Bruno Queiroz. *Antagonismo, modernismo e inércia: a política regulatória brasileira em três atos*. Caderno EBAPE.BR, v. 14, edição especial, artigo 4, Rio de Janeiro, 2016.
- _____. *Os regulocratas: características corporativas e implicações sistêmicas do funcionamento da burocracia das agências reguladoras no Brasil*. Texto para Discussão Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Rio de Janeiro, 2017.
- _____. *(Re)contextualizando a governança regulatória: uma visão sistêmica de problemas de “segunda geração”*. Boletim de Análise Político Institucional - IPEA, n. 16, 2018a.
- _____. *Regulação e Desenvolvimento: Reinterpretando o “modelo oficial”*. Boletim de Análise Político Institucional - IPEA, n. 19, 2018b.
- CUNHA, Bruno Queiroz; GOMIDE, Alexandre de Ávila; KARAM, Ricardo Antônio de Souza. *Governança e capacidade regulatória: notas de pesquisa*. Boletim de análise político-institucional - IPEA, n. 10, 2016.
- CUNHA, Bruno Queiroz; PEREIRA, Ana Karine; GOMIDE, Alexandre de Ávila. *State capacity and utilities regulation in Brasil: Exploring bureaucracy*. Utilities Policy, p. 1-11, 2017.
- FGV-CERI. *Autonomia Financeira das Agências Reguladoras dos Setores de Infraestrutura no Brasil*, 2016.
- FIUZA, G.; CAMACHO, F. T. *Uma nota sobre o repasse de ganhos de produtividade em setores de infraestrutura no Brasil (Fator X)*. Radar n. 22. Ipea, 2012
- FRANCO, Anderson Prezia. *A tendência da agencificação e o impacto na autonomia da gestão das agências reguladoras no Estado do Rio de Janeiro*. 2017. 91 f. Dissertação (mestrado) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa, Rio de Janeiro.
- FORMAN, John. *As agências reguladoras no brasil e sua involução*. Caderno Opinião da FGV Energia, 2016.
- HAMPTON, Philip. *Reducing administrative burdens: effective inspection and enforcement*. Londres, 2005. Disponível em: http://news.bbc.co.uk/nol/shared/bsp/hi/pdfs/bud05hampton_150305_640.pdf. Acesso em: 20 fev. 2019.
- KOOP, Christel; LODGE, Martin. *Exploring the co-ordination of economic regulation*. Journal of European Public Policy, v. 21, n. 9, 2014.
- LODGE, Martin; WEGRICH, Kay. *High Quality Regulation: its popularity, its tools and its future*. Public Money & Management, v. 29, n.3, 2009.
- LODGE, Martin; VAN STOLK, Christian; BATISTELLA-MACHADO, Julia; HAFNER, Marco; SCHWEPPESTEDDE, Daniel; STEPANEK, Martin. *Regulação da infraestrutura logística no Brasil*. Centre for Analysis of Risk and Regulation, London School of Economics and Political Science, 2017.
- MASTROBUONO, Cristina M. Wagner. *A revisão ordinária nos contratos de concessão e parcerias público-privadas*. Revista Procuradoria Geral Estado de São Paulo, São Paulo, n. 89, p.41-64, jan./jun. 2019.
- NAO NATIONAL AUDIT OFFICE. *Evaluation of Regulatory Impact Assessments 2006-07*. London, 2007.
- NUNES, Eduardo Peçanha. *A autonomia financeira das agências reguladoras federais*. Rio de Janeiro, 2011. 106 f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública), Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.
- OCDE. *Relatório sobre a Reforma Regulatória: Brasil Fortalecendo a governança para o crescimento*, 2008a.
- _____. *Building an institutional framework for regulatory impact analysis (RIA): guidance for policy makers*, 2008b.
- _____. *Recomendação do conselho sobre política regulatória e governança*, 2012.
- _____. *High-level principles for integrity, transparency and effective control of major events and related infrastructures*, 2016.
- _____. *Best practice principles on stakeholder engagement in regulatory policy: draft for public consultations*, 2017a.
- _____. *Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance*. Disponível em <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0390>. Acesso em: 07 jul. 2021
- PECI, Alketa. *Avaliação do impacto regulatório e sua difusão no contexto brasileiro*. Revista de Administração de Empresas. São Paulo, v. 51, n. 4, p. 336-348, 2011.

PIRES, José Cláudio Linhares. *O processo de reformas do setor elétrico brasileiro*. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, p. 137-167, 1999.

PÓ, Marcos Vinícius. *O Jogo Regulatório Brasileiro: a Estabilidade Contratual para além da Autonomia das Agências*. 2009. 217 f. Tese (CDAPG) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo, São Paulo.

RAMALHO, Pedro Ivo (Organização). *Regulação e Agências Reguladoras Governança e Análise de Impacto Regulatório*. Brasília: Anvisa, 2009.

QUERBACH, T.; ARNDT C. *Regulatory policy in Latin America: An analysis of the state of play*. OECD Regulatory Working Papers, nº 07, OECD Publishing, Paris, 2017.

SALGADO, Lucia Helena; FIUZA, Eduardo P.S. (Organização). *Marcos regulatórios no Brasil: aperfeiçoando a qualidade regulatória*. Rio de Janeiro: IPEA, 2015.

SOUSA, Rennaly Patricio; POMPERMAYER, Fabiano Mezadre. *Condicionantes institucionais ao investimento em infraestrutura: elaboração, avaliação e seleção de projetos*. Texto para discussão 2239, IPEA, 2016.



Franciele Cristina Medrado

<https://orcid.org/0000-0001-8920-8411>

Controladoria-Geral da União

francielecristinamedrado@gmail.com

Mestre em ciências contábeis pela Universidade de Brasília (UnB). Especialista em Governança e Controle da Regulação em Infraestrutura pela Escola Nacional de Administração Pública e Instituto Serzedello Correa (ENAP/ISC). Especialista em Planejamento, Orçamento e Gestão Pública pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Graduada em Administração de empresas pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Auditora Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União e Coordenadora-Geral de Auditoria das Áreas de Minas e Energia.



Eduardo Vitor de Souza Leão

<https://orcid.org/0000-0002-7223-2850>

Controladoria-Geral da União

eduardosouzaleao@gmail.com

Mestrando em Políticas Públicas e Desenvolvimento pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Especialista em Controle da Regulação pelo Instituto Serzedello Corrêa (ISC/TCU). Graduado em Engenharia Civil pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Auditor Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União e Coordenador-Geral de Auditoria de Políticas de Transportes, Portos e Aviação Civil.

Avaliação da Capacidade Institucional para Regulação no Brasil: resultados e perspectivas¹

Institutional Capacity Assessment for Regulation in Brazil: results and perspectives

Evaluación de la capacidad institucional para la regulación en Brasil: resultados y perspectivas

Rodrigo Carvalho Gonçalves², Marcos Lima Bandeira³, Carlos Roberto Ruchiga Corrêa Filho⁴ e Marlos Moreira dos Santos⁵

<https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v13i24.444>

Resumo: Este relato técnico apresenta o resultado da avaliação da capacidade institucional para regulação em agências reguladoras da área de infraestrutura do Brasil. A metodologia foi desenvolvida pela Controladoria-Geral da União, CGU, em parceria com o Escritório das Nações Unidas de Serviços para Projetos, UNOPS, e consiste na aplicação de um questionário, contendo 39 questões agrupadas em 8 dimensões que constituem o Índice de Capacidade Institucional para Regulação (i-CIR). A amostra compreende 23 agências reguladoras de infraestrutura das três esferas de governo, envolvendo informações referentes aos anos de 2019 e 2020. Os resultados indicam que aspectos relacionados à gestão de riscos, análises de impacto regulatório e regulação de contratos são aqueles que necessitam ser aprimorados no âmbito da atuação dos reguladores. A dimensão autonomia financeira também carece de atenção, por depender de atuação conjunta das agências reguladoras com instituições dos poderes executivos e legislativos das respectivas administrações. Os achados visam servir de insumo para a adoção de medidas de fortalecimento das capacidades institucionais dos reguladores, ampliando a qualidade dos serviços prestados à sociedade.

Palavras-chave: Infraestrutura; Agências Reguladoras; Capacidade Regulatória; Indicadores.

Abstract: This technical report presents the result of the assessment of institutional capacity for regulation in regulatory agencies in infrastructure in Brazil. The methodology was developed by the Brazilian Office of the Comptroller General, CGU, in partnership with the United Nations Office for Project Services, UNOPS, and consists of the application of a questionnaire, containing 39 questions grouped into 8 dimensions that constitute the Institutional Capacity Index for Regulation (i-CIR). The sample comprises 23 infrastructure regulatory agencies from the three spheres of government, involving information for the years 2019 and 2020. The results indicate that aspects related to risk management, regulatory impact analysis and contract regulation are those that need to be improved in the scope of action of regulators. The financial autonomy dimension also needs attention, as it depends on the joint action of regulatory agencies with institutions of the executive and the legislature of the respective administrations. The findings aim to serve as input for the adoption of measures to strengthen the institutional capacities of regulators, increasing the quality of services provided to society.

Keywords: Infrastructure; Regulatory agencies; Regulatory capacity; Indicators.

Resumen: Este informe técnico presenta el resultado de la evaluación de la capacidad institucional de regula-

1 Artigo submetido em 10/07/2021 e aprovado em 10/11/2021.

2 Controladoria-Geral da União - CGU

3 Controladoria-Geral da União - CGU

4 Controladoria-Geral da União - CGU

5 Controladoria-Geral da União - CGU

ción en las agencias reguladoras en el área de infraestructura en Brasil. La metodología fue desarrollada por la Contraloría General de la Unión de Brazil, CGU, en alianza con la Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas, UNOPS, y consiste en la aplicación de un cuestionario, que contiene 39 preguntas agrupadas en 8 dimensiones que constituyen el Índice de Capacidad Institucional de Regulación (i-CIR). La muestra está compuesta por 23 agencias reguladoras de infraestructura de los tres ámbitos de gobierno, que involucran información para los años 2019 y 2020. Los resultados indican que los aspectos relacionados con la gestión de riesgos, análisis de impacto regulatorio y regulación de contratos son los que necesitan ser mejorados en el alcance de la acción de los reguladores. La dimensión de la autonomía financiera también requiere atención, ya que depende de la acción conjunta de las agencias reguladoras con las instituciones de los poderes ejecutivo y legislativo de las respectivas administraciones. Los hallazgos apuntan a servir como insumo para la adopción de medidas que fortalezcan las capacidades institucionales de los reguladores, aumentando la calidad de los servicios prestados a la sociedad.

Palabras clave: Infraestructura; Agencias regulatorias; Capacidad reguladora; Indicadores.

INTRODUÇÃO

A Política de Regulação e Governança dos países deve ser abordada como uma atividade que envolve todo o governo e ser integrada ao ciclo da política de desenho regulatório, além de buscar a promoção da coerência regulatória por meio de mecanismos de coordenação entre os diversos níveis (supranacional, nacional e subnacional), para evitar duplicação ou conflitos de normas (OCDE, 2012).

Diversos trabalhos realizados pelo Tribunal de Contas da União (TCU) sobre as agências reguladoras federais no Brasil, constataram desafios para essas instituições, como a ocupação prolongada de cargos por interinos, pouca transparência no processo decisório, ausência de planejamento estratégico e baixa arrecadação de multas (TCU, 2013, 2015, 2017).

Nesse contexto, a Controladoria-Geral da União (CGU) e o Escritório das Nações Unidas de Serviços para Projetos (UNOPS) desenvolveram o Projeto de Avaliação da Capacidade Institucional para Regulação, visando a obtenção de um diagnóstico acerca da maturidade do processo regulatório a nível nacional.

Assim, tendo em vista o projeto idealizado pela CGU e UNOPS, este trabalho tem como objetivo avaliar a capacidade institucional para regulação de agências reguladoras da área de infraestrutura nas três esferas de governo, considerando os resultados da execução desse projeto em 23 agências reguladoras⁶.

A partir dos resultados da avaliação, objetiva-se adotar medidas de fortalecimento das capaci-

dades institucionais dos reguladores, com foco nos aspectos em que tenham sido verificadas oportunidades de melhorias, visando a entrega de serviços de qualidade aos cidadãos, finalidade última da atuação regulatória. Para tal, diferentes estratégias poderão ser utilizadas, como promoção de consultorias, treinamentos e seminários, inclusive com o apoio de organismos internacionais.

O PROJETO “AVALIAÇÃO DA CAPACIDADE INSTITUCIONAL PARA REGULAÇÃO”

A CGU, órgão de controle interno do Governo Federal responsável por defender o patrimônio público e incrementar a transparência da gestão, definiu, entre seus objetivos estratégicos, o aumento da eficiência do Estado e da qualidade de entrega à sociedade. Por meio da instituição de Grupo de Trabalho da Secretaria Federal de Controle Interno da CGU sobre o tema Regulação da Atividade Econômica, buscou-se realizar análises internas para a definição da estratégia de atuação da CGU em regulação.

Em 2017, representantes da CGU e do UNOPS no Brasil assinaram um Memorando de Entendimentos com o objetivo geral de estabelecer um marco para a promoção e o apoio à cooperação entre as partes em áreas de interesse comum. A partir da interação entre as equipes técnicas das duas organizações, foi proposta a construção de uma ferramenta que consiste no Índice de Capacidade Institucional para Regulação (i-CIR), obtido a partir da análise de um questionário com 39 questões, por meio das quais busca-se avaliar os aspectos indicados no quadro que segue.

6 <https://eaud.cgu.gov.br/relatorios/download/967974>

QUADRO 1: DIMENSÕES E ASPECTOS AVALIADOS

DIMENSÃO	ASPECTOS AVALIADOS
Competência e Efetividade Regulatória	Coordenação, competências, harmonização, estoque regulatório e avaliação de desempenho
Autonomia Decisória	Escolha do colegiado, mandato dos dirigentes, quórum decisório e conflito de interesses
Autonomia Financeira	Autonomia administrativa e orçamentária, previsibilidade e sustentabilidade financeira
Mecanismos de Controle	Divulgação de resultados da atuação, participação social, transparência das decisões, ouvidoria e programa de integridade
Fiscalização	Autonomia da equipe, capacitação, planejamento, mecanismos de fiscalização e monitoramento do setor (execução e penalidades)
Mecanismos de Gestão de Risco	Política e gerenciamento de riscos organizacionais e regulatórios
Análise de Impacto Regulatório	Normatização, realização de AIR, transparência, utilização de bases de dados e análise de alternativas
Regulação de Contratos	Priorização de investimentos, estudos técnicos, impacto fiscal, riscos do projeto, critérios de alteração contratual e incentivos

Fonte: Elaborado pela CGU e UNOPS⁷.

A partir da avaliação desses aspectos, o i-CIR pretende contribuir para a melhoria do ambiente de negócios, da qualidade da regulação e da competitividade e produtividade dos mercados de infraestrutura, ampliando a qualidade dos serviços prestados à sociedade.

METODOLOGIA

O Índice de Capacidade Institucional para Regulação (i-CIR) consiste na aplicação de um questionário, composto por 8 dimensões, subdivididas em 39 questões, cujos aspectos estão indicados no Quadro 1. O i-CIR varia de 0 a 100 %, de acordo com a seguinte equação:

$$i\text{-CIR} (\%) = 100. \frac{\sum_{i=1}^{i=n} Q_i}{n} \quad (1)$$

onde:

Q= questão

i= número da questão

n= número de questões aplicáveis à agência avaliada

Considerando que:

- A cada questão (Q), identificada pelo indicador (i), que varia de 1 a (n), é atribuída uma pontuação com valor variável entre 0 (mínimo) e 1 (máximo), de acordo com o Quadro 2.
- O número máximo de questões (n) aplicáveis às agências avaliadas é 39.
- Nem todas as questões se aplicam a todas as agências avaliadas (n é menor ou igual a 39).

As questões podem conter até cinco subquestões, para as quais são atribuídos valores proporcionais, de acordo com o Quadro 2, a seguir.

QUADRO 2: PONTUAÇÃO DAS QUESTÕES (QI), DE ACORDO COM O NÚMERO DE SUBQUESTÕES

QUESTÃO	NÚMERO DE SUBQUESTÕES	PONTUAÇÃO DA SUBQUESTÃO	PONTUAÇÃO DA QUESTÃO
De 1 a 39	0 (*)	Não se aplica	De 0,000 a 1,000
	3	De 0,000 a 0,333	
	4	De 0,000 a 0,250	
	5	De 0,000 a 0,200	

(*) Questões do tipo Sim/Não, que não possuem subquestões.

Para as questões do tipo Sim/Não, que não possuem subquestões, mas sim um detalhamento do escopo avaliado, a pontuação atribuída foi de 0 (não atendimento), 0,333 (não, mas apresenta aspectos positivos), 0,667 (sim, mas apresenta aspectos negativos) ou 1 (atendimento integral).

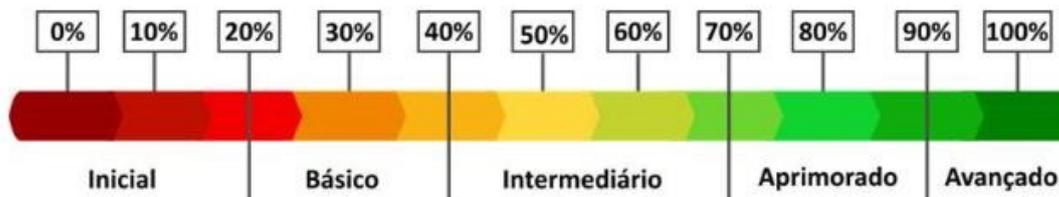
Pontuação das dimensões

A pontuação de cada uma das 8 dimensões resulta da média simples da pontuação das questões da respectiva dimensão, variando de 0 a 1. Quanto maior a pontuação, melhor a situação da agência.

Classificação da maturidade segundo o i-CIR

Considerando a pontuação obtida em relação à pontuação máxima atribuível ao somatório das questões consideradas aplicáveis, o grau de maturidade é avaliado pelo Índice de Capacidade Institucional para Regulação (i-CIR) como: Inicial (0% a 20%), Básico (20,1% a 40%), Intermediário (40,1% a 70%), Aprimorado (70,1% a 90%) ou Avançado (90,1% a 100%), conforme segue.

FIGURA 1: ESCALA DE MATURIDADE REGULATÓRIA FONTE: ADAPTADO DOS ACÓRDÃOS TCU PLENÁRIO Nº 2.467/2013, 568/2014 E 476/2015



A amostra do trabalho foi composta por 23 agências reguladoras que se dispuseram voluntariamente a participar do projeto, conforme destacado no Anexo, envolvendo as informações referente aos questionários aplicados em 2019 e 2020.

RESULTADOS

Em termos consolidados, pode-se verificar que 17 das 23 agências avaliadas encontram-se nos estágios inicial/básico, duas no nível intermediário e quatro no estágio aprimorado, considerando os aspectos avaliados pelo i-CIR, apresentados no Gráfico 1.

COMPETÊNCIA E EFETIVIDADE REGULATÓRIA

Para a dimensão Competência e Efetividade Regulatória, das 23 agências avaliadas, 12 encontram-se em estágio inicial ou básico, sete estão no nível intermediário e quatro no estágio aprimorado ou avançado. Em 14 agências examinadas, ou 60,9%, não se observou a existência de mecanismos para o estabelecimento de coordenação entre os atores governamentais, o que pode dificultar a execução das políticas setoriais em determinados setores regulados de infraestrutura.

GRÁFICO 1: RESULTADOS POR NÚMERO DE AGÊNCIAS CLASSIFICADAS SEGUNDO O NÍVEL DE MATURIDADE (I-CIR) E CADA UMA DE SUAS OITO DIMENSÕES



Fonte: Elaborado pelos autores.

Do mesmo modo, não foram verificados mecanismos para a harmonização das normas regulatórias em 14 agências, 60,9% dos casos, o que pode prejudicar a coerência do sistema regulatório, além de aumentar os riscos de judicialização e de conflitos entre normas.

Em 73,9% dos casos (17 agências), as competências estão bem definidas nas leis de criação e em regulamentos. Nesse contexto, a independência dos entes reguladores pode ser verificada a partir do seu grau de autonomia e do funcionamento dessas entidades públicas sem influência indevida do poder político e dos setores regulados (OCDE, 2014b).

No que tange à avaliação e revisão do estoque regulatório, em 19 agências, ou 82,6% da amostra, a pontuação obtida foi inferior a 1/3, nível considerado baixo, sendo que 14 agências não atenderam a qualquer dos itens avaliados. Nesses casos, podem existir normas em grande quantidade e/ou desatualizadas, elevando os custos de transação e de observância, em prejuízo à atratividade de novos investimentos.

AUTONOMIA DECISÓRIA

No caso da dimensão Autonomia Decisória, das 23 agências avaliadas, oito encontram-se em estágio inicial ou básico, nove estão no nível intermediário e seis no estágio aprimorado ou avançado. Em relação aos critérios para a escolha dos dirigentes, em 11 agências, ou 47,8% da amostra, a pontuação foi inferior a 1/3, representando um baixo nível de atendimento aos quesitos avaliados. Em seis agências, ou 26,1%, houve alta pontuação nesse quesito, superior a 2/3. Verificou-se a ocorrência de um rol legal taxativo de hipóteses de perda de mandatos para dirigentes em 19 agências, ou 82,6% dos casos. Esse é um ponto positivo observado nas avaliações, o que, segundo IBGC (2018), visa assegurar a impossibilidade de exoneração ou destituição do cargo, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas em lei.

Em 13 agências, ou 56,5% dos casos, foram observados critérios que objetivam garantir a manutenção do quórum decisório diante de situações de impedimentos, afastamentos ou vacância dos conselheiros/diretores.

AUTONOMIA FINANCEIRA

Para a dimensão Autonomia Financeira, 14 das 23 agências analisadas encontram-se em estágio inicial ou básico, quatro estão no nível intermediário e cinco no estágio aprimorado/avançado. Pode-se

verificar que 16 agências, ou 69,6%, não possuem autonomia administrativa e orçamentária. Esse fato representa uma situação preocupante, uma vez que, conforme IBGC (2018), sujeitar as agências reguladoras a uma dependência da influência direta dos Poderes Executivo e Legislativo pode trazer prejuízos ao exercício de suas competências.

Por outro lado, em 52,2% dos casos, ou 12 agências, os recursos arrecadados em decorrência da sua atuação, como taxas de fiscalização, são capazes de suportar o orçamento aprovado para a própria agência. No entanto, a compatibilidade entre os fluxos de entrada e de saída de recursos financeiros, de forma que a programação e plano orçamentário não sejam prejudicados, não ocorre em 60,9% dos casos, ou 14 agências, dificultando a execução das atividades planejadas pelos reguladores.

Os resultados das avaliações estão aderentes à conclusão do Fundo Monetário Internacional, no sentido de que “agências regulatórias brasileiras não são totalmente independentes, principalmente em termos financeiros” (CURRISTINE et al., 2018, p. 35).

MECANISMOS DE CONTROLE

De modo geral, os controles das organizações públicas constituem-se em uma camada de defesa para promover o alcance de seus objetivos, os quais devem ser operados pelos agentes que conduzem atividades e tarefas de todos os macroprocessos dos órgãos e entidades públicos (MP; CGU, 2016). No caso da dimensão Mecanismos de Controle, 12 agências examinadas encontram-se nos estágios inicial/básico, seis estão no nível intermediário e cinco nos estágios aprimorado/avançado. Em 11 agências (47,8%), a pontuação obtida para o item que trata da divulgação dos resultados da atuação regulatória foi inferior a 1/3, havendo espaço para a melhoria da divulgação dos resultados alcançados pelas agências, principalmente com relação à disponibilização de informações em seus sítios eletrônicos e interação com a sociedade, por exemplo, por meio das redes sociais.

Não se verificou a elaboração de uma agenda regulatória, ou outro instrumento de definição dos temas prioritários para a atuação do regulador, e que contasse com a participação da sociedade, em 16 agências, ou 69,6% da amostra, o que diminui a previsibilidade em casos de alteração de regulações em setores de infraestrutura.

Um total de 19 agências (82,6%) realiza audiências/consultas públicas no processo de elaboração de

atos regulatórios ou de outorga, aspecto esse positivo, indicando que a prática de envolver as partes interessadas na elaboração de novas regulações é uma realidade na maior parte das agências avaliadas. Quanto a esse ponto, a formulação de políticas públicas inclusivas se insere em uma cultura de governança que contempla uma administração pública aberta para contribuições das partes interessadas, com o intuito de desenhar melhor essas políticas (OCDE, 2017). Os resultados indicam haver espaço para o fortalecimento desses controles, os quais podem contribuir para o atingimento dos objetivos dos reguladores.

FISCALIZAÇÃO

Para a dimensão Fiscalização, dez agências avaliadas encontram-se nos estágios inicial/básico, oito estão no nível intermediário e cinco nos estágios aprimorado/avançado.

Em 13 agências, representando 56,5% da amostra, verificou-se a segregação das atividades de fiscalização (execução/supervisão), definição de atribuições de responsabilidade, procedimentos para a tomada de decisão, formalização das decisões em processos, de maneira a conferir autonomia ao processo de fiscalização. No entanto, o mesmo não foi verificado no caso de outros dez reguladores.

Em relação a existência de programa e incentivo à capacitação permanente da equipe técnica, em 17 agências, equivalente a 73,9% da amostra, não restou demonstrado o atendimento aos quesitos da avaliação, podendo prejudicar a qualidade da sua atuação.

No que se refere ao planejamento e adoção instrumentos de fiscalização, como planos de fiscalização periódicos, manuais de execução dos serviços, entre outros, verificou-se que a pontuação obtida para essa questão foi em média de 47,3%, o que sugere um grau intermediário de atendimento aos quesitos avaliados.

No tocante à transparência e avaliação da efetividade da aplicação de penalidades e outros mecanismos decorrentes, como os Termos de Ajustamento de Conduta (TAC), observou-se que em 11 agências (47,8%) a pontuação obtida para esse item foi inferior a 1/3. Nesse sentido, há necessidade de se aperfeiçoar os mecanismos relacionados ao processo sancionador, por exemplo, por meio de princípios como a regulação responsiva, segundo a qual as ações de fiscalização devem ser moduladas, dependendo no perfil e comportamento de negócios específicos (OCDE, 2014a).

Em 13 agências, ou 56,5%, é adotada sistemática de acompanhamento do setor regulado, por meio de indicadores (investimentos, níveis de serviço, satisfação do usuário) e divulgação de informações sobre monitoramento dos serviços prestados dentre outros aspectos. No entanto, em dez agências, ou 43,5% da amostra, isso não foi verificado.

GESTÃO DE RISCOS

Para a dimensão Mecanismos de Gestão de Riscos, 18 agências analisadas encontram-se no estágio inicial, duas estão no nível intermediário e três nos estágios aprimorado/avançado, revelando que a maioria das agências ainda não internalizou práticas de gestão de riscos em seus processos organizacionais e em relação ao macroprocesso de regulação.

Em 18 agências (78,3%) não foi evidenciada uma política de gestão de riscos organizacionais, o que pode dificultar o atingimento dos seus objetivos estratégicos.

Ressalta-se a importância de se considerar os riscos organizacionais, de modo que o gerenciamento desses riscos auxilie na otimização dos seus resultados (COSO, 2017).

Não há política que aborde os riscos regulatórios em 21 das agências, ou 91,3%, sendo que em 20 delas não se realiza o gerenciamento ou avaliação destes riscos. Em sentido amplo, a gestão dos riscos de uma entidade pública está associada ao acesso tempestivo a informações suficientes dos riscos para a tomada de decisão, de modo a agregar valor à organização por meio do tratamento dos riscos, aumentando a probabilidade de alcance dos objetivos da organização (MP; CGU, 2016).

ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

Para a dimensão Análise de Impacto Regulatório (AIR), 19 das 23 agências avaliadas encontram-se nos estágios inicial/básico e quatro nos estágios aprimorado/avançado. Tais resultados indicam que a AIR ainda não é uma prática adotada na maioria das agências avaliadas, o que ressalta a importância do intercâmbio de experiências entre as diferentes instituições regulatórias nessa temática.

Identificou-se que a AIR não é normatizada em 17 agências, ou 73,9% da amostra, e que em 19 agências, ou 82,6%, não é utilizada em um alto percentual de práticas regulatórias.

Os resultados obtidos revelam a necessidade de se aprofundar as discussões acerca da obrigatoriedade da implementação da AIR, em todos os níveis federativos, visando a elaboração de melhores regulações. Nessa linha, Carvalho (2017, p. 6) ressalta que

não restam dúvidas das capacidades, já discutidas da AIR, em impulsionar o ambiente de governança, o que torna a sua obrigatoriedade um requisito para que o nível federal possa influenciar o nível subnacional fortalecendo o papel do regulador no exercício de sua função regulatória e controle social atenuando a percepção de ilegitimidade na elaboração de regras no âmbito do regulador.

REGULAÇÃO DE CONTRATOS

Para a dimensão Regulação de Contratos, 15 agências avaliadas encontram-se nos estágios inicial/básico, seis no nível intermediário e duas em estágio aprimorado. Nessa dimensão, as questões relacionadas aos aspectos de priorização de investimentos, estudos prévios de impacto e viabilidade sócio, econômica, ambiental e técnica, e impacto fiscal dos projetos, foram consideradas não aplicáveis em várias agências, principalmente em virtude de se tratar de atribuições do ministério/secretaria ou empresas de planejamento setorial.

Em relação aos riscos dos projetos, buscou-se avaliar se os mesmos são identificados e tratados contratualmente, tendo sido verificado que 16 agências, ou 69,6%, obtiveram para esse item uma pontuação inferior a 1/3, indicando um reduzido nível de atendimento aos quesitos da avaliação. As incertezas somadas à complexidade da estruturação dos contratos de infraestrutura tornam essencial uma definição clara sobre riscos e sua tipologia, incluindo a forma de distribuição e mitigação dos mesmos,

pontos considerados sensíveis em modelagens desse tipo de contrato (NÓBREGA, 2020).

No que tange aos critérios de alteração contratual, considerando a previsão de metodologia de cálculo de indenizações, prazos mínimos para renegociação do contrato, hipóteses e metodologia para o reestabelecimento do equilíbrio econômico financeiro, utilização de inovações regulatórias para resolução de conflitos e inadimplementos contratuais (arbitragem, mediação, step in rights, intervenção), além da definição das penalidades, gravidade e graduação, foi verificado que 11 agências, ou 47,8%, obtiveram uma pontuação inferior a 1/3. Diante desse quadro, deve-se buscar o aperfeiçoamento dos contratos para que haja previsão de cláusulas contemplando os referidos mecanismos, de modo a propiciar maior segurança para as partes, pública e privada, em contratos na área de infraestrutura.

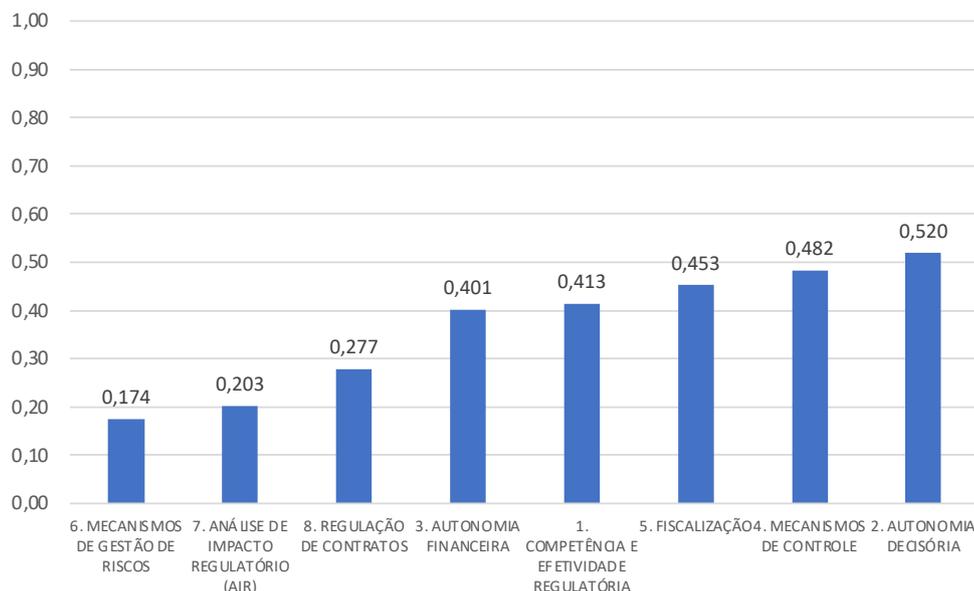
Também foi avaliado se os contratos estabelecem mecanismos de gestão e pagamento que gerem incentivos para investimentos, operação e manutenção das infraestruturas, como indicadores de desempenho; incentivos contratuais/regulatórios (fatores de produtividade, qualidade, indicadores econômico-financeiros); previsão e regulação de receitas acessórias; dentre outros. Nesse item da avaliação, 12 reguladores, ou 52,2%, obtiveram uma pontuação inferior a 1/3, indicando ser importante a previsão de mecanismos de incentivos nos contratos, de maneira a promover um melhor desempenho dos investimentos e da operação dos empreendimentos concedidos.

Para Nóbrega (2020), investimentos em infraestrutura que contemplem mecanismos de incentivos ao setor privado são necessários para o processo de desenvolvimento do país, desde que existam instrumentos jurídicos que garantam segurança nas avenças e promovam a adequada repartição de responsabilidades entre os signatários.

RESULTADOS POR DIMENSÃO

Diante das análises empreendidas, o gráfico 2 apresenta a pontuação média obtida para cada dimensão, considerando as 23 agências reguladoras avaliadas.

GRÁFICO 2: PONTUAÇÃO MÉDIA POR DIMENSÃO AVALIADA



Fonte: Elaborado pelos autores.

Da análise do gráfico 2, verifica-se que as dimensões Mecanismos de Gestão de Riscos, Análise de Impacto Regulatório e Regulação de Contratos são aquelas que necessitam de maiores esforços no sentido de fortalecimento da atuação dos reguladores. No caso da Autonomia Financeira, em que a pontuação média obtida foi de aproximadamente 40%, a atuação conjunta das instituições, incluindo as pastas finalísticas e de planejamento e finanças, pode ser necessária para a melhoria deste aspecto.

Conclusões e Recomendações

Os resultados obtidos neste trabalho são um indicativo para que as agências busquem aperfeiçoar os aspectos em que foram identificadas oportunidades de melhoria. Ressalta-se que os achados podem ser influenciados por contextos e realidades locais.

Dentre as possibilidades existentes para a melhoria regulatória, recomenda-se a intensificação de iniciativas como a atuação colaborativa em rede, por meio de uma maior integração das agências reguladoras da União, estados, municípios e do Distrito Federal. Medidas para ampliação do número de agências participantes da Rede de Articulação das Agências Reguladoras (RADAR) para além da

esfera federal poderiam ser adotadas, caso isso seja viável e desde que haja o interesse das instituições envolvidas.

Outra recomendação trata da necessidade de intensificar as discussões em câmaras técnicas intersetoriais que abordem assuntos transversais aos diversos setores e reguladores, como AIR e gestão de riscos, o que pode ser conduzido pela Associação Brasileira de Agências de Regulação (ABAR), instituição promotora de inúmeros esforços em prol da melhoria regulatória no Brasil.

Destaca-se, ainda, importantes diretrizes estabelecidas pelo Governo Federal e que podem servir de referência para estados e municípios, como a Lei nº 13.874/2019, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabelece garantias de livre mercado; o Decreto nº 10.411/2020, que regulamenta a análise de impacto regulatório na administração pública federal direta, autárquica e fundacional; e o Decreto nº 10.139/2019, que dispõe sobre a revisão e a consolidação dos atos normativos inferiores a decreto.

Além destes pontos, vale mencionar a Lei nº 13.848/2019, que dispõe sobre a gestão, a organi-

zação, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras federais. Referida lei reforçou aspectos como autonomia institucional e financeira das agências, incluindo a necessidade de adoção de práticas de gestão de riscos e de controles internos, análise de impacto regulatório, além da elaboração de programa de integridade pelos reguladores, e pode servir de base para que estados e municípios busquem a adoção de normas gerais relacionadas à atuação das respectivas agências, observando as adaptações que sejam requeridas pelos contextos locais.

Independentemente da formatação a ser adotada, é recomendável a utilização de novos instrumentos visando o intercâmbio de conhecimentos e de boas práticas regulatórias entre os reguladores de diferentes níveis federativos e de diversos setores de

infraestrutura, de modo a trazer benefícios para a melhoria da regulação no país.

Cabe ressaltar que a ABAR tem desempenhado papel de destaque para a melhoria regulatória e pode contribuir sobremaneira nesse debate. Também a CGU poderá contribuir com o fortalecimento dos reguladores, contando com o apoio de organismos internacionais, como o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e o UNOPS, haja vista acordo de cooperação firmado recentemente com essa finalidade⁸.

Por fim, entende-se que os resultados deste trabalho poderão subsidiar o intercâmbio de boas práticas, a realização de capacitações e a elaboração de planos de ação pelos reguladores, visando o aprimoramento das suas capacidades institucionais.

8 <https://www.in.gov.br/web/dou/-/extrato-de-acordo-de-cooperacao-tecnica-e-financeira-294737609>

REFERÊNCIAS

- CARVALHO, Bruno E. F. C. de. *Regulatory impact assessment (RIA) : improving governance on the water and sanitation agenda*. 2018. 282 f. Tese (Doutorado em Tecnologia Ambiental e Recursos Hídricos), Universidade de Brasília, Brasília, 2018.
- COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION – COSO. *Enterprise Risk Management*, 2017.
- CURRISTINE, Teresa; GONGUET, Fabien; BETLEY, Mary; CROOKE, Matt; TANDBERG, Eivind; MIRANDA, Andrés M.; RABELLO, Frederico; VIÑUELA, Lorena. *Brasil: Avaliação da Gestão do Investimento Público*. FMI, 2018.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA – IBGC. *Governança de agências reguladoras*. São Paulo: IBGC, 2018.
- MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO – MP; CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU. *Instrução Normativa MP/CGU nº 1*, 2016.
- NÓBREGA, M. *Direito e economia da infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *Best practice principles on stakeholder engagement in regulatory policy: draft for public consultations*, 2017.
- _____. *OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy: Regulatory Enforcement and Inspections*, 2014a.
- _____. *OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy: The Governance of Regulators*, 2014b.
- _____. *Recomendação do conselho sobre política regulatória e governança*, 2012.
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Governança das agências reguladoras é avaliada pelo TCU*, 2015. Disponível em: <<https://tcu.jusbrasil.com.br/noticias/167596392/governanca-das-agencias-reguladoras-e-avaliada-pelo-tcu>>. Acesso em: 20 mai. 2021.
- _____. *Multas administrativas de órgãos reguladores não são amplamente divulgadas*, 2017. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/multas-administrativas-de-orgaos-reguladores-nao-sao-amplamente-divulgadas.htm>. Acesso em: 20 mai. 2021.
- _____. *Relatório de Acompanhamento TC 015.268/2018-7*, 2018. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/governanca/governanpublica/organizacional/levantamento-dede-governanca/>>. Acesso em: 20 mai. 2021.
- _____. *TCU avalia atendimento prestado por agências reguladoras*, 2013. Disponível em: <<https://tcu.jusbrasil.com.br/noticias/112226398/tcu-avalia-atendimento-prestado-por-agencias-reguladoras>>. Acesso em: 20 mai. 2021.



Rodrigo Carvalho Gonçalves

<https://orcid.org/0000-0002-3972-2305>

Controladoria-Geral da União

rodrigo.goncalves@cgu.gov.br

Auditor Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União. Especialista em Governança e Controle da Regulação em Infraestrutura pela Escola Nacional de Administração Pública.



Marcos Lima Bandeira

<https://orcid.org/0000-0003-1356-2689>

Controladoria-Geral da União

marcos.bandeira@cgu.gov.br

Auditor Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União. Mestre em Ciências Contábeis pela Universidade de Brasília.



Carlos Roberto Ruchiga Corrêa Filho

<https://orcid.org/0000-0002-7462-0267>

Controladoria-Geral da União

carlos.correa-filho@cgu.gov.br

Auditor Federal de Finanças e Controle e Coordenador de Auditoria de Regulação da Controladoria-Geral da União. Mestre em Engenharia Civil (Hidráulica e Saneamento) pela Universidade de São Paulo.



Marlos Moreira dos Santos

<https://orcid.org/0000-0001-9752-7711>

Controladoria-Geral da União

marlos.santos@cgu.gov.br

Auditor Federal de Finanças e Controle e Diretor de Auditoria de Políticas de Infraestrutura da Controladoria-Geral da União. Mestre em Química pela Universidade de Brasília.

ANEXO – RELAÇÃO DE AGÊNCIAS REGULADORAS AVALIADAS

Agências Federais

Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC);
Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL);
Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ); e
Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).
Agências Estaduais:
Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento Básico do Distrito Federal (ADASA);
Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Mato Grosso (AGER);
Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Mato Grosso do Sul (AGEPAN);
Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos (AGR);
Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (ARSESP);
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA);
Agência Reguladora de Serviços de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário do Estado de Minas Gerais (ARSAE-MG);
Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS);
Agência de Regulação de Serviços Públicos de Santa Catarina (ARESC);
Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco (ARPE);
Agência Reguladora de Saneamento Básico do Estado da Bahia (AGERSA);
Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Alagoas (ARSAL);
Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Sergipe (AGRESE);
Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará (ARCE);
Agência Estadual de Mobilidade Urbana e Serviços Públicos do Maranhão (MOB); e
Agência Tocantinense de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos (ATR).

Agências Municipais

Agência Municipal de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Cuiabá (ARSEC);
Agência de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos de Palmas (ARP); e
Agência Reguladora Municipal de Belém (ARBEL).

Tribunal de Contas da União (TCU) e as Agências Reguladoras: limites e excessos da accountability horizontal¹

Federal Audit Court (TCU) and Regulatory Agencies: limits and excesses of horizontal accountability

Tribunal de Cuentas de la Unión(TCU) y Agencias Reguladoras: límites y excesos de la accountability horizontal

Flávio Garcia Cabral², Leandro Sarai³ e Cristiane Rodrigues Iwakura⁴

<https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v13i24.450>

Resumo: O artigo investiga, pelo método indutivo, a atuação do Tribunal de Contas da União (TCU) quando interfere na atividade-fim das Agências Reguladoras. Trata-se de questão que ainda gera imbróglis e insegurança jurídica na atividade regulatória por não se compreender ao certo os limites jurídicos do controle. Busca-se pesquisar como o TCU tem interferido nessa atividade, identificando seus limites e excessos. Ao final apura-se que o Tribunal, embora detenha competência para realizar controle sobre a atividade-fim das Agências Reguladoras, dentro de certos limites, tem, na prática, extrapolado sua competência, substituindo, de maneira indevida, em diversos casos a competência regulatória delas.

Palavras-Chave: Regulação; Agências Reguladoras; Tribunal de Contas da União; Controle; Competências.

Abstract: The article investigates, through the inductive method, the performance of the Federal Audit Court(TCU) when it interferes in the core activity of Regulatory Agencies. This is an issue that still generates imbroglis and legal uncertainty in the regulatory activity, as the legal limits of control are not fully understood. The aim is to research how TCU has interfered in this activity, identifying its limits and excesses. In the end, it appears that the Court, although it has competence to control the core activity of the Regulatory Agencies, within certain limits, has, in practice, extrapolated its competence, substituting, in several cases, the regulatory competence in an improper way.

Key words: Regulation; Regulatory agencies; Federal Audito Court; Control; Competence.

Resumen: El artículo investiga, a través del método inductivo, el desempeño del Tribunal de Cuentas de la Unión (TCU) cuando interfiere en la actividad central de las Agencias Reguladoras. Este es un tema que aún genera embrollos e inseguridad jurídica en la actividad regulatoria, ya que no se comprenden plenamente los límites legales del control. El objetivo es investigar cómo el TCU ha interferido en esta actividad, identificando sus límites y excesos. Al final, parece que la Corte, si bien tiene competencia para controlar la actividad principal de las Agencias Reguladoras, dentro de ciertos límites, en la práctica ha extrapolado su competencia, sustituyendo, en varios casos, la competencia regulatoria de manera indebida.

Palabras clave: Regulación; Agencias regulatorias; Tribunal de Cuentas de la Unión; Control; Competencia.

1 Artigo submetido em 13/07/2021 e aprovado em 12/11/2021.

2 Unigran-Capital (Campo Grande/MS)

3 Escola da AGU

4 Escola da AGU

INTRODUÇÃO

Há pelo menos mais de duas décadas, a atuação estatal em torno dos serviços públicos e das atividades econômicas se alterou no Brasil, focando o Estado em priorizar uma atividade de regulação e fiscalização, em detrimento de um modelo de Estado essencialmente prestador.

Sem a pretensão de se debater a adequação ou não desse modo de atuação estatal à luz do texto constitucional brasileiro, certo é que o estudo da atividade regulatória no Brasil, com mais destaque a como as Agências Reguladoras têm se comportado, é questão imprescindível para a compreensão da Administração Pública atualmente.

Nesse cenário, dentro do espectro de questões envolvendo as Agências e a regulação, uma que se destaca é entender a relação entre o Tribunal de Contas da União (TCU) e as Agências, no que tange justamente às balizas de controle que podem ser exercidas pela Corte de Contas em relação à atividade finalística das Agências.

Assim, as problemáticas primordiais a serem respondidas são: como o TCU tem atuado na atividade regulatória desenvolvida pelas Agências Reguladoras? Essas interferências são ou não legítimas?

O objetivo deste artigo é, portanto, pesquisar a interferência do TCU na atividade regulatória desenvolvida pelas Agências Reguladoras, investigando os limites e excessos dessa atividade da Corte de Contas.

O trabalho será desenvolvido com a seguinte estrutura: a) primeiramente serão apresentados alguns aportes conceituais sobre a ideia de *accountability* e como a atuação do TCU se insere nesse conceito. Ato contínuo serão apresentados aportes teóricos da função de controle sobre a atividade-fim das Agências Reguladoras. Por derradeiro, desenvolver-se-á a apresentação de alguns acórdãos do TCU nos quais houve alguma interferência na atividade das Agências demonstrando-se, ao final, quais são os excessos e limites do TCU.

Para a realização do artigo, utiliza-se o método de abordagem indutivo, possuindo natureza descritiva e exploratória quanto aos fins e bibliográfica, conjuntamente com a utilização de fontes primárias (a exemplo de Acórdãos do TCU), em relação aos meios.

Os limites para a realização da pesquisa repousam essencialmente na amostragem dos Acórdãos selecionados, tendo em vista o vasto universo de decisões proferidas pelo TCU no que tange à atividade regulatória, aliado aos limites formais de espaço do presente artigo.

1. *Accountability*, questões conceituais e o TCU

A ideia de *accountability*, cuja nomenclatura ainda hoje é de difícil tradução para o português, remete a variadas conceituações, ainda que próximas, normalmente privilegiando ideias como controle, responsabilidade e sanção. Sem prejuízo de outras formas de compreensão de *accountability*, entende-se o termo como sendo um “procedimento complexo, que impõe aos agentes públicos a obrigação de informar e justificar os atos praticados, tendo, como consequente, a capacidade de sancioná-los quando tenham violado as obrigações a eles impostas pela estrutura constitucional a qual representam” (CABRAL, 2015, p. 152).

Nesta toada, pioneiro nas classificações de *accountability*, Guillermo O’Donnell trouxe a lume classificações pautadas por uma metáfora espacial, distinguindo duas espécies principais: vertical e horizontal.

Assim, *accountability* vertical seria a responsabilização dos agentes políticos perante o eleitorado, que demonstraria sua aprovação ou reprovação de diversas formas, em especial com o advento das novas eleições, onde, por meio do voto, os votantes evidenciam sua insatisfação ou não, ou ainda com manifestações sociais e de protesto, muitas vezes vinculadas a uma atividade de uma imprensa livre (O’DONNELL, 1997, p. 144).

Sobre a questão, destaque-se que a lógica desta forma de *accountability*, tradicional por natureza nos regimes democráticos, em especial os ocidentais, repousa na compreensão de que os eleitores, na ocasião das eleições (que, em uma estrutura democrático-republicana, necessitam de periodicidade), realizam uma avaliação *post facto* da gestão anterior, punindo os maus gestores com o não recebimento de seu voto, e conseqüentemente sua não reeleição, ou premiando-os com o voto, reelegendo-os, portanto (CABRAL, 2014, p. 38).

Interessante apontar que concepção de *accountability* vertical em O’Donnell ultrapassa simplesmente o cenário eleitoral. Isso é claro na própria definição trazida ao fenômeno por O’Donnell (1998, p. 28), para quem “eleições, reivindicações sociais que possam ser normalmente proferidas, sem que se corra o risco de coerção, e cobertura regular da mídia ao menos das mais visíveis dessas reivindicações e de atos supostamente ilícitos de autoridades públicas” são dimensões do que denomina “*accountability* vertical”.

Nota-se que os traços referentes a um controle social (*accountability* social) (PERUZZOTTI; SMULOVITZ, 2006), seja por meio de uma imprensa minimamente livre, seja por meio de movimentos sociais, sempre estiveram presentes nos trabalhos de Guillermo O'Donnell.

Outro ponto de interesse de Guillermo O'Donnell (2004, p. 12) repousa na *accountability* horizontal, entendida como o controle constituído por instituições estatais que têm autoridade legal e estão faticamente dispostas e capacitadas para empreender ações que vão desde o controle rotineiro até sanções penais, ou até mesmo o *impeachment*, em relação a ações ou omissões, tidas como ilícitas, de outros agentes ou instituições do Estado.

Percebe-se, portanto, que o controle horizontal é constituído por órgãos ou agências que, pautados com um mínimo de independência, exercem o controle de seus “pares”, ou seja, o controle existe dentro do próprio quadro estatal, mas sem haver uma relação de subordinação.

Pode-se citar, de forma exemplificativa, como instituições hábeis a exercer o controle horizontal, além do controle entre Poderes, em especial o Legislativo sobre o Executivo, o Ministério Público, os Tribunais Constitucionais e, em particular, no Brasil, os Tribunais de Contas.

O maior problema envolvendo essa forma de *accountability*, na realidade da maior parte dos países latino-americanos, seria a sua ausência. Assim, embora estes países detenham *accountability* vertical, teriam um *déficit* da modalidade horizontal, que seria consequência de um modelo de democracia que o autor denomina de Democracia Delegativa⁵.

Enquanto a prestação de contas vertical encontra-se presente, em menor ou maior medida, em todas as formas de democracia, a prestação de contas horizontal costuma ser débil, ou quase inexistente nas Democracias Delegativas (O'DONNELL, 1998), marcadas por uma “pessoalização” extrema do chefe

do Executivo, que enxerga nos mecanismos de controle obstáculos a sua gestão.

Vejam que o problema apontado por O'Donnell na década de 90, nos países da América Latina, era justamente a ausência de uma *accountability* horizontal efetiva, o que acaba acarretando modelos de Democracias Delegativas.

Muito embora este problema, à luz da realidade brasileira, pareça continuar existindo, afinal a impunidade e a resistência de governantes a mecanismos de controle ainda é um traço muito forte dos diversos governos pós 1988 que tivemos, o problema em relação à *accountability* horizontal no Brasil adquire novos contornos diferenciados.

Sai-se de um panorama de um déficit de controle para um cenário de controle em excesso, desbordando os limites constitucionais e legais. O que se tem observado nas últimas décadas é justamente a existência de um ativismo de contas, entendido como o comportamento dos Tribunais de Contas que, a pretexto de se mostrarem proativos ou de serem encarados como concretizadores de direitos fundamentais ou controladores de políticas públicas, acabam por exercer suas atribuições em desconformidade com o que permite o texto constitucional e infraconstitucional, demonstrando a subjetividade na tomada de decisões por seus membros (CABRAL, 2021).

Nesse cenário, no qual o controle da Administração transita entre deficiências e excessos, resta compreender, em relação ao controle da atividade regulatória, em qual campo o TCU tem se localizado: o da omissão ou o do excesso?

2. Interferências do TCU na atividade regulatória

Quando se fala de regulação da atividade econômica no Brasil, é certo que seu debate acadêmico ganha corpo e força na década de 1990, ainda que houvesse anteriormente a isso, por certo, a atividade de regulação no país.

A atividade da regulação econômica pode ser compreendida como a ação normativa do Estado no mercado, estando este submetido à manutenção da economia nacional, de modo a assegurar a aplicabilidade dos princípios constitucionais voltados ao incremento, fomento, organização e supervisão da atividade econômica (FRANÇA, 2016, p. 196-196).

É nesse momento, com o foco do Estado na regulação, que emerge a figura das Agências Reguladoras no Brasil, cuja missão seria a de ponderar e equilibrar, de maneira equidistante, interesses que se

5 Em que pese a Democracia Delegativa ser marcada pela pessoalidade exacerbada dos Presidentes, traço encontrado muitas vezes na realidade brasileira, não se desconhece que as colocações de Guillermo O'Donnell de décadas atrás (que justamente por isso necessitam ser repensadas) merecem algumas ponderações em relação ao Brasil no que tange a agenda política dos últimos tempos. Deveras, a governabilidade brasileira tem demandado há um tempo algo que vem sendo denominado de presidencialismo ou gestão de coalização. Sobre o assunto, Sérgio Abranches (1988) pioneiramente expõe que o Brasil figura com o único país que, ademais de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e também um “presidencialismo imperial”, organiza o Poder Executivo com base em grandes coalizões, a que ele denominada presidencialismo de coalizão.

poderiam mostrar antagônicos, possuindo poderes normativos e administrativos funcionalizados para incentivar e induzir comportamentos, mas que deveriam sempre ter como fim a confluência para o atendimento do interesse Público (GARCIA, 2014, p. 66).

Apura-se que a legislação criadora das agências no Brasil lhes conferiu o exercício de uma atividade normativa⁶, é dizer, a possibilidade de editar atos gerais e abstratos, de modo a regulamentar as atividades econômicas que vinham sendo desempenhadas pelo setor privado.

Ao longo dos últimos vinte anos, conforme apuram Sérgio Guerra e Natasha Schmitt Caccia Salinas (2018, p. 404), as Agências Reguladoras federais editaram atos normativos em número superior ao das leis editadas pelo Congresso Nacional, sendo que a produção dessas normas foi acompanhada da realização de milhares de audiências e de consultas públicas, com o intuito de garantir à população o direito de participar do processo de construção dessas normas.

Quando se põe em pauta a temática da regulação estatal e as Agências Reguladoras, invariavelmente se questiona a possibilidade e limites de seu controle. É desta forma que se indaga se poderia o Tribunal de Contas da União realizar fiscalização/controlar sobre a atividade regulatória no Brasil.

O controle sobre a regulação coloca-se sob duas óticas distintas: a primeira refere-se ao controle exercido sobre as Agências Reguladoras em si (ente regulador), em relação a sua atividade-meio; a segunda diz respeito ao controle por um órgão externo da própria atividade de regulação desempenhada pelas Agências Reguladoras (atividade-fim).

Quanto ao primeiro aspecto, concernente à atividade-meio (realização de licitações, compra de materiais, contratação de pessoal, realização de concursos públicos etc.) das Agências Reguladoras, não há dúvida de que a Corte de Contas tem plena competência para a sua fiscalização, dentro das balizas constitucionais dos critérios e objeto de controle. Sendo as Agências Reguladoras espécie do gênero autarquias, pessoas jurídicas de direito público, que contam com recursos orçamentários e agentes públicos, as atribuições de fiscalização do TCU em relação a elas não adquire nenhum colorido diferente do controle exercido sobre as demais entidades da Administração Pública Indireta. (CABRAL, 2020, p. 467).

6 Essa percepção pode ser apurada de maneira clara da atual legislação, a exemplo da Lei nº 13.848, de 2018 (Lei Geral das Agências Reguladoras), que traz previsões expressas sobre a atividade normativa, a exemplo do contido no artigo 6º e 21.

No entanto, Walton Alencar Rodrigues rememora que no surgimento das Agências Reguladoras pôs-se em xeque a legitimidade do TCU para realizar esse controle. Segundo o Ministro do TCU, as primeiras auditorias realizadas pela Corte foram tachadas de impertinentes e inconstitucionais, sendo consideradas por alguns como clássico exemplo de indevida ingerência do TCU nessas entidades, chegando-se a alegar a imunidade dessas entidades ao controle, em razão da autonomia e da independência que, supostamente, estava a conferir-lhes a lei (RODRIGUES, 2005, p. 41).

Mencione-se como exemplo desta concepção inicial, a respeito dos entes reguladores, as Prestações de Contas da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, referentes aos exercícios de 1997, 1998 e 1999, em que a entidade, para justificar a violação de várias leis e decretos, afirmou expressamente que a independência, assegurada na sua lei de criação, tornava-a desvinculada das normas advindas de outras entidades públicas, salvo no caso da explícita aceitação dessas regras pela própria agência fiscalizada (TC 004.266/1998-6, TC 007.026/1999-4 e TC 008.249/2000-9) (RODRIGUES, 2005, p. 41-42).

Por evidente que essa posição inicial se mostrava desassociada do texto constitucional e foi refutada tanto pelo órgão de controle externo como pelo Poder Judiciário. A existência de um efetivo controle sobre as Agências Reguladoras não lhes retira a independência ou neutralidade necessária para o cumprimento de suas funções. Se assim o fosse, qualquer ente controlado alegaria isso, fazendo com que o controle da Administração Pública restasse inexistente.

A bem da verdade, tratar as Agências Reguladoras como dotadas de uma independência ampla é falso. Tal característica talvez remonte ao modelo de agências norte-americano, mas não no Brasil. Como destaca Emerson Gabardo (2009, p. 140), tais entidades não existem no nosso país, tratando-se simplesmente de autarquias especiais. Mesmo as Agências verdadeiramente independentes dos Estados Unidos configuram-se como um local especial na estrutura administrativa do Estado, logo, fazem parte deste.

A problemática maior surge quando se está diante do segundo ponto, isto é, saber se o TCU poderia controlar a atividade-fim das Agências Reguladoras, é dizer, o próprio ato regulatório.

A esse respeito, as posições que sustentam essa possibilidade de controle, em particular do próprio TCU, utilizam dois fundamentos principais: a) a aptidão da Corte em realizar “auditoria operacional”,

a qual legitimaria tal espécie de intervenção; b) na atuação finalística das Agências Reguladoras sempre haveria repercussão sobre o erário, o que submeteria os atos dessas entidades ao controle externo (MARCQUES NETO; FREITAS, 2018).

De fato, o TCU tem se posicionado no sentido de possuir atribuição não só de controlar as contas (atividade-meio das Agências Reguladoras), mas também os atos de regulação (atividade-fim das Agências Reguladoras), tendo a Corte de Contas da União incorporado expressamente as normas sugeridas pela Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI) para auditoria da regulação econômica.

Em sentido oposto, com um olhar limitador das atribuições do TCU em matéria regulatória, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (2012, p. 67) se posicionam dizendo que “matéria regulatória decidida pela entidade não integra objeto do exame de legalidade a ser exercido por esse órgão de controle”. Prosseguem alegando que a fiscalização pelo TCU quanto à conformidade está circunscrita à atuação financeira (em sentido amplo), não sendo cabível avaliar e revisar toda e qualquer decisão administrativa tomada pela entidade.

Buscar uma posição dentro desse embate, ou mesmo construir um caminho que não se paute em alguma das posições opostas, demanda que se verifique primeiramente como o TCU tem, na prática, atuado sobre a atividade-fim das Agências Reguladoras.

2.1. Acórdãos do TCU

A escolha⁷ das decisões do TCU apontadas adiante foi feita pelo fato de que elas comungam de um aspecto: são Acórdãos que, expressa ou implicitamente, trazem pronunciamentos do Tribunal sobre sua própria (suposta) competência para interferir na atividade-fim das Agências Reguladoras.

Embora os julgados selecionados não tenham o condão de esgotar as deliberações do TCU sobre a questão da fiscalização relacionada à atividade regulatória das Agências, mostram-se significativos e

7 Ainda que se possa eventualmente rotular a seleção dos Acórdãos expostos a seguir como meros “cherry pickings”, é relevante notar que, neste aspecto, a simples identificação de algumas poucas decisões que evidenciem um comportamento do TCU que extrapole os limites jurídicos é mais do que o suficiente para demonstrar o equívoco na atuação da Corte. É dizer, ainda que possa haver inúmeras decisões adequadas emitidas pelo TCU, o só fato de existirem Acórdãos que realizem um controle indevido sobre a atividade das Agências é capaz de por em xeque a atuação do TCU em relação à atividade regulatória.

capazes de demonstrar como a Corte tem se posicionado, salvo raras exceções, sobre a atuação em face da seara regulatória.

A primeira decisão a que se deve fazer menção, por ser até hoje invocada pelo TCU⁸ quando realiza controle da atividade regulatória, é o Acórdão nº 1703/2004. Neste julgado paradigma, mais do que o próprio mérito da decisão, destaca-se uma suposta autolimitação imposta pela Corte a sua atuação em relação à atividade-fim das Agências Reguladoras.

Segundo o voto referência do Ministro-Relator Benjamin Zymler, o papel do TCU seria realizar um controle de segunda ordem, analisando a atuação das Agências, mas não a própria regulação. Assim, não competiria ao Tribunal “se substituir às agências ou limitar os seus poderes”.

Desde a referida decisão o Tribunal invoca essa concepção de controle de segunda ordem para justificar a natureza da fiscalização que exerce, arguindo o fato de que não interfere diretamente na ação da Agência. O objeto da fiscalização não seria o jogo regulatório em si mesmo considerado, mas sim a própria atuação das Agências como agentes de estabilização e mediação desse jogo (DUTRA; REIS, 2020, p. 102).

Assim, a ideia de um controle de segunda ordem representaria um controle adicional, somente no sentido de verificar se as Agências estariam cumprindo suas finalidades institucionais e se estão exercendo corretamente sua função fiscalizatória/regulatória.

Sem embargo, no próprio Acórdão mencionado, conforme nota Eduardo Jordão (2021), já se observa certa contradição entre a autolimitação abstrata e atuação concreta do Tribunal, uma vez que a própria Corte reconhece que, por vezes, exerceu funções de típico regulador, mas explica que assim agiu “quando as Agências Reguladoras, por se encontrarem em sua fase inicial de implantação, ainda não dispunham das condições necessárias para exercer plenamente as respectivas competências”.

A problemática reside em reconhecer até que ponto a atuação do TCU se limita a essa atividade de controle de “segunda ordem”. Ao contrário do que parece sustentar o Tribunal, em outros casos a Corte acaba não por realizar somente um controle adicional das finalidades institucionais das Agências, mas sim substituir o controle das Agências, subordinando-as a suas conclusões.

8 Invocando a concepção de controle de segunda ordem (controle do cumprimento dos fins institucionais, como se vê a seguir no texto) confira-se os Acórdãos TCU-Plenário nº 620/2008, 715/2008, 1313/2010, 2313/2014 e 155/2017.

De fato, no Acórdão 1.704/2018-Plenário, no qual se analisava questões pertinentes ao setor portuário, em particular a possibilidade de cobrança do Terminal Handling Charge 2 - THC2, a Corte de Contas consignou que é “possível a expedição de determinação pelo TCU para a correção de ato normativo elaborado por Agência Reguladora quando verificada ineficácia nas ações de regulação ou omissão no tratamento concedido à matéria sob sua tutela, sem que isso caracterize intromissão na autonomia funcional da agência”.

Em outro caso, também envolvendo o setor portuário, no Acórdão nº 2.310/2018-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, a Corte analisava a auditoria realizada que apurava os entraves que impactam a eficiência dos portos brasileiros e buscou identificar oportunidades de redução do custo e tempo de liberação de cargas. Segundo o Tribunal, verificou-se que a atuação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) “não garante a harmonização de objetivos entre usuários donos de carga e empresas arrendatárias, o que possibilita a cobrança de preços abusivos no segmento de contêineres”. Deste modo, o TCU determinou à Antaq que desenvolva metodologia de análise de denúncias sobre abusividade de preços e tarifas praticados por terminais e operadores portuários; regulamente processo para a obtenção sistemática dos custos dos terminais; e estabeleça medidas para acompanhar o comportamento dos preços e das tarifas praticados.

Observa-se, de maneira clara, que, segundo o TCU, a maneira de atuação daquela Agência estava sendo insuficiente, chegando a determinar que ela realizasse determinada regulamentação no sentido proposto pela Corte. Ou seja, a Corte acaba por “re-

comendar” (leia-se, determinar⁹) como a Agência Reguladora deve regular o setor correspondente.

Ainda no mesmo ano de 2018, no Acórdão 380/2018 - Plenário, o Tribunal de Contas da União analisou uma Representação, com pedido de cautelar, sobre indícios de irregularidade na Resolução Normativa nº 1/2015-ANTAQ. Segundo a representação, o aludido ato normativo conteria exigência de requisitos não previstos na Lei nº 9.432/1997, que versa sobre a ordenação do transporte aquaviário nacional, o que violaria a livre concorrência no setor.

Segundo voto do Ministro-relator, que entendeu pelo extrapolamento da atividade normativa da ANTAQ, era clara a competência do TCU para atuar nesse caso, já que se tratava de questão afeta a serviço público, que teria caráter administrativo a atrair a competência da Corte de Contas.

O ponto-chave desse julgado seria que circunstância atrairia ou não a atuação do TCU. O fato de haver de fato um extrapolamento da competência normativa da Agência Reguladora torna o TCU a instituição adequada para controlar esse excesso? Ser um ato normativo que tenha relação com o serviço público é questão suficiente para que o TCU possa atuar?

Aqui parece residir um outro problema frequente em decisões da Corte de Contas. O TCU vem adotando uma interpretação amplíssima, por meio da qual havendo qualquer gasto público, ainda que indireto ou reflexo, sua atuação seria cabível (CABRAL, 2021). O problema dessa forma de interpretar

9 O TCU, no Acórdão nº 600/2019 - Plenário, esclareceu que tem se valido com frequência em suas deliberações da dinâmica de formular determinações com o objetivo de que sejam corrigidas as “irregularidades detectadas em face da afronta ao arcabouço normativo; por outro lado, quando os atos a serem adotados pelos gestores são discricionários, o Tribunal formula recomendações”. Sem embargo, neste mesmo Acórdão o Tribunal de Contas aponta que as consequências pelo descumprimento das determinações e recomendações é praticamente idêntico. Segundo a Corte, “as determinações do TCU são de cumprimento obrigatório por parte dos responsáveis, e o atraso em seu cumprimento, ou descumprimento, devem ser justificados e comunicados à Corte de Contas, sob pena de responsabilização. Por sua vez, as recomendações, embora não sejam de cumprimento obrigatório, não podem ser desconsideradas pelo gestor, sem justificativas adequadas, também sob pena de responsabilização”. Ou seja, determinação ou recomendação devem ser cumpridas (salvo se houver justificativa para o seu não atendimento), sob pena de responsabilização. Lido de outro modo: determinações e recomendações possuem o mesmo regime e consequências. No mesmo sentido, ainda que enxergando como sendo uma medida positiva para conferir maior efetividade ao controle externo, Luciano Zambrota (2004, p. 257) conclui que as recomendações dos Tribunais de Contas possuem um caráter normativo-vinculativo para o administrador, em especial quando se observa que o seu não atendimento pode ocasionar a aplicação de sanções. Sobre a questão, confira-se ainda Marques neto et al. (2019, p. 37-70) e Rosilho (2016, p. 318-321).

é que, tratando-se de Administração Pública, tudo gera algum custo, sendo desarrazoado crer que caberia ao TCU atuar sobre qualquer ato feito no âmbito da Administração.

Prosseguindo, alguns anos antes, no Acórdão nº 644/2016, de relatoria do Ministro Walton Alencar, o TCU decidiu pedido de reexame da ANEEL em relação à decisão proferida por meio do Acórdão nº 1.293/2015, no qual o Tribunal analisou o primeiro estágio do leilão para concessão de serviço de transmissão de energia elétrica associado ao sistema da Usina de Belo Monte/PA e expediu determinações para que a Agência alterasse a metodologia de cálculo da estimativa de valores dos equipamentos a serem adquiridos pela concessionária (PEREIRA, 2019, p. 142).

Neste caso, mais uma vez o Tribunal menciona seu precedente de somente atuar sobre atos de regulação em um modelo de controle de segunda ordem, “na medida que o limite a ele imposto esbarra na esfera de discricionariedade conferida ao ente regulador”. Contudo, no caso concreto reconheceu a ausência de regras específicas para a determinação do cálculo da forma como havia feito, sustentando que assim o fazia com base nos princípios da economicidade e modicidade tarifária (sem esclarecer de maneira clara qual o conteúdo dessas normas principiológicas).

Em decisão mais recente, no Acórdão nº 3251/2020-Plenário, construiu na sua ementa a mesma posição acima tratada, segundo a qual a Corte “pode determinar medidas corretivas a ato praticado na esfera de discricionariedade das Agências Reguladoras, desde que esse ato viole o ordenamento jurídico, do qual fazem parte os princípios da economicidade da Administração Pública e da modicidade tarifária na prestação de serviços públicos”.

Analisando este último Acórdão, Eduardo Ferreira Jordão (2021) expõe, em tom crítico, que, “dada a lassidão por todos conhecida destes princípios, na prática que [sic] o TCU respeitará a discricionariedade das agências... quando concordar com as suas decisões”.

Deveras, um ponto em comum em quase todos os casos envolvendo a interferência do TCU na atuação finalística das Agências Reguladoras tem sido o uso de conceitos jurídicos indeterminados (em especial a ideia de “interesse público”) e cláusulas gerais como fundamento preponderante para sua atuação (DUTRA; REIS, 2020, p. 108).

Pode-se trazer para debate igualmente os Acórdãos nº. 548/2020-Plenário e nº 2.533/2017-Plenário.

O que há em comum entre ambos é que a Corte analisa termos de ajustamento de conduta celebrados por Agências Reguladoras (ANATEL no primeiro caso e ANTT no segundo). Nestes Acórdãos, o que se extrai é que a Corte, inicialmente, aponta que não cabe a ela afastar as decisões discricionárias da Agência, embora, ao decidir sobre os casos, acabe por tomar para si a atribuição de decidir o que melhor representa o “interesse público primário”.

Mais uma vez tem-se uma dissonância entre as premissas abstratas de deferências, autocontenção, regulação de segunda ordem e respeito à discricionariedade e uma invocação prática de substituição das tomadas de decisões das Agências, submetendo-as as suas considerações sobre o que melhor representa o interesse público (conceito marcado, repita-se, de extrema indeterminação).

2.2. Limites, excessos e caminhos do controle

Os Acórdãos apontados acima, colhidos por amostragem dentro de um vasto material envolvendo a relação entre TCU e Agências Reguladoras, são capazes de demonstrar como a Corte tem se posicionado, salvo raras exceções, sobre a atuação em face da seara regulatória.

Embora haja uma invocação abstrata que busca indicar uma autolimitação, seja por meio da indicação de um “mero” controle de segunda ordem, seja pela afirmação de que havendo maior discricionariedade ao gestor não cabe aos órgãos de controle imporem mais amarras burocráticas, a prática demonstra que essas considerações se mostram semanticamente frágeis, já que não impedem que o Tribunal realize um controle que acaba por subordinar a atuação das Agências Reguladoras.

A ausência de limites claros e expressos quanto à possibilidade de interferência do TCU na atividade regulatória gera uma situação de forte insegurança e possibilidade de sobreposição de controles. Conforme expressam Helder Queiroz Pinto Jr. e Heloisa Lopes Borges (2004, p.-11), esta circunstância pode gerar conflitos de competência (como no caso das revisões tarifárias do setor elétrico, por exemplo), levando a uma situação de instabilidade jurídica e institucional, na qual os agentes (reguladores e regulados) não sabem qual decisão prevalece, podendo se utilizar desta indefinição para escapar das regras do setor ou, em outra direção, evitar investimentos (naquilo que a literatura identifica como *hold up*).

Na prática, em diversas hipóteses, a Corte de Contas, ainda que abstratamente declare exercer um

“controle de segunda ordem”, tem acabado por substituir o “controle de primeira ordem” que seria exercido pelas Agências Reguladoras.

Embora se note um aparente excesso por parte do TCU na sua atuação frente às Agências Reguladoras, não se pode, por outro lado, pregar uma total ausência de competência controladora ou minimizá-la a uma mera rotina protocolar, sem eficácia. A solução parece não estar em nenhum dos extremos.

De um lado, resta evidente que o TCU não tem competências amplas para rever e controlar todo e qualquer ato regulatório exercido pelas Agências Reguladoras. A Constituição não lhe deu tais atribuições. Além disso, por exercer função administrativa, não lhe cabe servir como instância controladora de todo e qualquer ato. Não serve o TCU como órgão do Poder Judiciário, no qual qualquer ilegalidade pode ser questionada.

O rol de atribuições constitucionais, embora seja bastante amplo, não autoriza que o Tribunal de Contas da União possa controlar, inclusive sustando, qualquer ato administrativo praticado pela Administração. Caso se permitisse essa interpretação equivocada, ter-se-ia na ordem jurídica brasileira um “super-órgão”, responsável por atuar como instância revisora¹⁰ de tudo que a Administração faz (CABRAL, 2020, p. 469).

Se as premissas acima parecem óbvias, da mesma forma não se pode diminuir o papel e importância da Corte de Contas, com uma ideia errônea, mas ainda assim presente no imaginário popular, de que o Tribunal somente controla questões puramente orçamentárias (em sentido estrito).

A existência de um órgão de controle externo constitui pressuposto para uma *accountability* horizontal efetiva, servindo como fortalecimento de toda República. O TCU não pode ser apequenado como um mero órgão subalterno ou de menor importância.

A questão jurídica que se coloca é o limite constitucional da atuação da Corte de Contas. Esse apontamento é necessário porque, quando a Constituição, em seu art. 71, atribui ao Tribunal de Contas da União a função de auxiliar no controle externo, essa atribuição é predominantemente voltada à proteção do Erário e não à verificação de mera regularidade formal ou procedimental de todo e qualquer ato da União ou dos entes da Administração Indireta. Fosse assim, a Corte de Contas se arrogaria o papel de órgão

superior e substituto de todos os agentes incumbidos da gestão pública.

Mesmo a fiscalização do próprio Congresso Nacional, conforme os termos expressos do art. 70, não prejudica o controle interno de cada Poder, o que também reforça a necessidade de observância das orientações expedidas pelo próprio Poder Executivo e, com muito mais razão, suas normas.

Sendo os Poderes independentes e harmônicos, todos têm competência para interpretar a Lei, uma vez que a interpretação é pressuposto para sua aplicação. Daí os atos decorrentes dessa aplicação nascerem com presunção de legalidade. Supondo, contudo, que algum ato nasça inválido, é necessário que o sistema proveja um instrumento para sanar essa anomalia.

Não por outro motivo que, nos termos do art. 49, V, da Constituição, se o Poder Executivo exorbitar de seu poder regulamentar, seu ato poderá ser sustado pelo Poder Legislativo. Veja que o poder de sustar é do Congresso Nacional (ou do Judiciário) e não do TCU. A Constituição é expressa quando pretende tornar os atos dos agentes públicos vinculantes para os demais, como se vê, por exemplo, além do já citado art. 49, V, também no art. 102, §2º (trata do efeito das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade), e no art. 103-A (versa sobre as súmulas vinculantes). Quanto ao TCU, conforme o art. 71, a possibilidade de sustação de atos parece estar restrita a atos envolvendo despesas e não qualquer ato voltado ao cumprimento dos fins institucionais. Aliás, se houvesse possibilidade de controle de legalidade de todo e qualquer ato, nenhum dos incisos do art. 71 seria necessário.

Por isso, no que tange ao controle de legalidade dos atos regulatórios expedidos pelas Agências Reguladoras, desde que tenham pertinência com a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (artigo 70 da CF), não haveria qualquer óbice no controle externo. O só fato de se tratar de uma atividade de regulação não torna o ato imune.

Nessa linha, algumas considerações deveriam servir de norte para a atuação do TCU: a) a leitura do artigo 70 da Constituição, de maneira isolada, parece conferir ao TCU uma competência amplíssima para controlar qualquer ato administrativo, em especial quando menciona a fiscalização operacional. Não obstante, verifique-se que o artigo 70 deve ser lido em conjunto com as atribuições expressas do artigo 71, nas quais se verifica, tomando como exemplo os incisos II e VI, que os atos passíveis de controle pelo

10 A esse respeito, Amauri Feres Saad (2014, p. 63) bem lembra que a competência de controle não se confunde com as competências decorrentes das relações hierárquicas.

TCU são aqueles que tenham pertinência imediata e direta com questões patrimoniais/orçamentárias (em sentido amplo) da Administração Pública; b) estando o ato regulatório inserido no âmbito das competências discricionárias (como ocorre na maior parte das vezes), não compete ao órgão de controle substituir a decisão da Agência Reguladora. Como dito, o TCU não é instância administrativa revisora. Logo, ainda que discorde da escolha do órgão regulador, não cabe imputar qualquer sanção ou suspensão do ato. Não há hierarquia entre TCU e Agência, mas na escolha do caminho a ser seguido no uso de competências discricionárias deve haver preponderância da Administração Pública; e c) deve-se recordar que mesmo no exercício das competências discricionárias há elementos vinculados. Assim, os elementos discricionários não podem ser invocados de maneira arbitrária, ultrapassando os limites normativos. Nesses casos, desde que havendo a pertinência mencionada no item “a”, seria, em tese, possível ao TCU realizar um controle dos atos regulatórios. (CABRAL, 2020, p. 470).

Outro aspecto que merece atenção refere-se ao controle não pelo prisma exclusivo da legalidade, mas sim por critérios de legitimidade e economicidade, constantes no artigo 70 da Constituição.

Autores como Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (2012, p. 61; 68) entendem que o critério de avaliação que gere comandos pelo TCU seria restrito ao aspecto da legalidade. De acordo com eles, quanto aos demais critérios de avaliação, bem como a própria legalidade dos atos regulatórios, caberia ao Tribunal somente emitir recomendações não vinculantes, é dizer, contribuições críticas para ajudar no permanente processo de melhoria que a própria Administração tem de fazer de sua organização e atuação.

Não se vê como acertada essa posição. Por mais que critérios como economicidade e legitimidade sejam conceitos jurídicos indeterminados, que acabam dando uma ampla margem interpretativa, continuam sendo critérios escolhidos pelo legislador constituinte para o controle externo. Além disso, pela leitura constitucional não há qualquer trecho que aparte a possibilidade de se realizar um controle legalista sobre certas atividades e não de legitimidade e economicidade sobre elas.

A solução a ser conferida a esses outros critérios de fiscalização deve ser a mesma, *mutatis mutandis*, mencionada para a análise da legalidade, ou seja, não pode em hipótese alguma o TCU substituir subjetivamente a decisão das Agências; além disso, esse controle deve se referir somente a atos que gerem

gastos públicos diretos. A questão para resolver essa problemática reside justamente na forma como se interpreta e se compreende esses dois critérios (economicidade e legitimidade).

Uma importante contribuição acerca de legitimidade é trazida por Amauri Feres Saad (2014, p. 89), para quem legitimidade, como critério de controle, relaciona-se com o respeito ao devido processo normativo, entendido como a incidência do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa nas atividades administrativas. Assim, cabe ao órgão de controle avaliar se determinado ato que importe dispêndio de recursos públicos foi obediente aos deveres procedimentais correlatos. O problema desse entendimento é que, de certa forma, o desrespeito ao processo envolve o desrespeito a alguma norma e, por conseguinte, acaba se traduzindo como ilegalidade. Para solucionar essa confusão entre ilegalidade e ilegitimidade, uma alternativa seria interpretar a legitimidade pelo critério da adequação concreta do exercício da discricionariedade, ou seja, controlar se, no caso concreto, o administrador tomou melhor decisão. Esse controle só é possível em duas situações, fora das quais haveria afronta à competência do administrador. A primeira situação ocorre quando inquestionavelmente a decisão no caso concreto é inadequada, uma vez que o espaço da discricionariedade está justamente no âmbito das dúvidas inelimináveis, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 47), embora se reconheça que essa primeira hipótese ainda é campo para intermináveis disputas. A segunda hipótese é aquela dos motivos determinantes, ou seja, quando os motivos expostos pela própria autoridade destoam da realidade.

Quanto à economicidade, este pode ser entendido como elemento constitutivo da eficiência administrativa. A significação atribuída por parcela significativa da doutrina brasileira, salvo algumas escassas manifestações dissonantes, sintetizam a pré-compreensão de que economicidade diz respeito à minimização de custos. Além disso, como se infere do artigo 70, caput, da Lei das leis, não se trata de menor custo em qualquer atividade, mas sim nas que sejam desempenhadas pela Administração Pública (CABRAL, 2019, p. 156).

Percebe-se que, caso o ato regulatório emitido pela Agência não cumpra com os procedimentos normativos determinados pela ordem jurídica, ou ainda acarrete custos diretos desproporcionais, seria possível ao TCU controlar esses atos (não meramente recomendar sem caráter vinculante).

De qualquer maneira, mesmo com esses critérios de controle, deve-se sublinhar que a discricionariedade confere ao agente público, sempre nos limites da moldura legal determinada, certa margem de conformação na escolha diante dos casos complexos. Feitas as comparações permitidas e possíveis, se ainda não houver uma melhor opção evidente, a complexidade permitirá, no que toca ao controle do ato, uma escolha subjetivamente válida do agente público entre os meios restantes (CABRAL, 2019, p. 153), o que impedirá o TCU de interferir na atividade administrativa.

Acrescente-se a tudo isso o fato de que parte significativa da atividade regulatória das Agências não implica gastos imediatos e diretos. O que ocorre, portanto, é que muitas vezes a competência do TCU é afastada não pelos critérios de controle do artigo 70, mas justamente pelo fato, já exposto acima, de que a atividade do Tribunal se circunscreve aos atos administrativos que tenham pertinência patrimonial/orçamentária em sentido lato.

Soma-se, ainda, que a omissão ou deficiência regulatória também não pode atrair a competência do TCU para que ele mesmo, diretamente, realize a regulação que julga adequada. Justamente pelo fato de a regulação ser uma questão meritória, não cabe a um agente externo, que não tem atribuição nessa seara, tampouco possui hierarquia sobre as Agências Reguladoras, substituir a atuação destas. Como expõe Flávio de Araújo Willeman (2020, p.308) ao tratar de omissões regulatórias, as “Cortes de Controle devem apenas exercer suas competências para declarar a eventual mora regulatória e determinar que seja sanada com a prática do ato regulatório ou com a justificativa técnica de que a regulação está a ocorrer de forma eficiente a partir do fenômeno da desregulamentação”.

Sem prejuízo dessas limitações que devem ser observadas pelo TCU, uma atuação concertada, com equilíbrio das relações institucionais, é ainda o caminho que melhor parece atender tanto à defesa do Erário, como ao interesse público. O cenário ideal, que seria constitucionalmente adequado e se mostraria concretizador do interesse público seria, em vez de condutas concorrentes¹¹ entre Agências Reguladoras e TCU, uma atuação coordenada entre ambos.

A esse respeito, Benjamin Zymler (2019) defende que cabe ao Tribunal contribuir para o atingimento de um nível de excelência na prestação de serviços públicos e, para isso, no que concerne à fiscalização operacional das atividades-fim das Agências Reguladoras, o TCU deve assumir uma posição de parceiro dessas entidades paralelamente à de fiscal.

Esse caminho, contudo, demanda uma alteração de perfil institucional da Corte de Contas, que, ao menos nos últimos anos, como já mencionado previamente, tem se posicionado por meio de atuações ativistas, em busca de um maior protagonismo. Cabe ao TCU, sem desmerecer sua importância, iniciar um lento processo de “*self restraint de contas*”, entendendo que seus balizadores são as diretrizes constitucionais e que não é ele o responsável por controlar e punir todo e qualquer ato (ainda que isso implique deixar condutas antijurídicas sem a sua apuração, confiando na atribuição e atuação institucional de outros atores do sistema de controle).

Essa atuação coordenada perpassa, minimamente, algumas formas de atuação: a) realização de determinados planejamentos conjuntos da atuação de cada entidade; b) realização de eventos de treinamento e capacitação de maneira cooperada e com temáticas correlacionadas; c) realização de convênios para intercâmbio de informações e/ou acesso a sistemas; d) deferência por parte do órgão de controle às decisões tomadas no campo da discricionariedade.

11 Mesmo se considerando que a atuação sobre a atividade regulatória, por ambos os atores (TCU e Agência), seja constitucional/legal, ainda assim se vê que essa atividade sobreposta se mostra indesejada. Além do fato de as Agências possuírem uma maior especialização técnica na fiscalização do setor regulamentado, a constituição de equipes de auditores do TCU cada vez mais especialistas representa uma sobreposição institucional com várias consequências do ponto de vista organizacional: desperdício de recursos públicos, duplo comando, imprevisibilidade da regulação, entre outras (GOMES, 2006, p 629). Acrescente-se ainda que há uma percepção de que a atuação do TCU representa uma ameaça de aumento do risco de aversão em relação à tomada de decisões. Afinal, não seria prudente se comprometer com decisões que poderiam posteriormente ser revistas pelo TCU (LODGE et al, 2017, p. 33).

3. RECOMENDAÇÕES

À luz das considerações apresentadas ao longo do texto, é possível apresentar, em tom conclusivo, mas não exaustivo, algumas recomendações para a melhoria do controle externo pelo TCU em relação às Agências Reguladoras e para que a *accountability* horizontal não seja exercida nem com deficiências nem com excessos.

Assim, apurando que o TCU tem, em diversas ocasiões, substituído de forma ilegítima as competências das Agências Reguladoras, recomenda-se que a Corte de Contas:

- a) exerça controle sobre a atividade-meio das Agências Reguladoras, quando esteja dentro do âmbito de suas competências;
- b) não supra a omissão regulatória, cabendo somente, se estiver dentro do aspecto de sua competência, indicar a mora da Agência Reguladora, determinando sua complementação;

- c) não atue como órgão revisor de todo ato antijurídico praticado pela Administração Pública;
- d) inicie um processo de “*self restraint de contas*”, reconhecendo as limitações institucionais, suas competências, e prestando deferências às escolhas das Agências Reguladoras, ainda que com elas não concorde;
- e) não atue como agente regulador direto;
- f) reconheça que as Agências Reguladoras não lhes são hierarquicamente subordinadas;
- g) aplique efetivamente as premissas que defende, no sentido de que somente pode atuar como agente controlador de segunda ordem em relação aos atos das Agências;
- h) reconheça que suas competências somente são atraídas quando os atos praticados tiverem pertinência imediata e direta com questões patrimoniais/orçamentárias (em sentido amplo) da Administração Pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados*, v. 31, n. 1, p. 5-38, 1988.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CABRAL, Flávio Garcia. O ativismo de contas do tribunal de contas da união (TCU). *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, vol. 16, p. 215 - 257, jan./mar. 2021.
- _____. *O conteúdo jurídico da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- _____. O Tribunal de Contas da União (TCU) e o controle da atividade regulatória. In: FONSECA, Reynaldo Soares da; COSTA, Daniel Castro Gomes da (Coord.). *Direito regulatório: desafios e perspectivas para a Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 455-475.
- _____. *O Tribunal de Contas da União da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Verbatim, 2014.
- _____. Os fundamentos políticos da prestação de contas estatal. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, v. 270, p. 147-169, set./dez. 2015.
- DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. *O soberano da regulação: o TCU e a infraestrutura*. São Paulo: Editora Singular, 2020.
- FRANÇA, Phillip Gil. *Controle da Administração Pública: combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências. *Revista de Contratos Públicos*, Belo Horizonte, a.3, n. 5, mar./ago. 2014.
- GOMES, Eduardo Granha Magalhães.. As agências reguladoras independentes e o Tribunal de Contas da União: conflito de jurisdições? *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 615-630, 2006.
- GUERRA, Sérgio; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Controle político da atividade normativa das agências reguladoras no Brasil. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 9, n. 3 set./dez. 2018, p.404.
- JORDÃO, Eduardo Ferreira. Quais os limites das competências do TCU sobre as agências reguladoras? *Direito do Estado*, n.476, 2021. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/eduardo-ferreira-jordao/quais-os-limites-das>

[-competencias-do-tcu-sobre-as-agencias-reguladoras](#). Acesso em: 25 abr. 2021.

LODGE, Martin et al. *Regulation of logistics infrastructure in Brazil*. London: Centre of Lo Analysis of Risk and Regulation, 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Decisão do Tribunal de Contas da União consagra “indeferência” à regulação. *CONJUR*. 17 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-17/opiniao-decisao-tcu-consagra-indeferencia-regulacao>. Acesso em: 20 mar. 2021.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. Reputação institucional e o controle das agências reguladoras pelo TCU. *Revista de Direito Administrativo*, v. 278, n. 2, p. 37-70, 2019.

O'DONNELL, Guillermo. *Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política*. *Revista Española de Ciencia Política*, n.11, p.11-31, oct. 2004.

----- *Accountability horizontal e novas poliarquias*. *Lua Nova*, São Paulo, n.44, p.27-54, 1998.

----- *Rendición de cuentas horizontal y nuevas poliarquías*. *Nueva Sociedad*, n.152, p. 143-167, nov./dez. 1997.

PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou regulador? 2019. 194 f. *Dissertação (Mestrado em Direito)* – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, 2019.

PERUZZOTTI, Enrique; SMULOVITZ, Catalina. *Social accountability*. In: -----; ----- (Org.). *Enforcing the rule of law: social accountability in the new Latin American Democracies*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2006. p. 3-33.

PINTO JR., Helder Queiroz; BORGES, Heloísa Lopes. Autonomia e controle externo das agências de regulação no Brasil: uma abordagem das relações inter-institucionais. *IX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Madrid, España, 2 – 5 Nov. 2004.

RODRIGUES, Walton Alencar. O controle da regulação no Brasil. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v.241, jul./set. 2005.

ROSILHO, A. J. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

SAAD, Amauri Feres. O controle dos tribunais de contas sobre contratos administrativos. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luís Ferreira da; SAAD, Amauri Feres (Org.). *Direito Administrativo e liberdade: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Tribunal de Contas da União e a regulação. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Coord.). *Novos rumos para o Direito Público: reflexões em homenagem à Professor Lúcia Valle Figueiredo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

WILLEMAN, Flávio de Araújo. Tribunais de Contas e o Controle das Agências Reguladoras: Um Diálogo Possível para o Fortalecimento da Justiça Administrativa à Luz da Lei Federal nº 13.848/2019. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 3, p. 286-310, set./dez. 2020.

ZAMBROTA, Luciano. O caráter vinculativo das recomendações do TCU, proferidas em decisão de tomada de contas – condição de efetividade do controle externo dos gastos públicos. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, n. 28, p. 252-258, 2004

ZYMLER, Benjamin. O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELO TCU. *Coluna Jurídica da Administração Pública*. Informativo JML: Contratações Públicas #Edição 55. 27/03/2019. Disponível em: https://www.jmleventos.com.br/arquivos/news/newsletter_adm_publica/arquivos/ANEXO_3_66_O_CONTROLE_DAS_AGENCIAS_REGULADORAS_PELO_TCU.pdf. Acesso em: 20 abr. 2021.

**Flávio Garcia Cabral**

<https://orcid.org/0000-0002-8128-314X>

Pós-doutorado pela PUCPR; Doutor e especialista em Direito Administrativo pela PUC-SP. Coordenador e Professor da Pós-Graduação em Direito Público pela Escola de Direito do Ministério Público em Mato Grosso do Sul (EDAMP). Professor do INSTED e Unigran-Capital. Procurador da Fazenda Nacional.

**Leandro Sarai**

<https://orcid.org/0000-0001-6742-1051>

Doutor e Mestre em Direito Político e Econômico e Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor credenciado da Escola da AGU. Professor convidado para o curso de extensão da PUC/SP e para o curso de pós-graduação lato sensu da UniAnhietta. Procurador do Banco Central do Brasil.

**Cristiane Rodrigues Iwakura**

<https://orcid.org/0000-0001-5141-3575>

Doutora e Mestre em Direito Processual pela UERJ. Pós-Graduada em Direito Público pela UnB e em Regulação de Mercado de Capitais pelo Ibmecc. Pesquisadora na área de Processo, Tecnologia e Gestão. Coordenadora do Mestrado Profissional em Processo, Novas tecnologias e Regulação, da Pós-Graduação em Advocacia Pública com concentração em Improbidade Administrativa, Combate à Corrupção e Compliance, e Instrutora de Direito Processual Civil, da Escola da Advocacia Geral da União. Procuradora Federal.

Pressão tarifária no setor de energia elétrica e ações de governança regulatória para sua mitigação¹

Tariff pressure in the electricity sector and regulatory governance actions to mitigate it
Presión tarifaria en el sector eléctrico y acciones de gobernanza regulatoria para mitigarla

Daniel Cardoso Danna²

<https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v13i24.455>

Resumo: A tarifa de energia elétrica tem enfrentado pressões de aumento ao longo dos últimos anos. Especialmente no ano de 2021, diversos fatores como a desvalorização cambial, os subsídios nas tarifas e o aumento dos índices inflacionários têm contribuído para sua elevação. A situação hídrica, que apresenta os menores níveis dos reservatórios em 91 anos, é mais uma fonte pressão tarifária. Para reduzir esse efeito adverso, que impacta não somente os consumidores, mas também o desenvolvimento econômico nacional, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL estruturou medidas de governança regulatória para que os reajustes tarifários de 2021 fossem inferiores a 10%. Este trabalho descreve as oito medidas anunciadas pela ANEEL. Para tanto, foram utilizados os dados dos materiais técnicos produzidos pela Agência, os quais confirmaram que os esforços empreendidos pela ANEEL têm sido exitosos para mitigação dos aumentos tarifários.

Palavras-chave: ANEEL; Tarifa; Energia Elétrica; Governança Regulatória; Medidas de Mitigação.

Abstract: The electricity tariff has faced increasing pressures over the past few years. Especially in 2021, several factors such as the exchange devaluation, subsidies and rising inflation rates have contributed to its increment. The water situation, which has the lowest reservoirs levels in 91 years, is an additional a source of pressure. To reduce this adverse effect, which impacts not only consumers, but also the national economic development, the National Electric Energy Agency – ANEEL has implemented measures of regulatory governance to ensure tariff readjustments lower than 10%. This work reveals the eight measures announced by ANEEL in April 2021. Therefore, using data from technical materials produced by the Agency, which confirmed that the efforts undertaken by ANEEL have been successful in mitigating tariff increases.

Keywords: ANEEL; Tariff; Electricity; Regulatory Governance; Mitigation Measures.

Resumen: La tarifa eléctrica ha enfrentado a crecientes presiones en los últimos años. Especialmente en 2021, varios factores como la devaluación cambiaria, los subsidios y el aumento de las tasas de inflación han contribuido para su aumento. La situación del agua, que tiene los niveles de embalse más bajos en 91 años, es otra fuente de presión tarifaria. Para reducir este efecto adverso, que impacta no solo a los consumidores, sino también al desarrollo económico nacional, la Agencia Nacional de Energía Eléctrica - ANEEL estructuró medidas de gobernanza regulatória para que los reajustes tarifarios fueran inferiores a los 10%. Este trabajo describe las ocho medidas anunciadas por ANEEL. Para ello, se utilizaron datos de materiales técnicos elaborados por la Agencia, los cuales confirmaron que los esfuerzos realizados por la ANEEL han tenido éxito en mitigar los incrementos tarifarios.

Palabras llave: ANEEL; Tarifa; Energía Eléctrica; Gobernanza Regulatoria; Medidas de Mitigación.

1 Artigo submetido em 16/07/2021 e aprovado em 12/11/2021.

2 Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL

1. INTRODUÇÃO

Desde 2020, o setor enfrenta situações de pressão para elevação tarifária, entre as quais podem ser listadas:

1. Aumento do dólar - a energia proveniente da usina de Itaipu é rateada por meio de cotas entre as distribuidoras e é valorada em dólar. Seu aumento em 2020 foi da ordem de 30%;
2. Subsídios tarifários - custeiam políticas públicas definidas em lei e seu e seu impacto é crescente, sendo mais uma fonte de pressão tarifária;
3. Escalada do IGPM - este índice é utilizado para corrigir a parcela de distribuição de diversos contratos de concessão, especialmente aqueles que não foram renovados em 2015; e
4. Situação hídrica - os reservatórios do País apresentam as piores condições para o mês de junho dos últimos 91 anos, e esta é a energia com menor preço médio entre as fontes existentes.

Tendo em vista essas adversidades, que pressionam as tarifas dos consumidores, a ANEEL anunciou, em 22 de abril de 2021 (ANEEL, 2021a), um conjunto de medidas para reduzir os efeitos imediatos de aumento na tarifa de energia elétrica e preservar

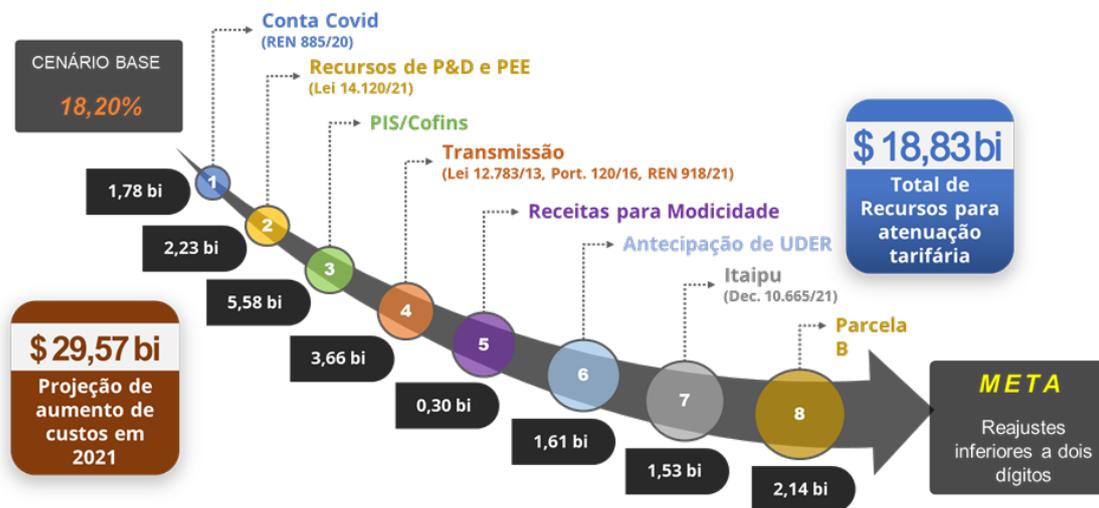
a governança setorial São oito medidas a seguir listadas:

1. Conta-covid;
2. Recursos de Pesquisa e Desenvolvimento - P&D e Eficiência Energética - EE;
3. Devolução de recursos de PIS/COFINS;
4. Diferimento das indenizações a serem pagas às transmissoras;
5. Uso de receitas destinadas à modicidade tarifária;
6. Antecipação da reversão de receitas de ultrapassagem de demanda e excedente de reativo;
7. Tratamento de Itaipu; e
8. Ações no índice de correção dos custos operacionais e remuneração das distribuidoras (parcela B).

Para o consumidor, tais medidas também foram benéficas. Ao mitigar a oscilação tarifária, este não é impactado de forma imediata com efeitos bruscos em sua conta de luz, de forma que o aumento que seria aplicado em um único momento, será diferido ao longo de alguns anos.

A ANEEL buscou, ao anunciar as medidas, provocar reajustes tarifários inferiores a dois dígitos. Para tanto, a Figura 1 apresenta a estimativa de cada uma das oito medidas.

FIGURA 1 - ESTIMATIVA DE RECURSOS PARA ATENUAÇÃO TARIFÁRIA EM CADA MEDIDA



Fonte: ANEEL (2021a)

Partindo de um cenário no qual o reajuste tarifário médio das distribuidoras seria da ordem de 18,20%, a meta buscada pela Agência no ano de 2021 é de aumentos médios das tarifas inferiores a 10%. Como se vê na Figura 1, algumas medidas contribuem mais fortemente neste objetivo, como é o caso do PIS/COFINS; as receitas para mocidade, por outro lado, contribuem de maneira bem menos determinante.

Outro mecanismo de mitigação é a bandeira tarifária. Com a crítica situação hídrica vivida no País em 2021, houve mudanças temporárias na sua aprovação. Ao invés de ser definida pela ANEEL, ela teve valor definido para o período de setembro de 2021 a abril de 2022 pela Câmara de Regras Excepcionais para Gestão Hidroenergética – CREG. Outras ações foram tomadas por esta Câmara, que apesar de não contribuírem para a contenção das tarifas, fazem parte de um conjunto de ações relevantes para o atual momento do País e são discutidas neste artigo.

Busca-se nesse trabalho confirmar se as medidas anunciadas pela ANEEL foram de fato efetivas. Além disso, outras medidas podem ser discutidas como forma de contribuição à estabilidade tarifária, ou mesmo apresentadas, como as ações relacionadas à situação hídrica.

Sendo assim, objetivo geral deste trabalho é descrever as oito medidas anunciadas pela ANEEL. Adicionalmente, os objetivos específicos são analisar efeitos das medidas regulatórias propostas e discutir medidas adicionais para contenção dos aumentos tarifários.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

A delegação pelo Estado da prestação do serviço de energia elétrica é exercida por conta e risco do agente que a recebe, com remuneração recebida na tarifa (DI PIETRO, 1999). Para tanto, o equilíbrio econômico-financeiro deve ser preservado, como forma de assegurar sua continuidade, conforme pactuado no contrato de concessão (DI PIETRO, 2017).

No Brasil, o setor de energia elétrica é formado por agentes de geração, transmissão, distribuição e comercialização, regulado pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (BRASIL, 1996). É sua competência a definição das tarifas aplicáveis aos serviços de transmissão e distribuição, buscando a modicidade tarifária (BRASIL, 1995).

Tal tarifa representa o preço máximo, ou *price cap*, no qual o agente que recebeu a delegação do ser-

viço terá o seu custo regulatório reconhecido, não o custo real (BEESLEY; LITTLECHILD, 1989).

Para seu cálculo, a ANEEL considera os custos regulatórios desses agentes, encargos setoriais definidos em lei, além de componentes financeiros. A soma de todos esses valores (R\$), divididos pelo mercado total da distribuidora (MWh), resulta na tarifa média (R\$/MWh).

Para garantir a execução das políticas públicas, preservando o equilíbrio dos contratos e assegurar a modicidade tarifária, a ANEEL intervém via regulação na atividade econômica. O incentivo à geração fotovoltaica, por exemplo, possibilitou a expansão desse tipo de energia (FRANÇA, 2016). A própria Conta-covid, regulamentada em 2020 e que evitou aumentos desproporcionais na conta de energia, é mais um caso de intervenção regulatória (SILVA, 2021).

A bandeira tarifária é outra medida regulatória que visa o repasse mensal da variação dos custos de geração, sinalizando aos consumidores as condições de geração (MORAES, 2018). No entanto, os consumidores a percebem como uma penalidade (DANNA, 2019) explicada pelo viés comportamental da maior sensibilidade às perdas que aos ganhos, ou teoria prospectiva (KAHNEMAN; TVERSKY, 1979). A bandeira, por cobrar valor adicional, é avaliada negativamente.

Ainda sobre vieses, o presente é excessivamente valorizado, também conhecido por desconto intertemporal hiperbólico (LOEWENSTEIN; PRELEC, 1992). Nessa perspectiva, o diferimento tarifário atenua o viés do presente dos reajustes e diminui o sentimento de perda.

Outras intervenções regulatórias baseadas na economia comportamental no setor elétrico envolvem o destaque de aspectos mais relevantes nas faturas (CHILE, 2017) e diminuição de valor da fatura baseada na apresentação da informação sobre o consumo dos vizinhos (ALLCOTT; ROGERS, 2014).

Ações como estas são resultado da atuação do regulador, tanto na construção das soluções sob sua responsabilidade, quanto na articulação com demais agentes do setor, de forma a não acrescentar risco ao investimento ou a insegurança jurídica e regulatória ao setor. O valor público buscado para a sociedade foi o de contenção da escalada tarifária no curto prazo que estava sendo vislumbrada.

De fato, a governança pública compreende as ações de liderança, estratégia e controle com vistas a avaliação, direcionamento e monitoramento da gestão, para a boa condução da política pública e

atendimento dos interesses da sociedade (BRASIL, 2018).

A busca pela geração de valor público exige capacidade e qualidade institucional, além da colaboração entre agentes para melhoria de desempenho (MARINI; MARTINS, 2014). Essa forma de governança orientada para resultados é capaz de minimizar os efeitos adversos decorrentes da tomada de decisão pública.

As oito medidas anunciadas pela ANEEL são mais uma demonstração da intervenção regulatória, preservando a estabilidade do setor elétrico. Representam o esforço de se explorar ao máximo as alternativas, preservando o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e garantindo segurança jurídica e regulatória à operação.

Assim é a governança pública, uma capacidade de governar em rede de forma colaborativa e orientada a resultados, gerando valor público (MARINI; MARTINS, 2014). Nota-se capacidade e amadurecimento institucional, busca ativa de solução e relacionamento institucional bem construído no alcance dessas medidas.

3. METODOLOGIA

Para elaboração deste artigo foram investigadas as notas técnicas e votos proferidos quando da aprovação dos processos tarifários a partir de abril de 2021, após o anúncio das medidas de mitigação. Gil (2002) assevera que a pesquisa documental utiliza materiais que receberam ou não tratamento analítico, como relatórios de empresas, estatísticas, ou podem ser reelaborados de acordo com o objeto da pesquisa.

Esse tipo de pesquisa se constitui como uma fonte rica e estável de dados, capaz de se tornar a mais importante fonte de dados de pesquisas de natureza histórica, além de proporcionar uma melhor visão do problema (GIL, 2002).

Para a obtenção dos dados do presente artigo, foram utilizados os Votos da Diretoria e cada Nota Técnica – NT como fonte de informação, os quais são apresentados de forma resumida na Tabela 1.

TABELA 1 – DETALHAMENTO DAS NOTAS TÉCNICAS E VOTOS

DOCUMENTO	ASSUNTO	DATA	N. PÁGINAS	REFERÊNCIA
NT n° 9/2021-SFF/SGT/SRM/SMA/ANEEL	Consulta Pública para regulamentar a devolução dos recursos de PIS/COFINS	14/01/2021	43	2021c
NT n° 64/2021-SGT/ANEEL	RTA de 2021 da CPFL PAULISTA	21/04/2021	49	2021d
NT n° 69/2021-SGT/ANEEL	RTA de 2021 da COELBA	20/04/2021	54	2021e
NT n° 70/2021-SGT/ANEEL	RTA de 2021 da COSERN	20/04/2021	48	2021f
NT n° 71/2021-SGT/ANEEL	RTA de 2021 da ENEL CE	20/04/2021	48	2021g
NT n° 72/2021-SGT/ANEEL	RTA de 2021 da EMT	20/04/2021	46	2021h
NT n° 74/2021-SGT/ANEEL	RTA de 2021 da ESE	20/04/2021	45	2021i
NT n° 75/2021-SGT/ANEEL	RTA de 2021 da EMS	20/04/2021	54	2021j
NT n° 79/2021-SGT/ANEEL	RTA de 2021 da Equatorial Alagoas	23/04/2021	49	2021k
NT n° 89/2021-SGT/ANEEL	RTA de 2021 da SULGIPE	14/05/2021	35	2021l
NT n° 96/2021-SGT/ANEEL	RTA de 2021 da CEMIG-D	21/05/2021	50	2021m
NT n° 132/2021-SGT/ANEEL	RTP de 2021 da ENF	17/06/2021	48	2021n
NT n° 134/2021-SGT/ANEEL	RTP de 2021 da EMG	17/06/2021	61	2021o
NT n° 135/2021-SGT/ANEEL	RTP de 2021 da COPEL-DIS	17/06/2021	50	2021p
NT n° 143/2021-SGT/ANEEL	RTA de 2021 da ETO	28/06/2021	40	2021q
NT n° 146/2021-SGT/ANEEL	RTA de 2021 da ENEL SP	25/06/2021	43	2021r

DOCUMENTO	ASSUNTO	DATA	N. PÁGINAS	REFERÊNCIA
Voto de Diretoria	RTP de 2021 da CELPE	27/04/2021	17	2021t
Voto de Diretoria	RTA de 2021 da RGE Sul	15/06/2021	15	2021u
Voto de Diretoria	RTP 2021 da COCEL	22/06/2021	18	2021v
Voto de Diretoria	Aprovação da CDE	27/04/2021	22	2021x

Fonte: Elaborado pelo autor

Os documentos 2021d a 2021v apresentam o detalhamento dos cálculos das tarifas de revisão ou reajuste tarifário das distribuidoras com aniversário entre 22 de abril a 4 de julho de 2021. O documento 2021c detalha a proposta técnica colocada em Consulta Pública para regulamentação da devolução dos

recursos de PIS/COFINS aos consumidores e o documento 2021x instruiu a aprovação da CDE de 2021.

Além desses, foram consultadas resoluções emitidas pela ANEEL e pela CREG, além de decretos e leis relacionadas ao setor elétrico.

4. DETALHAMENTO DAS MEDIDAS

A Tabela 2 apresenta sintetiza as oito medidas de contenção tarifária.

TABELA 2 – SÍNTESE DAS 8 MEDIDAS

MEDIDA	SÍNTESE	VALOR ESTIMADO (R\$ BI)
Conta-covid	Contratação de empréstimo bancário com pagamento até dezembro de 2025	1,78
Recursos de P&D e EE	Devolução de recursos não utilizados com P&D e EE até 1 dezembro de 2020	2,23
PIS/Pasep e COFINS	Devolução de valores cobrados a mais de PIS/Pasep e COFINS	5,58
Diferimento das indenizações a serem pagas às transmissoras	Diferimento até 2027 de pagamento de indenização às transmissoras	3,66
Receitas para modicidade	Reversão de receitas decorrentes de serviços prestados pelas distribuidoras	0,3
Antecipação de recursos de ultrapassagem de demanda e excedente de reativo	Devolução antecipada dessas receitas nos reajustes tarifários 2021	1,61
Recurso de Itaipu	Diferimento de parte do pagamento devido à Itaipu	1,53
Diferimento da Parcela B	Diferimento do reajuste anual da Parcela B e repasse futuro corrigido pelo IPCA	2,14

Fonte: Elaborado pelo autor

Os três diferimentos e a contratação, quatro das medidas, deverão ser pagas pelos consumidores nos próximos reajustes, sendo, portanto, medidas de postergação. Outras quatro, a reversão e três devoluções, não são objeto de repasse futuro nas tarifas, ou seja, não são ações de postergação. O detalhamento de cada uma das medidas é apresentado na sequência.

a. Conta-covid

Visando a preservação do equilíbrio econômico-financeiro das distribuidoras, por meio da antecipação de receitas e mitigação dos efeitos da sobrecontratação, neutralidade dos encargos setoriais, postergação dos resultados dos processos tarifários, entre outros, o Decreto nº 10.350, de 18 de maio de 2020 criou a Conta-covid (GONÇALVES; BANDEIRA, 2020).

Nesse sentido, foi disponibilizado o total de R\$ 14,8 bilhões para concessionárias e permissionárias de distribuição, com o propósito de amortecer os efeitos econômico-financeiro da pandemia de Covid-19, recursos estes advindos de empréstimos bancários e condições regulamentadas por meio da Resolução Normativa nº 885, de 23 de junho de 2020. Os pagamentos se iniciam a partir de julho de 2021 e irão perdurar até dezembro de 2025. O saldo disponível para os processos tarifários em 2021 é da ordem de R\$ 1,78 bilhão.

b. Recursos de P&D e EE

Investir em P&D e EE é uma obrigação de toda empresa do setor elétrico, com destinação de percentuais da sua receita para esta finalidade. Nem sempre estes recursos são totalmente utilizados, o que acaba gerando sobras. A Lei nº 14.120, de 1º de março de 2021, permitiu que recursos P&D e EE não comprometidos com projetos contratados ou iniciados até 1º de setembro de 2020, bem como os decorrentes de projetos reprovados ou não executados, sejam destinados à modicidade tarifária.

Por meio da REN nº 929, de 30 de março de 2021, a ANEEL regulamentou a execução do comando

legal, definindo que os recursos não comprometidos no período entre 1º de setembro de 2020 e 31 de dezembro de 2025 serão revertidos na tarifa (ANEEL, 2021s). A liberação de recursos em 2021 é da ordem de R\$ 2,23 bilhões.

c. PIS/Pasep e COFINS

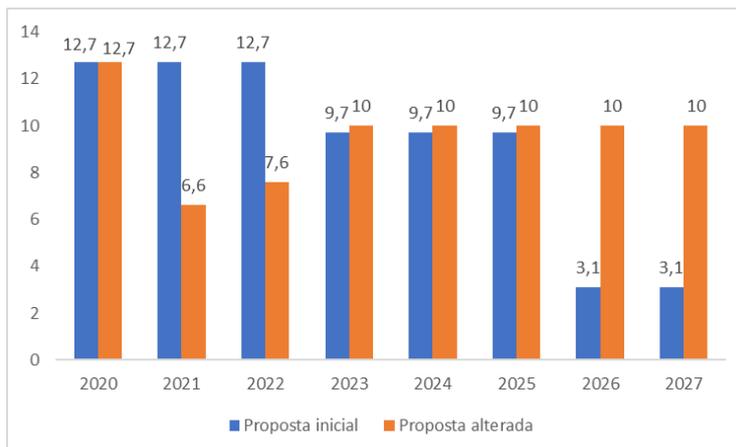
Por iniciativa das distribuidoras de energia, foram instaurados processos judiciais que questionavam a inclusão do ICMS no cálculo do PIS e COFINS. A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal – STF, que, em 17 de março de 2017, fixou a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS (ANEEL, 2021c). Com isso, os valores recolhidos a mais na fatura devem ser devolvidos aos consumidores e correspondem a mais de R\$ 50 bilhões, entre aqueles transitados em julgado ou não. Parte desse montante, R\$ 26 bilhões, está habilitado na Receita Federal e pode ser utilizado no cálculo tarifário (ANEEL, 2021c).

A forma de devolução está sendo debatida na Consulta Pública nº 5/2021, ainda não encerrada, com vistas a definir a regra de como será feita a devolução total. Para este ano está prevista a reversão de R\$ 5,58 bilhões.

d. Diferimento das indenizações a serem pagas às transmissoras

A Medida Provisória nº 579, de 11 de setembro de 2012, convertida na Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, tratou, entre outros assuntos, da prorrogação das concessões de transmissão (BRASIL, 2013). Além de redução nas receitas das transmissoras, foi previsto que os ativos ainda não amortizados e depreciados, denominados RBSE, devem ser indenizados. A proposta inicial, de responsabilidade da ANEEL, previu que a indenização ocorreria até 2027, sendo que os pagamentos iriam decrescer com o passar dos anos (ANEEL, 2021b). A nova proposta mantém o período, mas altera o ritmo de indenização, conforme a Figura 2.

FIGURA 2 – PREVISÃO INICIAL DO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO DA RBSE (EM R\$ BILHÕES)



Fonte: ANEEL (2021b)

Nesse caso há uma diferença de R\$ 5,1 bilhões entre as propostas inicial e alterada no ano de 2021. No entanto, nem todo esse valor é destinado à distribuição, havendo mais agentes que serão beneficiados com a medida, como as geradoras. A parcela destinada às distribuidoras é de R\$ 3,66 bilhões.

e. Receitas para modicidade

Diversos serviços, além da oferta de energia, geram receitas adicionais para as distribuidoras e acabam contabilizados para redução da tarifa, a exemplo de publicidade na fatura. Nas medidas propostas, aqui são observadas receitas cuja reversão para modicidade tarifária ainda não foi regulamentada, seja na REN no 376, de 25 de agosto de 2009 (ANEEL, 2009) e que trata das condições para contratação de energia elétrica por consumidor livre, ou a REN no 414, de 9 de setembro de 2010 (ANEEL, 2010), que estabelece as condições gerais de fornecimento de energia. A medida, então, determina a utilização destas receitas para modicidade, ainda que pendente de regulamentação específica. A estimativa é de benefício ao consumidor em torno de R\$ 0,3 bilhão.

f. Antecipação de recursos de ultrapassagem de demanda e excedente de reativo

A demanda é relacionada a potência, em kW, contratada por grupos de consumidores para garantir seu atendimento. Já o excedente de reativo está relacionado ao fator de potência, aquilo que pode causar perturbações à rede elétrica (ANEEL, 2010). A não observação desses limites contratados ou impostos, implica no pagamento de ultrapassagem de demanda ou excedente de reativo.

14 distribuidoras do total de 51 possuem contratos nos quais esses pagamentos são apurados e revertidos para modicidade no momento de sua revisão tarifária, que ocorre a cada 4 anos em média. Os valores são devolvidos ao longo do ciclo e na próxima revisão, são novamente verificados (ANEEL, 2020).

De forma a antecipar essa devolução, foi estabelecido nesse conjunto de medidas que a reversão ocorrerá de forma antecipada, com a apuração dos valores anualmente nos reajustes tarifários. Estima-se com isso uma redução potencial de R\$ 1,61 bilhão.

g. Recurso de Itaipu

O Tratado de Itaipu (ITAIPU, 1973) foi celebrado em 1973 entre Brasil e Paraguai e prevê expressamente que a potência seja precificada em dólar. Sua energia é rateada na forma de cotas para as distribuidoras, o que impõe ao cálculo tarifário uma variável dependente da moeda estrangeira e que, em períodos de desvalorização cambial, o preço da energia sofra pressão de elevação. Com isso, o preço dessa energia tem sido elevado.

O Decreto nº 10.665, de 31 de março de 2021, permitiu à Agência diferir os pagamentos devidos à Itaipu Binacional pela potência contratada para as distribuidoras que assim o requeiram (ANEEL, 2021a). Para tanto, deve ser respeitado o limite do saldo da Conta de Comercialização de Energia Elétrica de Itaipu e dos excedentes financeiros extraordinários para o período do diferimento. O resultado desta medida é da ordem de R\$ 1,53 bilhão.

h. Diferimento da Parcela B

A Parcela B representa a soma dos custos operacionais e remuneração da distribuidora. Os contratos de distribuição, celebrados com a União desde 1995, adotaram o IGPM para sua correção. A partir de 2015, para renovação dos contratos, passou-se a utilizar o IPCA. Com isso, a Parcela B é corrigida anualmente nos reajustes tarifários pelo índice inflacionário (IGPM ou IPCA) subtraída do fator X, conforme regra prevista em cada contrato de concessão. O diferimento aqui proposto é aplicado às distribuidoras com base no IGPM e que aceitem tal postergação de pagamento, sendo que os valores adiados serão cor-

rigidos pelo IPCA. A previsão é que tal medida seja adotada caso os reajustes tarifários sejam superiores a 10%. Estima-se um benefício de R\$ 2,14 bilhões.

5. RESULTADO DAS MEDIDAS

As medidas de contenção tarifária foram aplicadas entre 22 de abril a 4 de julho a processos tarifários de 18 distribuidoras. A Tabela 3 apresenta os efeitos médios dos reajustes que seriam alcançados sem aplicação das propostas e com as medidas de contenção implementadas.

TABELA 3 – EFEITOS MÉDIOS DOS PROCESSOS TARIFÁRIOS APROVADOS APÓS AS 8 MEDIDAS

DISTRIBUIDORA	UNIDADE DA FEDERAÇÃO	EFEITO MÉDIO SEM MEDIDAS	EFEITO MÉDIO COM MEDIDAS	DIFERENÇA	REFERÊNCIA
Equatorial Alagoas	AL	40,83%	8,63%	32,20%	2021k
EMT	MT	27,78%	8,90%	18,88%	2021h
COELBA	BA	26,14%	8,98%	17,16%	2021e
CEMIG-D	MG	18,18%	1,28%	16,90%	2021m
ENEL CE	CE	25,63%	8,95%	16,68%	2021g
COSERN	RN	24,39%	8,96%	15,43%	2021f
RGE Sul	RS	22,33%	9,95%	12,38%	2021u
CPFL PAULISTA	SP	21,23%	8,95%	12,28%	2021d
EMS	MS	21,00%	8,90%	12,10%	2021j
ENEL SP	SP	20,95%	9,44%	11,51%	2021r
CELPE	PE	18,98%	8,97%	10,01%	2021t
ESE	SE	18,88%	8,90%	9,98%	2021i
COPEL-DIS	PR	19,81%	9,89%	9,92%	2021p
SULGIPE	SE	9,62%	2,59%	7,03%	2021l
EMG	MG	13,73%	9,10%	4,63%	2021o
ETO	TO	8,01%	4,04%	3,97%	2021q
ENF	RJ	7,19%	4,95%	2,24%	2021n
COCEL	PR	12,24%	10,64%	1,60%	2021v

Fonte: Elaborado pelo autor

Os efeitos médios inferiores a 10% demonstram que as medidas de mitigação alcançaram o objetivo perseguido. A exceção ficou por conta da Cocel, que registrou um efeito médio de 10,64%. Mas, mesmo nesta distribuidora, quando se observa o efeito médio apenas para o consumidor residencial, o resultado encontrado é de 8,17%.

A maior diferença observada ocorreu nas tarifas aplicadas na Equatorial Alagoas, correspondente a

32,20%. As tarifas no Estado foram reajustadas em média 8,63% ao invés de 40,83%. Por outro lado, algumas concessionárias não tiveram variações muito fortes em seus reajustes, como é o caso da ENF, com 2,24% de diferença ou a própria Cocel.

A Tabela 4 apresenta o principal componente que contribuiu para a mitigação dos reajustes em cada distribuidora.

TABELA 4 – PRINCIPAIS MEDIDAS DE MITIGAÇÃO POR DISTRIBUIDORA

DISTRIBUIDORA	UNIDADE DA FEDERAÇÃO	COMPONENTE PRINCIPAL	CONTRIBUIÇÃO NA MITIGAÇÃO	REFERÊNCIA
Equatorial Alagoas	AL	Conta-covid	11,07%	2021k
EMT	MT	Diferimento Itaipu	6,76%	2021h
COELBA	BA	PIS/COFINS	8,94%	2021e
CEMIG-D	MG	PIS/COFINS	9,67%	2021m
ENEL CE	CE	PIS/COFINS	7,65%	2021g
COSERN	RN	PIS/COFINS	8,53%	2021f
RGE Sul	RS	PIS/COFINS	2,90%	2021u
CPFL PAULISTA	SP	Conta-covid	4,65%	2021d
EMS	MS	Conta-covid	4,97%	2021j
ENEL SP	SP	PIS/COFINS	6,54%	2021r
CELPE	PE	Conta-covid	5,04%	2021t
ESE	SE	Diferimento de Parcela B	3,62%	2021i
COPEL-DIS	PR	PIS/COFINS	6,50%	2021p
SULGIPE	SE	Conta-covid	4,35%	2021l
EMG	MG	Conta-covid	3,78%	2021o
ETO	TO	Conta-covid	1,67%	2021q
ENF	RJ	Conta-covid	2,19%	2021n
COCEL	PR	Diferimento Itaipu	1,29%	2021v

Fonte: Elaborado pelo autor

A reversão da Conta-covid e o crédito de PIS/COFINS sobre o ICMS são os componentes que mais contribuíram para a contenção tarifária, com frequência de ocorrência de oito e sete concessionárias, respectivamente.

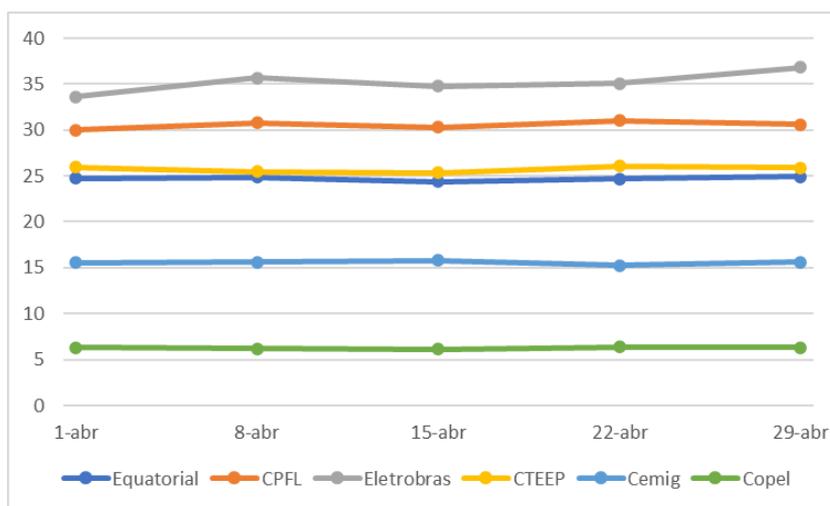
Chama atenção que os componentes com maiores valores estimados que poderiam contribuir fortemente com a contenção tarifária não aparecem na Tabela 4, como é o caso do reperfilamento da transmissão e os recursos de P&D e EE. Com isso, po-

de-se esperar que os processos tarifários até o final de 2021 tenham maior participação deles.

5. DISCUSSÃO

Por meio da cotação das ações das empresas do setor, é possível identificar a reação do mercado ao anúncio das 8 medidas pela ANEEL. A Figura 3 apresenta a cotação das ações de algumas elétricas no mês de abril de 2021.

FIGURA 3 - COTAÇÃO DAS AÇÕES DE ELÉTRICAS EM ABRIL DE 2021



Fonte: Elaborado pelo autor

O que se observa é a estabilidade no preço das ações ao longo mês, incluindo o dia do anúncio que foi 22 de abril. A articulação promovida pela Agência com os demais agentes, incluindo Ministério de Minas e Energia – MME, empresas do setor, mídia setorial, analistas de investimentos entre outros, reforça a percepção de que os acionistas desses grupos econômicos não vislumbraram riscos nesse processo.

As medidas de mitigação tarifária se constituem, em sua maioria, de diferimentos de valores que deverão ser pagos pelo consumidor em momento futuro. Não são, portanto, medidas permanentes que conduzem à redução tarifária persistente. A Conta-covid e o diferimento das indenizações a serem pagas às transmissoras são exemplos disso.

A devolução dos créditos de PIS/COFINS sobre o ICMS, por outro lado, representa financeiro negativo que suaviza os aumentos e que não é relacionado à diferimento, mas também é finito no tempo e em algum momento cessará seus efeitos pela devolução completa do recurso no cálculo tarifário.

Diante desse contexto, faz-se necessária reflexão acerca dos itens que compõem a tarifa de energia e formas de enfrentamento estrutural de sua elevação. Um desses componentes é a energia proveniente de Itaipu.

A Tabela 5 apresenta a comparação entre o preço médio da energia entre todos os contratos das distribuidoras listadas e o preço de Itaipu aprovado nos seus respectivos processos tarifários.

TABELA 5 – COMPARATIVO ENTRE PREÇOS MÉDIOS DE ENERGIA E PREÇO DE ITAIPU

DISTRIBUIDORA	PREÇO DA ENERGIA (R\$/MWH)	PREÇO ITAIPU (R\$/MWH)	DATA DO REAJUSTE	REFERÊNCIA
Equatorial AL	189,17		03/05/2021	2021k
EMT	260,66	362,2	22/04/2021	2021h
COELBA	202,91		22/04/2021	2021e
CEMIG-D	230,54	352,32	28/05/2021	2021m
ENEL CE	236,07		22/04/2021	2021g
COSERN	221,32		22/04/2021	2021f
RGE Sul	227,47	340,84	19/06/2021	2021u
CPFL PAULISTA	230,44	362,26	22/04/2021	2021d
EMS	234,64	362,26	22/04/2021	2021j
ENEL SP	221,32	333,67	04/07/2021	2021r
CELPE	235,46		29/04/2021	2021t
ESE	202,65		22/04/2021	2021i
COPEL-DIS	224,58	338,58	24/06/2021	2021p
SULGIPE	195,58		22/05/2021	2021l
EMG	295,27	339,79	22/06/2021	2021o
ETO	213,1		04/07/2021	2021q
ENF	260		22/06/2021	2021n
COCEL	212,24	336,37	29/06/2021	2021v

Fonte: Elaborado pelo autor

No reajuste da ENEL SP, por exemplo, com vigência a partir de 4 de julho de 2021, a energia de Itaipu foi valorada a 333,67 R\$/MWh (reais por megawatt-hora), enquanto o preço médio da energia comprada pela distribuidora foi de 221,32 R\$/MWh, abaixo, portanto, do preço de Itaipu.

Também é perceptível na Tabela 5 que algumas distribuidoras não possuem cotas de Itaipu. Isso ocorre em função da cotização dessa energia nos contratos, que alocam cotas às distribuidoras do Sul, Sudeste e Centro-Oeste e exclui aquelas localizadas no Norte e Nordeste deste rateio.

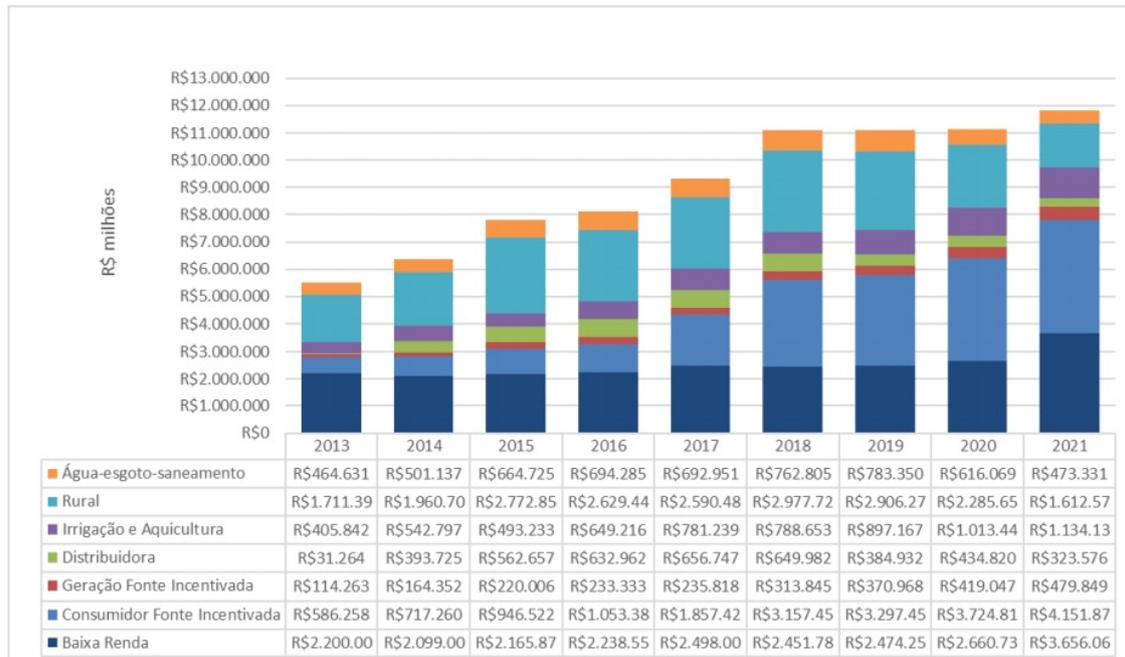
Em todos os casos que possuem cotas de Itaipu, o preço médio da compra de energia sempre está inferior ao custo médio de Itaipu. Portanto, esta hi-

drelétrica onera mais a tarifa, contribuindo para sua elevação nos momentos de desvalorização cambial.

Como o Tratado tem duração de 50 anos, o ano de 2023 será uma oportunidade para se rever a forma como essa energia será adquirida pelas distribuidoras e como será precificada. A não precificação em dólar já contribui para a menor flutuação desse preço.

Outra discussão importante se refere aos subsídios pagos na tarifa de energia e que estão incluídos na Conta de Desenvolvimento Energético – CDE, que é um encargo setorial destinado a promover o desenvolvimento energético nacional. A Figura 4 apresenta a trajetória dos subsídios de 2013 a 2021.

FIGURA 4 – EVOLUÇÃO DOS SUBSÍDIOS TARIFÁRIOS NA DISTRIBUIÇÃO DE 2013 A 2021



Fonte: ANEEL (2021x)

Ao longo dos anos os subsídios passaram de menos de R\$ 6 bilhões em 2013 para quase R\$ 12 bilhões em 2021, uma elevação da ordem de 100% em 8 anos. Nesse sentido, a política pública definida merece reflexão a respeito.

Veja o caso do consumidor fonte incentivada. A Resolução Normativa no 77, de 18 de agosto de 2004, definiu descontos de 50% a 100% às tarifas de uso dos sistemas de transmissão e de distribuição para empreendimentos hidrelétricos e aqueles com base em fonte solar, eólica, biomassa ou cogeração qualificada (ANEEL, 2004).

O que se tem observado é o seu crescimento vertiginoso, com forte contribuição da energia fotovoltaica e que deve continuar crescendo, haja vista a redução nos custos de implantação. Isso permite retorno do investimento em menor prazo e, conseqüentemente, incentivo a sua expansão.

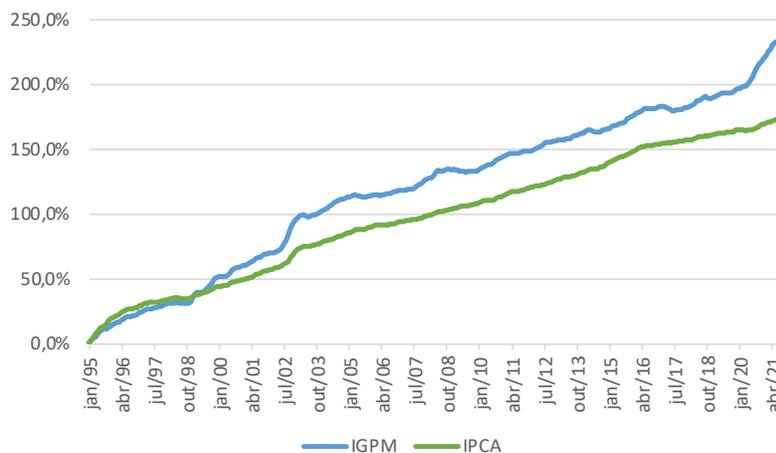
Nesse sentido, o debate sobre o amadurecimento da tecnologia solar e a medida do subsídio, o seu tempo de permanência na tarifa e o próprio

custeio, é essencial para o resultado da trajetória de crescimento dos valores envolvidos nesse incentivo e o ônus que será imposto ao consumidor das distribuidoras em geral. Ao que parece, a tecnologia está amadurecida, o que permite a suspensão da concessão do subsídio para novos consumidores que forem instalar os painéis fotovoltaicos.

Não obstante esses pontos, a indexação da Parcela B de contratos de distribuição ao IGPM também merece reflexão. Com o advento da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, foi permitido à União prestar o serviço de energia elétrica sob a forma de concessão ou permissão (BRASIL, 1995).

O IPCA passou a ser adotado nos contratos renovados de distribuição que tinham vigência finalizada a partir de 2015. Essa foi uma das condições impostas pelo Poder Concedente para que o controlador daquelas empresas continuasse prestando o serviço, sem a necessidade de nova licitação do serviço. A Figura 5 mostra a evolução dos índices a partir de 1995.

FIGURA 5 – EVOLUÇÃO DO IGPM E IPCA A PARTIR DE 1995



Fonte: Elaborado pelo autor

É notório que o IGPM é um índice mais sujeito a oscilações fortes em determinados momentos e isso, ao longo do tempo, provoca o seu descolamento do IPCA. No ano de 2020, por exemplo, o IGPM se elevou para 23,14%, ao passo que o IPCA fechou com alta de 4,52%.

Registre-se que assim como as distribuidoras com contratos que venceram a partir de 2015 tiveram a substituição do índice, algumas outras aderiram aos novos modelos de contrato e, com isso, também tiveram o índice substituído para o IPCA.

Essa pode ser uma discussão a ser tratada com as 14 distribuidoras que permanecem com contratos vigentes sendo atualizados pelo IGPM, no sentido de celebrar aditivos que alteram essa cláusula econômica. Essa medida não pode ocorrer de forma unilateral, partindo apenas da ANEEL, sob pena de se trazer risco regulatório e jurídico ao setor.

Passando para a situação hídrica, atualmente o nível dos reservatórios está em 41,1% (EPE, 2021). Diante desse cenário, o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico – CMSE, em reunião de 5 de maio deste ano, autorizou o Operador Nacional do Sistema – ONS a despachar todos os recursos de geração termelétrica fora da ordem de mérito, sem limitação nos montantes e preços associados (CMSE, 2021). Além de buscar preservar os reservatórios, tal medida também provocará a elevação do preço médio da energia gerada, uma vez que deverá ser utilizada toda fonte de geração disponível, independentemente do seu custo.

As ações tomadas têm sido para estimular a redução do consumo (CREG, 2021a), a majoração da bandeira tarifária com a criação da Bandeira Escassez Hídrica (CREG, 2021b) e a realização de leilão simplificado de compra de energia (CREG, 2021c). Diversas usinas térmicas estão acionadas atualmente para não comprometer a segurança do sistema elétrico, mesmo aquelas com os maiores preços. Isso terá reflexos tarifários no sentido de aumento.

Seu propósito é fortalecer a governança setorial para enfrentamento desse período de escassez hídrica, sendo formada pelos Ministros de Estado de Minas e Energia, da Economia, da Infraestrutura, da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, do Meio Ambiente e do Desenvolvimento Regional (BRASIL, 2021c).

Tais medidas pressionam as tarifas de energia e já representam faturas mais caras pagas pelos consumidores, como é o resultado da Bandeira Escassez Hídrica. No entanto, como esta não é computada nos percentuais de reajustes das tarifas, ela não afeta o objetivo perseguido pela ANEEL de reposicionamentos inferiores a 10%.

Dessa forma, será importante acompanhar os efeitos de novas ações que eventualmente ocorram para garantir o abastecimento elétrico com segurança.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo descreve as oito medidas anunciadas pela ANEEL em abril de 2021, que têm o propósito de mitigar os aumentos tarifários. Também analisa os efeitos das medidas regulatórias propostas e discute medidas adicionais para contenção dos aumentos tarifários.

Observou-se que, de fato, as medidas alcançaram o seu propósito, mitigando os aumentos tarifários em 2021; nos quais a conta-covid e o crédito de PIS/COFINS sobre o ICMS são os componentes que mais contribuem para a contenção tarifária.

No entanto, há o risco de que as medidas não sejam eficazes no longo prazo, pois quatro das medidas implementadas (conta-covid, diferimento das indenizações às transmissoras, recursos de Itaipu e diferimento da Parcela B) postergam os efeitos tarifários e serão incluídas nas tarifas nos próximos anos. Representam, dessa forma, contenção de curto prazo com efeitos financeiros nos próximos reajustes.

Além disso, outras medidas adicionais para contenção das tarifas, em especial a renegociação das condições de compra da energia oriunda da usina de Itaipu, que está precificada em dólar, bem como a interrupção de subsídio tarifário em fonte incentivada, além da indexação dos contratos de distribuição ao IGPM para correção da Parcela B, impactam diretamente as tarifas e irão representar menor oscilação das tarifas nos cálculos futuros se revisadas.

Outrossim, as ações de enfrentamento da situação hídrica vivida no País, estímulo à redução do consumo, majoração do valor da bandeira tarifária e acionamento de todas as térmicas disponíveis irão elevar as tarifas, reduzindo dessa forma a eficácia das oito medidas.

Novas pesquisas podem ser desenvolvidas a partir desse artigo, como os efeitos das postergações nos reajustes tarifários nos próximos anos, ou mesmo os impactos da compra de energia de Itaipu a partir de 2023, quando o atual será encerrado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL (Brasil). 4ª Reunião Pública Extraordinária ANEEL - 22/04/2021, 2021a. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Bcjs2jR84cU&ab_channel=Ag%C3%AanciaNacionaldeEnergiaEl%C3%A9trica>. Acesso em: 11 mai. 2021.

..... Nota de Esclarecimento. 2021b. Disponível em: <bit.ly/35i1zS4>. Acesso em: 28 jun. 2021.

..... Nota Técnica nº 9/2021-SFF/SGT/SRM/SMA/ANEEL. 2021c. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/consultas-publicas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_idDocumento=41798&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp>. Acesso em: 23 mai. 2021.

..... Nota Técnica nº 64/2021-SGT/ANEEL. 2021d. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/nreh20212854.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

..... Nota Técnica nº 69/2021-SGT/ANEEL. 2021e. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/nreh20212857.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

..... Nota Técnica nº 70/2021-SGT/ANEEL. 2021f. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/nreh20212858.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

..... Nota Técnica nº 71/2021-SGT/ANEEL. 2021g. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/nreh20212859.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

..... Nota Técnica nº 72/2021-SGT/ANEEL. 2021h. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/nreh20212856.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

..... Nota Técnica nº 74/2021-SGT/ANEEL. 2021i. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/nreh20212860.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

..... Nota Técnica nº 75/2021-SGT/ANEEL. 2021j. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/nreh20212855.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

- *Nota Técnica n° 79/2021-SGT/ANEEL*. 2021k. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/nreh20212862.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2021.
- *Nota Técnica n° 89/2021-SGT/ANEEL*. 2021l. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/nreh20212870.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2021.
- *Nota Técnica n° 96/2021-SGT/ANEEL*. 2021m. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/nreh20212877.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2021.
- *Nota Técnica n° 132/2021-SGT/ANEEL*. 2021n. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/nreh20212885_1.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2021.
- *Nota Técnica n° 134/2021-SGT/ANEEL*. 2021o. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/nreh20212884_1.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2021.
- *Nota Técnica n° 135/2021-SGT/ANEEL*. 2021p. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/nreh20212886_1.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2021.
- *Nota Técnica n° 143/2021-SGT/ANEEL*. 2021q. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/nreh20212889.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2021.
- *Nota Técnica n° 146/2021-SGT/ANEEL*. 2021r. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/nreh20212890.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2021.
- *PRORET – Procedimentos de Regulação Tarifária: Submódulo 2.1 – Procedimentos Gerais*. 2020. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/aren2020874_2.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2021.
- *Resolução Normativa n° 77, de 18 de agosto de 2004*. 2004. Estabelece os procedimentos vinculados à redução das tarifas de uso dos sistemas elétricos de transmissão e de distribuição, para empreendimentos hidrelétricos de geração, caracterizados como Pequena Central Hidrelétrica, e aqueles com fonte solar, eólica, biomassa ou cogeração qualificada, com potência instalada menor ou igual a 30.000 kW; Revoga o art. 22 da Resolução 281 de 01.10.1999 e Revoga a Resolução 219 de 23.04.2003. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2004077.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2021.
- *Resolução Normativa n° 376, de 25 de agosto de 2009*. Estabelece as condições para contratação de energia elétrica, por Consumidor Livre, no âmbito do Sistema Interligado Nacional - SIN; e altera e revoga dispositivos das Resoluções ANEEL 281 de 1999 e 665 de 2002; altera dispositivos da Resolução Normativa 247 de 2006; revoga dispositivo da Resolução Normativa 345 de 2008 e a Resolução 264 de 1998. 2009. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2009376.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2021.
- *Resolução Normativa n° 414, de 9 de setembro de 2010*. Estabelece as Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica de forma atualizada e consolidada. 2010. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/bren2010414.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2021.
- *Resolução Normativa n° 885, de 23 de junho de 2020*. Dispõe sobre a CONTA-COVID, as operações financeiras, a utilização do encargo tarifário da Conta de Desenvolvimento Energético (CDE) para estes fins e os procedimentos correspondentes. 2020a. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2020885.html>>. Acesso em: 07 mai. 2021.
- *Resolução Normativa n° 929, de 30 de março de 2021*. Estabelece a forma de operacionalização do recolhimento à Conta de Desenvolvimento Energético – CDE e altera as Resoluções Normativas ANEEL 920, de 23 de fevereiro de 2021 que aprova os Procedimentos do Programa de Eficiência Energética – PROPEE, 926, de 16 de março de 2021, que aprova o Submódulo 5.6: Pesquisa e Desenvolvimento – P&D e Eficiência Energética – EE dos Procedimentos de Regulação Tarifária – PRORET, e 754, de 13 de dezembro de 2016, que aprova os Procedimentos do Programa de Pesquisa e Desenvolvimento – PROP&D. 2021s. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2021929.html>>. Acesso em: 21 mai. 2021.
- *Voto de Diretoria*. 2021t. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/areh20212861_1.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.
- *Voto de Diretoria*. 2021u. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/areh20212880_1.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2021.
- *Voto de Diretoria*. 2021v. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/areh20212887_1.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2021.
- *Voto de Diretoria*. 2021x. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/areh20212864_1.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2021.

ALLCOTT, Hunt; ROGERS, Todd. *The Short-Run and Long-Run Effects of Behavioral Interventions: Experimental Evidence from Energy Conservation*. American Economic Review, v. 104, n. 10, p. 3003-37, 2014. Disponível em: <<https://www.povertyactionlab.org/sites/default/files/publications/899%20Allcott%20and%20Rogers%20AER2014%20The%20Short-Run%20and%20Long-Run%20Effects%20of%20Behavioral%20Interventions.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2021.

BEESELEY, Michael Edwin; LITTLECHILD, Stephen C. The regulation of privatized monopolies in the United Kingdom. *Rand Journal of Economic*, v. 20, n. 3, p. 454-472, Autumn, 1989. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2555582?seq=1>>. Acesso em 17 out. 2021.

BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. *Guia da política de Governança Pública / Casa Civil da Presidência da República – Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 2018. 86 p.*

_____. *Decreto nº 10.350*, de 18 de maio de 2020. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília-DF: 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10350.htm>. Acesso em: 07 mai. 2021.

_____. *Decreto nº 10.665*, de 31 de março de 2021. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília-DF: 2021a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/D10665.htm>. Acesso em: 10 jun. 2021.

_____. *Lei nº 8.987*, de 13 de fevereiro de 1995. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília-DF: 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 02 mai. 2021.

_____. *Lei nº 9.427*, de 26 de dezembro de 1996. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília-DF: 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9427cons.htm>. Acesso em: 02 mai. 2021.

_____. *Lei nº 12.783*, de 11 de janeiro de 2013. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília-DF: 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12783.htm>. Acesso em: 03 jun. 2021.

_____. *Lei nº 14.120*, de 1º de março de 2021. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília-DF: 2021b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14120.htm>. Acesso em: 21 mai. 2021.

_____. *Medida Provisória nº 1.055*, de 28 de junho de 2021. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília-DF: 2021c. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.055-de-28-de-junho-de-2021-328509026>>. Acesso em: 12 out. 2021

CÂMARA DE REGRAS EXCEPCIONAIS PARA GESTÃO HIDROENERGÉTICA – CREG (Brasil). *Resolução nº 2*, de 8 de julho de 2021. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília-DF: 2021a. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-2-de-31-de-agosto-de-2021-341960096>>. Acesso em: 13 out. 2021

_____. *Resolução nº 3*, de 8 de julho de 2021. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília-DF: 2021b. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-3-de-31-de-agosto-de-2021-341960205>>. Acesso em: 13 out. 2021

_____. *Resolução nº 4*, de 8 de julho de 2021. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília-DF: 2021c. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-4-de-9-de-setembro-de-2021-345099271>>. Acesso em: 13 out. 2021

CHILE. *La co-creación de las nuevas cuentas de electricidad*. 2017. Disponível em: <https://www.lab.gob.cl/uploads/filer_public/2a/df/2adfb64b-2220-4764-b5c2-c6efdd8c630b/proyecto_cuentas_claras.pdf>. Acesso em: 25 out. 2021.

COMITÊ DE MONITORAMENTO DO SETOR ELÉTRICO – CMSE (Brasil). *Nota Informativa – 5 de maio de 2021: CMSE amplia possibilidade de adoção de medidas excepcionais diante da permanência de condições adversas de atendimento*. Brasília-DF, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/conselhos-e-comites/cmse/atas/2021/anexo-1_nota-informativa-247a-reuniao-do-cmse-ordinaria-05-05-2021.pdf>. Acesso em: 30 de jun. 2021.

DANNA, Daniel Cardoso. *Ensaio comportamentais aplicáveis a consumidores de energia elétrica para aperfeiçoamento das bandeiras tarifárias*. 2019. 86 f. Dissertação – (Mestrado em Administração Pública) -- Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília – DF, 2019., Brasília. Disponível em: <http://biblioteca.aneel.gov.br/index.asp?codigo_sophia=198914>. Acesso em: 27 out. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA – EPE (Brasil). *Estudos de Planejamento Energético: Um olhar sobre a expansão da matriz elétrica no contexto da atual escassez hídrica*. Brasília: EPE, 2021. Disponível em: <<https://www.epe.gov.br/sites-pt/sala-de-imprensa/noticias/Documents/Audie%CC%82ncia%20CME%20v2.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2021.

FRANÇA, Vitor Correia Lima. *Inserção da energia fotovoltaica no Brasil: uma avaliação de incentivos*. 2016. 112 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Brasília, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade (FACE), Departamento de Economia (ECO), Mestrado em Economia do Setor Público (MESP)., Brasília. Disponível em: <http://biblioteca.aneel.gov.br/index.asp?codigo_sophia=175589>. Acesso em: 17 out. 2021.

GIL, A. C. *Como elaborar projetos de pesquisa*. São Paulo: Atlas, 2002.

GONÇALVES, R L.; BANDEIRA, M L. *Reequilíbrio econômico-financeiro em concessões de infraestrutura no Brasil: reflexões sobre os impactos da pandemia do Covid-19*. Revista da CGU no 22, v. 12, jul-dez/2020, p. 289-301.

ITAIPU. *Tratado de Itaipu*. Brasília-DF: 1973. Disponível em: <<https://www.itaipu.gov.br/sites/default/files/u13/tratadoitaipu.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2021.

KAHNEMAN, D.; TVERSKY, A. *Prospect theory: an analysis of decision under risk*. *Econometrica*, v. 47, n. 2, p. 263-291, mar. 1979. Disponível em: <<http://people.hss.caltech.edu/~camerer/Ec101/ProspectTheory.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2021.

LOEWENSTEIN, G., PRELEC, D. Anomalies in intertemporal choice: evidence and an interpretation. *The Quarterly Journal of Economics*, n.107, p. 573-597, 1992. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2118482>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

MARINI, C. MARTINS, H. *Governança pública contemporânea – uma tentativa de dissecação conceitual*, Revista do TCU no 130, maio/ago 2014, p.42-53.

MORAES, Felipe Augusto Cardoso. *Impacto econômico das bandeiras tarifárias nos processos tarifários das distribuidoras de energia elétrica*. 2018. 102 p. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Desenvolvimento) - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA); Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), Brasília-DF, 2018., Brasília. Disponível em: <http://biblioteca.aneel.gov.br/index.asp?codigo_sophia=185626>. Acesso em: 17 out. 2021.

SILVA, Wendell Cassemiro da. *Consumo de energia elétrica em baixa tensão: uma análise socioeconômica comparada*. 2021. 178 f. Dissertação (Mestrado em Economia) - Universidade Federal de Ponta Grossa, Departamento de Economia., Ponta Grossa. Disponível em: <http://biblioteca.aneel.gov.br/index.asp?codigo_sophia=211863>. Acesso em: 17 out. 2021.



Daniel Cardoso Danna

<https://orcid.org/0000-0001-5451-7943>

Possui graduação em Engenharia Elétrica pela Universidade de Brasília (2001), com mestrado em Administração Pública pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP (2019). Possui ainda MBA em Estratégia Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (2003) e especialização em Direito Regulatório pela UnB (2009). É servidor concursado da carreira de Especialista em Regulação da Agência Nacional de Energia Elétrica, com experiência em regulação econômica e tarifária, mediação administrativa e relacionamento institucional. Ocupa desde agosto de 2018 o cargo de Secretário-Geral Adjunto.

Proposta de Metodologia de Cálculo do Fator X em Contratos de Concessão para Exploração da Infraestrutura Rodoviária Federal¹

Methodology proposal for the X Factor calculation in Federal Highway Concession Contracts

Propuesta de metodología para el cálculo del Factor X en Contratos de Concesión de Carreteras Federales

Carlos Eduardo V. Neves² e Geovana Lorena Bertussi³

<https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v13i24.446>

Resumo: Propomos uma metodologia apoiada em técnicas de benchmarking para o cálculo do chamado Fator-X, que é componente essencial da regulação por preço-teto, (em tese) adotada pelos contratos de concessão para exploração da infraestrutura rodoviária federal. Em 2012, o Fator-X foi introduzido na equação tarifária dos contratos de concessão de rodovias, com o intuito de promover ganhos de produtividade e compartilhá-los com os usuários das rodovias concedidas. Porém, a sua não definição tempestiva por parte da autoridade regulatória, pode ter contribuído para a exclusão do Fator-X de contratos mais recentes, como o da Rodovia de Integração do Sul (RIS), assinado em 2019. Realizamos uma revisão da literatura, a qual ressalta a importância de implementar uma regulação orientada a incentivos, e também fazemos a revisão das experiências internacionais sobre o assunto. Demonstramos que os resultados que vem sendo apresentados pelas concessionárias de rodovias são bastante criticados pelo Tribunal de Contas da União (TCU), como resultado da existência de uma estrutura de incentivos inadequada. A partir dos resultados das análises do tipo DEA, SFA e StoNED, desenvolvemos uma metodologia para o cálculo do Fator-X e a sua incorporação na equação tarifária. Os resultados obtidos mostram que o Fator-X calculado, considerando um ciclo de aplicação de cinco anos, e uma regra de decaimento exponencial para as parcelas a serem aplicadas anualmente, equivale, na média, a um desconto de 3,5% nas tarifas das vinte e uma concessionárias no primeiro ano do ciclo de regulatório. Portanto, a nossa proposta avança em relação a outras presentes na literatura, e tem o potencial de ser uma ação regulatória capaz de estimular a eficiência das concessionárias de rodovias. Os valores obtidos de Fator X são de magnitude relevante, e a metodologia é flexível o bastante para permitir sua melhor calibragem de acordo com a realidade do mercado regulado.

Palavras-chave: Regulação; Concessões Rodoviárias Federais; DEA; SFA; StoNED.

Abstract: We propose a methodology based on benchmarking techniques to calculate the so-called X-Factor, which is an essential component of price-cap regulation adopted in Brazilian federal highway concession contracts. In 2012, the X-Factor was introduced in the tariff equation for highway concession contracts, in order to promote productivity gains and share it with users. However, its lack of definition by the regulatory authority over the past few years may have contributed to its removal from the recent contracts, such as the Rodovia de Integração Sul (RIS), signed in 2019. We carried out a literature review, which highlights the importance of implementing an incentive-oriented regulation, and we also review international experiences on the subject. We demonstrate that the results being presented by the highway concessionaires are widely criticized by the Federal Court of Accounts (TCU), as a result of the existence of an inadequate incentive structure. Based on

1 Artigo submetido em 12/07/2021 e aprovado em 10/11/2021.

2 Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)

3 Universidade de Brasília (UnB)

the results of DEA, SFA and StoNED analyses, we developed a methodology for calculating the X-Factor and its incorporation into the tariff equation. The results obtained show that the calculated X-Factor, considering an application cycle of five years, and an exponential decay rule for the installments to be applied annually, is, on average, equivalent to a 3.5% discount on the tariffs of the twenty-one concessionaires in the first year of the regulatory cycle. Therefore, our proposal advances in relation to others similar in the literature, and has the potential to be a regulatory action capable of stimulating the efficiency of highway concessionaires. The X Factor values obtained are of a relevant magnitude, and the methodology is flexible enough to allow its better calibration according to the reality of the regulated market.

Keywords: Regulation; Federal Highway Concessions; DEA; SFA; StoNED.

Resumen: Proponemos una metodología basada en técnicas de *benchmarking* para calcular el llamado Factor X, que es un componente esencial de la regulación de price-cap adoptada en los contratos de concesión de autopistas federales de Brasil. En 2012, se introdujo el Factor X en la ecuación tarifaria de los contratos de concesión de carreteras, con el fin de promover ganancias de productividad y compartirlo con los usuarios. Sin embargo, su falta de definición por parte de la autoridad reguladora en los últimos años puede haber contribuido a su eliminación de los contratos recientes, como el Rodovia de Integração Sul (RIS), firmado en 2019. Realizamos una revisión de la literatura, que destaca la importancia de implementar una regulación orientada a incentivos, y también revisamos experiencias internacionales en el tema. Demostramos que los resultados que están presentando las concesionarias viales son ampliamente criticados por el Tribunal de Cuentas de la Unión (TCU), como consecuencia de la existencia de una estructura de incentivos inadecuada. Con base en los resultados de los análisis DEA, SFA y StoNED, desarrollamos una metodología para calcular el Factor X y su incorporación a la ecuación tarifaria. Los resultados obtenidos muestran que el Factor X calculado, considerando un ciclo de aplicación de cinco años, y una regla de decaimiento exponencial para las cuotas a aplicar anualmente, equivale, en promedio, a un descuento del 3,5% sobre las tarifas de los veinte años. una concesionaria en el primer año del ciclo regulatorio. Por tanto, nuestra propuesta avanza en relación a otras similares en la literatura, y tiene el potencial de ser una acción regulatoria capaz de estimular la eficiencia de las concesionarias viales. Los valores del Factor X obtenidos son de una magnitud relevante y la metodología es lo suficientemente flexible como para permitir su mejor calibración de acuerdo con la realidad del mercado regulado.

Palavras clave: Regulación; Contratos de Concesión de Autopistas Federales; DEA; SFA; StoNED.

1. INTRODUÇÃO

O Fator X é uma medida de desempenho de um concessionário de serviço público. A ideia é que o concessionário busque ganhos de produtividade durante o longo período de vigência de seu contrato, e que parte desse ganho fique retido com a própria empresa, enquanto outra parte seja revertida em forma de menor tarifa para o usuário do serviço público concedido.

Para cumprir os preceitos da Lei nº 8.987 (BRASIL, 1995), o regulador deve alterar a estrutura de incentivos do contrato de concessão de modo que este, ao maximizar o seu retorno, também maximize o bem-estar do usuário.

Nesse sentido, a teoria econômica e a experiência internacional (AGRELL; BOGETOFT, 2013) tem demonstrado que a aplicação de regulação da tarifa por preço-teto, associada ao Fator X, tende a incentivar ganhos de produtividade por parte do regulado.

A Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), na Terceira Etapa do Programa Federal de Concessão de Rodovias (BRASIL, 2012) concebeu o Fator X como um mecanismo que variaria, quinzenalmente, de 0 a 1% e seria revisto, com a mesma periodicidade, pela ANTT, com base em estudos de mercado por ela realizados. A ANTT, em um primeiro momento, adotou valores fixos para aplicação do Fator X que seriam deduzidos da Tarifa de Pedágio.

Porém, nos editais e contratos que se seguiram, a ANTT manteve o Fator X na equação tarifária e não explicitou a metodologia para o seu cálculo, conforme pode ser verificado na cláusula 18.4.5 do Contrato de Concessão da BR-163/MT (BRASIL, 2013).

Em relatório de outubro de 2015 (World Bank, 2015), o Banco Mundial explicitou a sua preocupação quanto à ausência de previsão de um método exato para o cálculo do Fator X, bem como de regras claramente definidas para a sua aplicação.

Na tentativa de suprir tal lacuna regulatória, a ANTT incluiu em sua Agenda Regulatória 2015/2016 (BRASIL, 2015) o projeto "Metodologia de Cálculo do Fator-X", que foi mantido na Agenda até o biênio 2019/2020 (BRASIL, 2019).

Porém, durante o processo licitatório da RIS (Rodovia de Integração do Sul), ao ser questionada sobre o cálculo do Fator X, a ANTT manifestou-se no sentido de que este seria excluído do contrato de concessão (BRASIL, 2018). Inclusive, o Edital de Concessão nº 01/2021 (BRASIL, 2021) tampouco incluiu o Fator X na equação tarifária da minuta de contrato.

Ocorre que a decisão da ANTT é questionável, especialmente se admitirmos que o mecanismo regulatório adotado pelas concessões de rodovias federais é do tipo *price-cap*, cujo principal objetivo é determinar um preço teto para a tarifa que não prejudique o interesse público e, ao mesmo tempo, não diminua o entusiasmo das empresas reguladas. Em tal situação o fator X desempenha um papel bastante relevante no regime de regulação por *price-cap*, pois este busca mitigar os problemas derivados da assimetria de informação que marcam os contratos de concessão (GAO; REN, 2015).

Nesse contexto, o presente trabalho pretende propor uma metodologia baseada na aplicação da análise de eficiência para o cálculo do Fator X, e a sua inclusão na equação tarifária prevista nos contratos de concessão de rodovias federais.

Além desta introdução, recorreremos ao referencial teórico e à revisão da literatura especializada na seção 2. Na seção 3 apresentamos a metodologia a ser utilizada, e prosseguimos à sua aplicação para o caso concreto das rodovias federais concedidas na seção 4. Encerramos este trabalho com uma seção de conclusões.

2. REFERENCIAL TEÓRICO E REVISÃO DA LITERATURA

2.1. Referencial teórico

Com o intuito de fundamentar economicamente a discussão sobre a implementação do Fator X em contratos de concessão, é necessário revisar brevemente alguns conceitos fundamentais sobre a teoria dos mercados competitivos e dos fenômenos econômicos que emergem da sua não existência quando encontramos os chamados monopólios naturais.

Um mercado competitivo é caracterizado pela existência do chamado Equilíbrio Competitivo, o

qual é caracterizado por três condições (MASCOLELL et al., 1995, p. 314): Maximização de lucro; Maximização da utilidade; e *Market Clearing*.

Uma melhora no sentido de Pareto existe quando um projeto é implementado e, ponderando seus custos e benefícios, há a possibilidade de melhorar o resultado para algum agente, sem piorá-lo para outro. O ótimo no sentido de Pareto ocorre quando não é mais possível realizar uma melhora no sentido de Pareto (estado ótimo).

O chamado "Primeiro Teorema do Bem-Estar" estabelece que, quando um mercado é completo, qualquer equilíbrio competitivo é necessariamente ótimo no sentido de Pareto (MASCOLELL et al., 1995, p. 308).

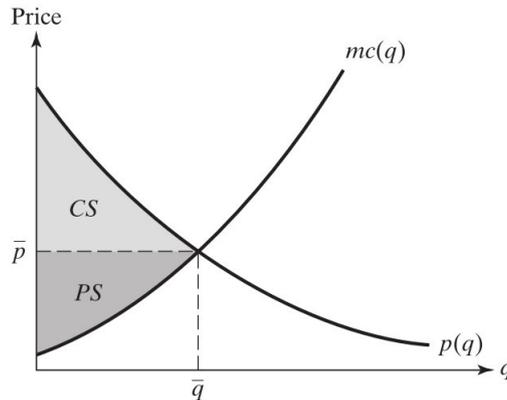
O equilíbrio competitivo tem três propriedades importantes para fins de avaliação de bem-estar (CIRACE, 2018):

- A quantidade demandada pelos compradores é igual à quantidade ofertada pelos vendedores, tal que não exista excesso ou escassez (*Market Clearing*);
- O valor que os compradores pagam por cada unidade do produto é igual ao custo marginal pago pela sociedade para a produção de uma unidade adicional daquele produto;
- Existe uma alocação eficiente de recursos, o que significa a não necessidade (impossibilidade) de reorganizar a produção de modo que sejam produzidos itens que os consumidores desejem por um preço menor.

Nesse sentido, a teoria econômica neoclássica baseia-se ainda em duas medidas importantes: o Excedente do consumidor (CS) e o Excedente do produtor (PS). O primeiro representa a diferença entre o valor que os consumidores estavam dispostos a pagar pelo bem, e aquilo que eles de fato pagaram devido à existência do equilíbrio competitivo (CIRACE, 2018). O segundo é a diferença entre o que os produtores recebem pela sua produção, e o valor mínimo que é necessário para fazê-los produzirem o bem (CIRACE, 2018).

O chamado Excedente social (CS + PS) é a soma dos excedentes do produtor e do consumidor (JEHLE; RENY, 2011). O equilíbrio de mercado é representado pelo par (P, Q) , que indica o ponto de interceptação das curvas de oferta e de demanda, resultando na maximização de CS e PS, conforme indicado na Figura 1.

FIGURA 1 – EQUILÍBRIO DE MERCADO



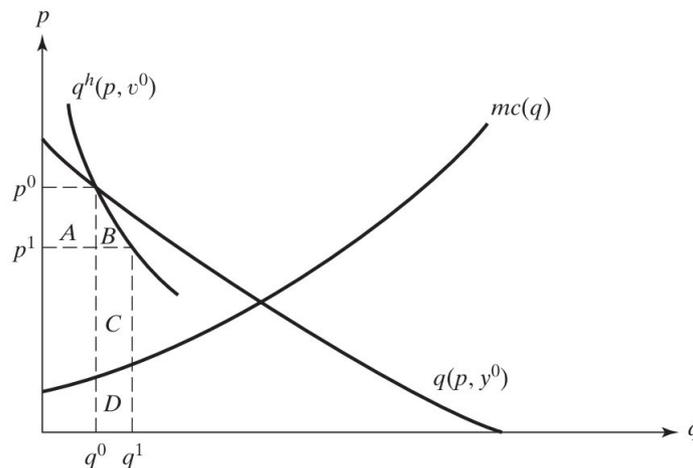
Fonte: JEHLE; RENY (2011)

Quando não é possível garantir o equilíbrio de mercado, podem surgir os chamados monopólios. Um produtor é monopolista quando ele é o único a ofertar o bem, o que lhe possibilita aumentar os preços acima do nível eficiente, dependendo da sua habilidade de reduzir a oferta e criar uma escassez artificial no mercado. A capacidade de sustentar o preço acima do nível eficiente é chamado de poder de monopólio (CIRACE, 2018).

Os monopólios tendem a ser ruins para os consumidores de três formas (CIRACE, 2018): (1) res-

tringem a produção a um nível inferior ao eficiente; (2) causam a má-alocação de recursos do produtor; (3) o preço de monopólio é maior que aquele obtido em equilíbrio de mercado, portanto, o monopolista se apropria de parte do excedente do consumidor. Neste caso, os excedentes do consumidor e do produtor não são maximizados e, como mostra a Figura 2, o preço praticado pelo produtor está acima do preço de equilíbrio, com uma quantidade ofertada menor que a demanda, gerando uma situação de escassez "artificial" no mercado.

FIGURA 2 – INEFICIÊNCIA DO EQUILÍBRIO DE MONOPÓLIO



Fonte: JEHLE; RENY (2011)

Ainda que não sejam inicialmente desejáveis, monopólios podem emergir naturalmente quando a tecnologia de produção apresenta economias de escala e/ou de escopo, o que é comum nos setores de infraestrutura, aí incluídas as rodovias e ferrovias.

Cabe ao regulador, portanto, o papel de limitar a tarifa cobrada pela empresa em um patamar inferior à tarifa de monopólio, de forma a maximizar o bem-estar social, mas, ao mesmo tempo, remunerando a empresa o suficiente para que ela continue interessada em produzir e investir (PINHEIRO; RIBEIRO, 2017).

Na teoria econômica moderna, o problema regulatório é expresso como um jogo entre o principal (o regulador) e os agentes (empresas reguladas) - uma situação em que há comportamento estratégico. O problema da regulação é basicamente o de controlar uma ou mais empresas que possuem informação superior ao regulador sobre a sua tecnologia e seus esforços em diminuir custos (BOGETOFT; OTTO, 2010).

A mera delegação da tarefa pelo Estado (principal), faz com que a empresa delegatária (agente) tenha acesso a informações que não estão disponíveis àquele, como o custo de oportunidade do projeto e a tecnologia que deverá ser utilizada na sua consecução (LAFFONT; MARTIMORT, 2009).

As assimetrias informacionais relacionadas aos custos e escolhas tecnológicas, e à demanda, dificultam a tarefa do regulador de manter a tarifa a um preço acessível ao usuário, ao mesmo tempo em que garante a manutenção da qualidade do serviço prestado pela concessionária do serviço público (TIROLE, 2017).

Esta relação agente-principal cria dois tipos de assimetria de informação: a seleção adversa e o risco-moral. O primeiro tipo está relacionado ao melhor conhecimento que o agente privado tem sobre o projeto e suas variáveis de custo e operação (o principal desconhece o tipo do agente - informação incompleta); o segundo advém do fato de que suas ações também afetam o custo e a demanda através da gestão dos seus recursos humanos, decisões estratégicas, gerenciamento de riscos, entre outros - o principal desconhece qual estratégia a ser escolhida pelo agente - informação imperfeita (TIROLE, 2017).

De acordo com ARMSTRONG; COWAN; VICKERS (1994), em um mundo ideal, o regulador de uma empresa seria onisciente, benevolente e teria amplos poderes para garantir o cumprimento dos termos contratuais do arranjo regulatório ao longo do tempo (pré-compromisso). Longe do mundo ideal, o problema do principal é então criar mecanismos de in-

centivos que mitiguem os problemas informacionais inerentes ao jogo regulatório.

De modo formal, podemos modelar o papel do regulador (principal) como um problema de maximizar a média ponderada do excedente do consumidor e do lucro do monopólio regulado, com um peso $\alpha < 1$ para o lucro da firma (BARON; MYERSON, 1982). Como $\alpha < 1$, existe um custo social decorrente do excedente transferido para o agente (*rent*).

O menu de contratos ofertados ao agente pelo principal só é considerado factível em incentivos, se forem satisfeitas as restrições de incentivo e de participação (LAFFONT; MARTIMORT, 2009).

Assim, um valor maior de α reduz a distorção do produto, porque o regulador está menos preocupado com a distribuição do excedente na sociedade à medida que α cresce. Se $\alpha = 1$, o excedente da firma não possui mais custo e o regulador se comporta como um maximizador puramente eficiente (solução *first-best*) em todos os estados da natureza.

De modo bastante sintético, podemos apontar duas formas de regulação tarifária para minimizar as distorções de monopólio: *Rate of Return regulation* e *Price-Cap regulation*.

A regulação pela taxa de retorno (*Rate of Return regulation*) se baseia na obtenção de dados sobre os custos da empresa para estabelecer a tarifa com base nos custos variáveis, mais um adicional para remunerar o capital investido pela empresa (PINHEIRO; RIBEIRO, 2017). Esta técnica pretende estabelecer a relação estável entre o custo de investimento e o retorno projetado ao investidor (MOREIRA, 2016).

Já a regulação por preço-teto (*Price-Cap regulation*), foca essencialmente na eficiência do serviço delegado (MOREIRA, 2016). São estabelecidas previamente as metas e níveis de qualidade na prestação do serviço, mas é controlado apenas o preço a ser cobrado do usuário.

A tarifa-teto é controlada por meio da comparação direta com outros prestadores do mesmo serviço, ou ainda por meio de um critério conhecido como **IPC - X** (corrige-se a tarifa por meio de um índice de preços, mas dela é reduzida o Fator X - que é calculado por meio de fórmula previamente fixada no ato regulatório ou contrato) (MOREIRA, 2016).

O preço-teto então é controlado com base na eficiência das outras empresas presentes no mercado regulado. Logo, se um concessionário for menos eficiente, o seu investimento terá perdas de rentabilidade proporcionais à sua ineficiência.

2.2. Revisão da literatura

No relatório do Acórdão 1174/2018 prolatado pelo plenário Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2018), assim manifestou-se a unidade técnica da Corte (excerto):

150. Para mitigar os efeitos da assimetria de informações e fomentar a eficiência do serviço e a modicidade tarifária, o legislador estabeleceu que a remuneração do serviço (tarifa) não mais estaria vinculada aos custos do serviço prestado, mas à proposta vencedora da licitação.

Segundo TIROLE (2017), entre as reformas necessárias a serem adotadas pelos reguladores ao redor do mundo, está a introdução de mecanismos aprimorados de incentivos que compartilhem os ganhos de eficiência entre operadores da infraestrutura e seus usuários, entre os quais destacam-se as técnicas de *benchmarking*.

Nesse caso, o mecanismo de incentivos busca aumentar o bem-estar social introduzindo, da melhor forma possível, a competição perfeita nos mercados de infraestrutura. Há a imposição de uma tarifa-teto, ao longo de um período regulatório, ajustada por variações nos valores alvos (medidas exógenas) dos preços de insumos, qualidade e eficiência impostos pelo regulador (ÉGERT, 2016).

No regime de *price-cap*, o regulador estabelece um teto tarifário para cada contrato por um período regulatório previamente estabelecido (normalmente de 4 a 5 anos) (BOGETOFT; OTTO, 2010). Em termos de receitas, o modelo básico envolve a previsão da evolução da produtividade anual do mercado regulado (x) mais um fator de produtividade individual (x^k) que deve refletir o nível de custos históricos praticados pela empresa e a sua necessidade de atingir as melhores práticas do mercado:

$$R^k(t) = C^k(0) (1 - x - x^k)^t, t = 1, \dots, T \quad (1)$$

onde $R^k(t)$ é a receita no período t ; $C^k(0)$ é o custo praticado pela empresa no período 0; x é um requisito de eficiência global (PTF); x^k é um requisito de eficiência individual.

Podemos associar ao regime de *price-cap*, o regime de *yardstick competition*. O regulador busca mimetizar um mercado competitivo o mais próximo possível por meio da utilização de dados observados para estimar a real função de custo da empresa em cada período, ao invés de regular com base em uma

previsão de funções de custo *ex-ante* (BOGETOFT; OTTO, 2010).

Em sua forma mais simples, o regime de *yardstick competition*, aplicado à receita (*ex-post*) $R^k(t)$, permitida a uma concessionária k , no período t , tomando como referência os custos das outras empresas do mesmo setor regulado $h = 1, \dots, k - 1, k + 1, \dots, K$, seria:

$$R^k(t) = \text{yardstick competition}, t = 1, 2, \dots \quad (2)$$

O regime de *yardstick competition* apresenta duas características que devem ser destacadas quanto à estrutura de incentivos: (1) a receita da concessionária não é determinada pela sua própria estrutura de custos, mas pelo desempenho das outras empresas reguladas; (2) a evolução da produtividade é medida ao invés de prevista (BOGETOFT; OTTO, 2010). A regulação tarifária de serviços de infraestrutura, tendo como base o regime de *price-cap* associado à ideia de *yardstick competition*, vem sendo adotado por reguladores europeus desde o final da década de 90 do século passado (KUOSMANEN, 2012).

A regulação por incentivos objetiva mitigar os problemas informacionais que emergem da relação agente-principal nos monopólios naturais, pois a tarifa cobrada pelo monopolista regulado deve ser independente dos custos por eles praticados, os quais são desconhecidos pelo regulador (POLLITT, 2005).

Inclusive, um dos efeitos diretos de uma regulação deficiente, que não procura mitigar as assimetrias informacionais, é a alta incidência de renegociações contratuais (GUASCH; LAFFONT; STRAUB, 2008).

Como indicado anteriormente, a adoção de um regime regulatório baseado em *price-cap* tem por objetivo principal mitigar as assimetrias informacionais. Nos contratos de concessão de rodovias federais, um dos problemas mais recorrentes apontados pelo Tribunal de Contas da União é a alta incidência de inexecuções e renegociações (BRASIL, 2019). Como GUASCH; LAFFONT e STRAUB(2008) mostram, esse problema não é exclusivo do Brasil.

Ao contrário, os autores mostram que a América Latina, em face da adoção tardia e sem a devida maturação institucional do modelo de regulação por incentivos, fez com que os contratos firmados ao longo das décadas de 1990 e 2000, adotassem um modelo incompleto de regulação por *price-cap*. Na maioria dos casos, segundo os autores, os países optaram por mecanismos que não incluem o Fator X, por exemplo. GUASCH; LAFFONT e STRAUB (2008) asseveram que estudos empíricos também apontam

para a necessidade de impor um regime regulatório focado em incentivos e, de preferência, baseados em algum tipo de *benchmarking*. Assim, a não adoção ou adoção incompleta de um regime do tipo IPC-X, pode ser um dos fatores que explicam as altas incidências de inexecuções e renegociações em contratos de concessão de infraestrutura.

Ao avaliar a influência dos ciclos políticos sobre o risco de renegociações em contratos de infraestrutura de transportes, Aguirre (AGUIRRE, 2016) analisou 27 contratos regulados pela autoridade peruana, entre 2003 e 2011. Os resultados apontam que o impacto da não adoção do sistema (IPC - X) é estatisticamente significativo e negativo.

GUASCH; LAFFONT; STRAUB (2008), avaliaram a alta incidência de renegociações em contratos de concessão nos setores de abastecimento de água e de infraestrutura de transportes na América Latina. Baseando-se em um modelo reduzido de regulação, em que as renegociações ocorrem em face de um *enforcement* imperfeito nos termos firmados, os autores utilizaram uma base de dados de 307 contratos, e chegaram à conclusão de que há uma alta probabilidade (mais de 70%) de ocorrerem renegociações quando as autoridades regulatórias adotam o regime de *price-cap* - esquema regulatório que prevalece em 75% da amostra.

Os autores apontam que a alta incidência de renegociações e o curto período em que estas começam a ocorrer, estão intimamente relacionados ao fato de que as renegociações tendem a converter o esquema de *price-cap* puro em *rate of return regulation* quando a situação macroeconômica do país está deteriorada. Isto é possibilitado pela ausência de mecanismos de incentivo adequados, especialmente baseados em performance, e a sua mitigação pode ocorrer por meio da adoção de esquemas híbridos de regulação.

Internacionalmente, os resultados negativos de um aparato regulatório deficiente vêm sendo tratados há alguns anos. Reguladores nórdicos impuseram limites mínimos de eficiência a serem demandados, principalmente em relação a companhias menos eficientes (JAMASB; POLLITT, 2000).

A produção de energia elétrica no Reino Unido foi reestruturada em 1990 (POLLITT, 2005). A regulação do tipo (IPC - X) foi introduzida durante o processo de privatização. Segundo POLLITT (2005), é realizada a análise de *benchmarking* em relação aos custos praticados pelas empresas reguladas por meio da técnica de COLS (*Corrected Ordinary Least Squares*), cujos resultados posteriormente são traduzidos para um Fator X.

Na Alemanha, para a regulação das concessionárias de distribuição de energia elétrica, foi adotado um modelo de *benchmarking* orientado a *input*, baseado na ideia de minimização dos valores de insumos, mantendo-se o nível de produção (BOGETOFT; OTTO, 2010).

O regulador alemão então optou por simular o nível de eficiência de cada concessionária por meio do máximo entre quatro escores: EDEA(B), EDEA(S), ESFA(B) e ESFA(A); onde EDEA é o escore de eficiência de Farrell calculado utilizando-se DEA com retornos de escala não decrescentes, ESFA é o escore calculado por meio do SFA orientado a *input*. Os argumentos B e S representam os valores de demonstrações contábeis e os valores padronizados, respectivamente. Empresas que demonstrem um nível particularmente baixo de eficiência, tem atribuído a elas um nível mínimo de 0,60.

KUOSMANEN (2012) afirma que a Autoridade do Mercado de Energia da Finlândia (EMV) utiliza o método DEA desde 1998 (KUOSMANEN, 2012). Em 2010, a EMV patrocinou uma pesquisa que buscou investigar como integrar os métodos DEA e SFA ao seu arcabouço regulatório, empregando um novo método semi-paramétrico de fronteira (StoNED - *stochastic non-parametric envelopment of data*). Em 2012, a EMV substituiu as análises DEA e SFA pelo novo método StoNED.

MEDEIROS (2014) associou as técnicas de DEA e SFA para a obtenção de um Fator X a ser aplicado nos contratos de concessão da 2ª Etapa de Concessões de Rodovias Federais. O Fator X seria o produto entre a medida de eficiência individual obtida pelo SFA menos um, e a eficiência de escala calculada pela razão entre escores DEA-CRS e DEA-VRS. Porém, o autor concluiu que o modelo por ele proposto não resulta em um Fator X com magnitude suficiente para gerar uma ação regulatória capaz de estimular o aumento da eficiência das concessionárias. Tal resultado foi atribuído ao pequeno espaço amostral e à necessidade de buscar identificar insumos e produtos que possam trazer maior sensibilidade ao modelo por ele proposto.

Em tal contexto, nosso objetivo é propor uma metodologia para a implementação de um regime de *price-cap* do tipo IPC - X, tendo por base a análise de eficiência dos contratos de concessão de rodovias federais, feita por meio da aplicação de técnicas de *benchmarking*.

Entendemos que esta é uma contribuição importante para a prática regulatória brasileira, uma vez que aplicamos várias técnicas de análise de eficiência - inclusive a técnica StoNED (KUOSMANEN; JOHNSON; SA-ASTAMOINEN, 2015) - que, em conjunto, visam a dar maior robustez à metodologia proposta e, conseqüentemente, maior segurança ao regulador e ao regulado para inclusão do Fator X nos contratos de concessão de rodovias.

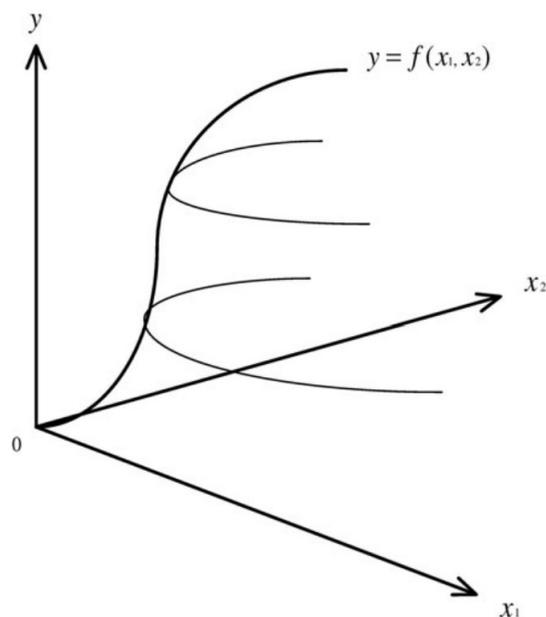
3. METODOLOGIA

Uma função de produção (Figura 3) é uma representação matemática da tecnologia que transforma insumos (*inputs*) em produtos (*outputs*). Ela especifica um relacionamento quantitativo entre insumos e a quantidade máxima possível de produto.

$$y = f(x_1, x_2, \dots, x_n) \equiv f(x)$$

onde x_i representa os insumos; y representa o produto; e $f(x)$ é o mapeamento do espaço de insumos para o de produto.

FIGURA 3 – FRONTEIRA DE PRODUÇÃO - CONJUNTO FACTÍVEL



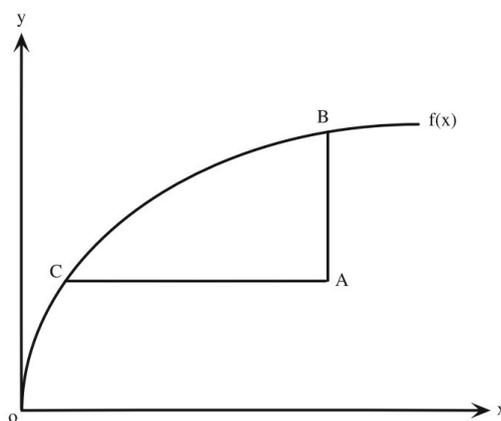
Fonte: RAY; KUMBHAKAR; DUA (2015)

A função $f(\cdot)$ possui as seguintes características: (i) finita, não-negativa, real e injetiva para todo e qualquer valor não finito; (ii) $f(0) = 0$; (iii) $f(x) \geq f(x_0)$ para todo $x \geq x_0$ (monotonicidade); $f(x)$ é contínua e duas vezes diferenciável; (v) o conjunto de insumos $V(y) = \{x | f(x) \geq y\}$ é convexo $\rightarrow f(x)$ é quase-côncava; $V(y)$ é um conjunto fechado e não-vazio para todo $y > 0$. Além disso, as derivadas de $f(\cdot)$ possuem as seguintes propriedades: $\partial y / \partial x_i \geq 0$ (produtividade marginal não-negativa) e $\partial^2 y / \partial^2 x_i \leq 0$ (produtividade marginal decrescente).

Um plano de produção é tecnicamente ineficiente se um nível maior de produto é tecnicamente factível para um dado conjunto de insumos (orientação a *outputs*), ou se um determinado nível de produto é factível utilizando menos insumos (orientação a *inputs*).

Os planos de produção ineficientes estão localizados abaixo da fronteira de produção (Figura 4).

FIGURA 4 – FRONTEIRA DE PRODUÇÃO E CONJUNTOS DE PRODUÇÃO EFICIENTES (C, B) E INEFICIENTE (A)



Fonte: RAY; KUMBHAKAR; DUA (2015)

O retorno de escala é uma propriedade da fronteira resultante do conjunto factível de produção. Quando um pequeno incremento equi-proporcional em todos os insumos causa uma variação (positiva ou negativa) mais que proporcional em todos os produtos ao longo da fronteira de produção, prevalecem localmente os **retornos variáveis de escala (VRS)**. No caso dos **retornos constantes de escala (CRS)**, os insumos e produtos crescem (ou decrescem) na mesma proporção ao longo da fronteira de produção.

O objetivo da análise de eficiência é - dado um conjunto de unidades de produção - estabelecer a fronteira de produção, e como estas unidades se comportam em relação a ela. E a regulação por incentivos busca utilizar esta análise de eficiência como elemento da formulação de mecanismos regulatórios.

Portanto, é necessário primeiro propor um modelo para realizar a análise de eficiência, o qual envolve uma análise de eficiência baseada em uma função de produção que pode ser sintetizada através da seguinte equação:

$$\log(\text{AVG}) = f(\log(\text{CT}), \log(\text{RT}), \text{Z}) \quad (4)$$

onde: AVG é a avaliação geral do trecho concedido de acordo com as pesquisas da CNT; RT representa as receitas totais, divididas pelas respectivas extensões (EXT); CT representa os custos totais, divididos pelas respectivas extensões (EXT); Z representa as variáveis contextuais (o número de praças de pedágio por concessão, a tarifa média a cada 100 km (tarm), e duas dummies dEtapa2 e dEtapa3).

Com o modelo acima, calculamos os indicadores de eficiência por meio dos métodos DEA (em um e dois estágios), paramétricos (de fronteira estocástica e determinística) e StoNED/StoNEZD. Os resultados da análise de eficiência então devem ser traduzidos para o Fator-X.

A autoridade finlandesa que regula o mercado de energia elétrica determina o alvo do escore de eficiência a partir da média aritmética dos escores obtidos para cada unidade de produção por meio de diferentes métodos (até 2012, DEA e SFA); já a autoridade regulatória alemã, de modo similar, calcula os escores de eficiências individuais por meio dos métodos DEA e SFA, porém considera o máximo ao invés da média (KUOSMANEN, 2012).

A nossa proposta para cálculo do indicador de eficiência baseia-se no cálculo dos escores de eficiência para cada concessionária através de diversos métodos, o cálculo da sua média aritmética (limitando os escores ao mínimo de 50%) e a eliminação de *outliers* (por meio da análise de correlação), para assim obtermos um indicador de eficiência final para cada contrato de concessão.

Em resumo, o conjunto de equações para o cálculo do escore de eficiência de cada firma é o seguinte:

$$\begin{aligned}
 E_i &= \max\{\bar{E}_i; 0.50\} \\
 E_i &= \{E \in R \mid E = 0.50, \dots, 1.00\} \\
 \bar{E}_i &= \frac{1}{n} \sum_{k=1}^n E_k^i \quad \text{s.t.} \quad |\rho_{E_k^i, DEA}| > 0.60 \\
 E_k^i &\in \{E_{DEA}^{i,a}, E_{SFA}^{i,b}, E_{StoNEZD}^{i,c}\} \\
 a &\in \{DEA, DEA_{bc}, DEA_{sw}\} \\
 b &\in \{SFA_{colis}, SFA_{cmad}, SFA_{hn}, SFA_{hnx}, SFA_{exp}, SFA_{expx}\} \\
 c &\in \{StoNED, StoNEZD\}
 \end{aligned} \tag{5}$$

onde \bar{E}_i é o indicador individual de eficiência da concessionária i , dado pela média aritmética dos indicadores de eficiência individuais, calculados por meio dos diversos métodos de análise de eficiência.

De acordo com a formulação proposta, a média aritmética será composta apenas por aqueles escores de eficiência cuja correlação

$$|\rho_{E_k^i, DEA}|$$

seja maior que 0,6 em relação ao escore calculado por meio do DEA simples. Este critério de exclusão de *outliers* visa garantir que haja mínima coerência entre os escores calculados de acordo com as diversas metodologias.

Deste modo, podemos obter um indicador de eficiência para cada contrato de concessão e, posteriormente, calcularmos o Fator-X. Ato contínuo, devemos fazer outra opção metodológica sobre a forma de aplicação do Fator-X envolvendo o ciclo regulatório, limites e a sua forma de aplicação no tempo.

As equações a seguir estabelecem a nossa proposta de aplicação do Fator-X para um ciclo de T anos:

$$\begin{aligned}
 X_t^i &= P_i(t)\delta_i, t = 1, 2, \dots, T \\
 P_i(t) &= \{p \in R \mid p = p_{inf}, \dots, p_{sup}\} \\
 \delta_i &= \min\{(1 - \bar{E}^i), \delta_{sup}\}
 \end{aligned} \tag{6}$$

onde X_t^i é o valor do Fator X aplicado ao contrato i no tempo t ; $P_i(t)$ é a parcela do Fator X a ser aplicada ao contrato i no tempo t ; p_{inf} é a parcela mínima e p_{sup} é a parcela máxima do total $P_i(t)$; δ_i é o desvio de eficiência, dado pelo mínimo entre $(1 - \bar{E}^i)$, com \bar{E}^i calculado pela equação 5, e o máximo desvio de eficiência tolerado, δ_{sup} . A forma como $P_i(t)$ será distribuído no tempo é flexível, e pode ser dada tanto por uma simples distribuição equitativa no tempo, como por uma forma funcional mais complexa, como uma curva de decaimento exponencial.

Tomando como exemplo a equação tarifária constante do Edital de Concessão nº 01/2021 da BR-153/414/080/TO/GO (BRASIL, 2021), podemos perceber uma das principais diferenças entre o Fator-X e os demais fatores que hoje integram a equação tarifária (D,A,E,C). Os fatores D,A,E,C são definidos *ex-ante*, e restritos à avaliação individual do contrato (são endógenas).

Por outro lado, o **Fator X** é definido *ex-post* e acompanha a dinâmica do contrato e do setor regulado (é exógena). Assim sendo, possui o potencial de exercer o *enforcement* regulatório necessário para buscar o cumprimento eficiente dos contratos de concessão.

Para produzir os resultados mostrados neste trabalho, foram desenvolvidos códigos em STATA, Python e R⁴.

4 Código-fonte e dados disponíveis em: <https://github.com/carlosvneves/revista-cgu-2021>

4. RESULTADOS E DISCUSSÕES

A base de dados consiste em **21 contratos** (20 ativos e 1 encerrado) das três etapas de concessões federais brasileiras no período **entre 2012 e 2016**. A escolha das variáveis que integram o modelo tomou como base outros trabalhos desenvolvidos sobre o assunto, como exposto em NEVES; BERTUSSI (2019).

Realizamos a aplicação de várias técnicas de análise de eficiência para nos certificarmos da consistência dos resultados, transmitindo confiabilidade para os regulados, com e sem variáveis contextuais. Também procedemos com uma análise preliminar

do comportamento dos dados no tempo (em painel) para identificar variações sensíveis nas variáveis escolhidas para a construção do modelo. Foi verificada uma tendência de manutenção da estabilidade em torno da média, corroborando a premissa de que a média das variáveis do modelo, além de amortecer eventuais choques, fornece uma boa percepção do seu comportamento, dada a finalidade da análise.

Os modelos de análise de eficiência consideram retornos variáveis de escala (VRS), e as estatísticas descritivas das medidas de eficiência, por método de análise, estão sumarizadas na Tabela 1.

TABELA 1 – ESTATÍSTICAS DESCRITIVAS DOS ESCORES DE EFICIÊNCIA DE ACORDO COM OS MÉTODOS EMPREGADOS

-	MEAN	SD	MIN	MAX	N
$deascore_o$	0.935	0.083	0.791	1	21
$deascore_{bc}$	0.925	0.084	0.790	1	21
$deascore_{sw}$	0.908	0.081	0.785	0.994	21
eff_{ols}	1.004	0.089	0.785	1.145	21
eff_{cols}	0.877	0.078	0.685	1	21
eff_{cmaid}	0.877	0.078	0.684	1	21
eff_{hn}	0.792	0.077	0.694	1	21
eff_{hnx}	0.791	0.079	0.694	1	21
eff_{hnx2}	0.791	0.079	0.694	1	21
eff_{exp}	0.825	0.047	0.788	1	21
eff_{expx}	0.825	0.042	0.797	1	21
eff_{st}	0.920	0.057	0.762	0.990	21
eff_{stz}	0.932	0.045	0.805	0.985	21

Fonte: Autor

Na média, os indicadores de eficiência do método StoNED são mais altos que aqueles obtidos por meio dos métodos de fronteira determinística e de fronteira estocástica, ao mesmo tempo em que são mais próximos daqueles calculados utilizando o DEA.

A correlação entre os resultados dos diversos métodos é estatisticamente significativa, sendo que existe alta correlação positiva entre as estimativas StoNED, StoNEZD e as obtidas pelo DEA. A correlação é positiva, porém mais fraca, entre as estimativas de fronteira determinística e aquelas do DEA, e há correlação negativa entre as estimativas de fronteira estocástica e DEA. A correlação é também forte e positiva entre as estimativas de fronteira determinística

e StoNED/StoNEZD. Em contrapartida, há alta correlação negativa entre as estimativas de fronteira estocástica e StoNED/StoNEZD, sendo que a mais fraca ocorre para a estimativa com o SFA exponencial com variáveis de contexto.

Tendo sido obtidos os indicadores de eficiência e a correlação entre eles, podemos aplicar as equações 5 e 6.

Primeiramente, aplicamos o critério de eliminação de *outliers* e podemos verificar na Tabela 2 os resultados dos escores de eficiência por unidade de produção (DMU) e por método de análise de eficiência. Os escores calculados por meio do método OLS também foram eliminados, uma vez que resul-

taram em valores maiores que 1, demonstrando que este método não é indicado para o cálculo da medida de eficiência, servindo tão somente para os testes de consistência do modelo proposto.

Aplicando o critério de eliminação, verificamos que \bar{E}^i é calculado excluindo os indicadores de eficiência calculados por meio do SFA, com exceção daquele que assume uma função exponencial para a distribuição de probabilidade do termo u_i , sem as variáveis contextuais. Este fato é importante de ser notado, pois as análises de eficiência realizadas com o SFA foram as que resultaram em E_{is} mais baixos, sendo assim menos benéficos para o concessionário.

As estatísticas descritivas dos escores de eficiência por DMU podem ser verificadas na Tabela 2. Na primeira coluna da tabela já podemos verificar a

medida individual de eficiência (\bar{E}^i) que será utilizada no cálculo de $X_t(i)$.

Considerando um ciclo regulatório de cinco anos (em conformidade com a literatura cotejada), os parâmetros regulatórios foram escolhidos de modo que o regulado, nos primeiros períodos, seja incentivado a aumentar a sua eficiência, ao mesmo tempo em que este não tenha uma restrição de receitas que venha a comprometer o cumprimento de suas obrigações contratuais. Desta forma, tomando arbitrariamente, e de forma exemplificativa, os diversos parâmetros regulatórios, a equação 6 assume o seguinte: $\delta_i^{sup} = 0.20$; $p_{inf} = 0.10$; $p_{sup} = 0.35$; e uma regra de decaimento exponencial para a aplicação de $P_i(t) = A e^{-Bt}$, com A e B sendo definidos a partir de p_{inf} e p_{sup} .

TABELA 2 – MÉDIA DOS ESCORES DE EFICIÊNCIA POR DMU NO TEMPO E POR MÉTODO, APÓS ELIMINAÇÃO DE OUTLIERS

DMU	$deascore_o$	$deascore_{bc}$	$deascore_{sw}$	eff_{cols}	eff_{cmad}	eff_{expx}	eff_{st}	eff_{stz}
1	0.8575	0.85625	0.85055	0.77149	0.77286	0.8821	0.82969	0.87771
2	0.79106	0.79035	0.78554	0.87586	0.87965	0.81225	0.90781	0.92564
3	0.90205	0.90119	0.89575	0.86385	0.86729	0.8171	0.89961	0.92825
4	0.82853	0.81768	0.81337	0.82449	0.8274	0.83543	0.86883	0.88149
5	0.9982	0.9977	0.99205	0.96539	0.96825	0.79252	0.97416	0.98364
6	0.9982	0.99783	0.99397	0.85916	0.85495	0.82565	0.92192	0.93947
7	0.85181	0.8119	0.80032	0.82733	0.8296	0.83231	0.91977	0.93629
8	0.79106	0.79076	0.78714	0.68529	0.68445	1	0.76167	0.80512
9	0.84647	0.84614	0.84196	0.85472	0.85545	0.82301	0.90163	0.94287
10	0.95853	0.9186	0.91808	0.96389	0.96874	0.79206	0.9684	0.97022
11	0.9982	0.99744	0.99022	0.87335	0.86729	0.81241	0.93611	0.92628
12	0.81699	0.80284	0.79676	0.80264	0.80098	0.8498	0.8659	0.86649
13	0.9982	0.99783	0.99372	0.98357	0.98113	0.79166	0.98863	0.93735
14	1	1	0.87188	0.87759	0.86729	0.80682	0.9509	0.98293
15	0.99837	0.98558	0.98151	0.92237	0.92506	0.7984	0.94549	0.9402
16	1	1	0.88455	0.82116	0.82625	0.83764	0.91977	0.93629
17	0.9982	0.99783	0.99358	0.93428	0.93145	0.7982	0.96977	0.98473
18	0.9982	0.99573	0.98886	1	1	0.78827	0.98972	0.97743
19	1	0.96418	0.95628	0.95548	0.95491	0.79267	0.97569	0.9708
20	1	0.96577	0.95437	0.92956	0.93281	0.79666	0.94889	0.96087
21	0.99459	0.98676	0.979	0.82283	0.82437	0.83683	0.87214	0.90849

Fonte: Autor

Na prática regulatória, face às regras de arredondamento contidas nos contratos de concessão para o cálculo dos ajustes tarifários, pode haver alguma dificuldade para a adoção de uma função contínua. Neste caso, é possível estabelecer previamente os valores discretos de aplicação anual tendo como base a função contínua de aplicação. A figura 5 mostra tanto os valores contínuos, como os valores discretos para a regra de decaimento exponencial. Por óbvio, é necessário garantir que a soma dos $P_i(t)$'s seja igual a 1.

Concretamente, os valores das parcelas de aplicação para cada t são $P_i(t) = \{0,35000, 0,22614, 0,18708, 0,13678, 0,10000\}$, com cinco casas decimais, seguindo o critério de cálculo da TBP (BRASIL, 2021).

Finalmente, o desvio de eficiência δ_i e o Fator-X são calculados para cada ano e cada concessionária. A Tabela 3 apresenta as estatísticas descritivas do Fator-X a ser descontado na tarifa das concessionárias ao longo de cinco anos, e do respectivo δ_i .

Na média, as parcelas descontadas são próximas a um décimo dos valores de $P_i(t)$, sendo que, no máximo, a concessionária menos eficiente tem 7% do seu valor de reajuste descontado no primeiro ano. Por outro lado, a concessionária mais eficiente tem somente 1% do seu valor de reajuste descontado na tarifa.

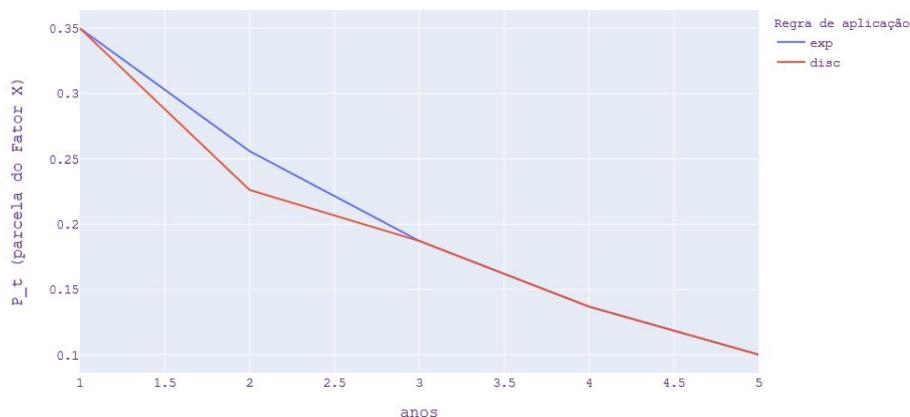
TABELA 3 – ESTATÍSTICAS DESCRITIVAS DO FATOR X POR DMU, APÓS ELIMINAÇÃO DE OUTLIERS

DMU	Mean	SD	Min	Max	Neff
1	0.837	0.043	0.771	0.882	8
2	0.846	0.057	0.786	0.926	8
3	0.884	0.034	0.817	0.928	8
4	0.837	0.025	0.813	0.881	8
5	0.959	0.068	0.793	0.998	8
6	0.924	0.070	0.826	0.998	8
7	0.851	0.050	0.800	0.936	8
8	0.788	0.098	0.684	1	8
9	0.864	0.039	0.823	0.943	8
10	0.932	0.061	0.792	0.970	8
11	0.925	0.069	0.812	0.998	8
12	0.825	0.030	0.797	0.866	8
13	0.959	0.070	0.792	0.998	8
14	0.920	0.073	0.807	1	8
15	0.937	0.063	0.798	0.998	8
16	0.903	0.073	0.821	1	8
17	0.951	0.067	0.798	0.998	8
18	0.967	0.073	0.788	1	8
19	0.946	0.064	0.793	1	8
20	0.936	0.060	0.797	1	8
21	0.903	0.075	0.823	0.995	8

Neff é o número de escores de eficiência para o cálculo do escore final

Fonte: Autor

FIGURA 5 – REGRA DE APLICAÇÃO DAS PARCELAS DO FATOR X NO TEMPO - FUNÇÃO DE DECAIMENTO EXPONENCIAL E VALORES DISCRETOS



Fonte: Autor

TABELA 4 – ESTATÍSTICAS DESCRITIVAS DO VALOR DO FATOR X A SER APLICADO PARA UM CICLO DE 5 ANOS

-	Mean	SD	Mín	Max	N
t=1	0.035	0.018	0.011	0.070	21
t=2	0.023	0.012	0.007	0.045	21
t=3	0.019	0.010	0.006	0.037	21
t=4	0.014	0.007	0.004	0.027	21
t=5	0.010	0.005	0.003	0.020	21
δ_i	0.100	0.051	0.033	0.200	21

Fonte: Autor

Na média, também podemos afirmar que as concessionárias não ficaram muito distantes da fronteira de eficiência, uma vez que o δ_i médio é de 0,10. Por outro lado, a pior concessionária foi, de certo modo, beneficiada pelo limite de desconto, uma vez $\delta_i^{sup} = 0,20$ implica a existência de um δ_i máximo de 0,20 na Tabela 4.

5. CONCLUSÃO

Este trabalho teve como objetivo contribuir para o debate acerca dos mandamentos legais e contratuais impostos à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) no que tange ao incentivo à eficiência dos serviços prestados pelas concessionárias que atuam nas rodovias federais concedidas, por

meio da proposição de uma metodologia para o cálculo do Fator X.

Para tanto, foram apresentados os fundamentos econômicos que justificam a adoção de mecanismos de regulação por incentivos em monopólios naturais. Ademais, também buscamos na literatura, bem como em julgados do Tribunal de Contas da União (TCU), elementos indicativos da premência de se discutir tecnicamente mecanismos para buscar a melhoria dos incentivos para as concessionárias de rodovias federais. Neste trabalho buscamos mostrar como a implementação o Fator X seria importante para aprimorar o regime regulatório vigente para os contratos de concessão.

Ante o exposto, neste trabalho demonstramos como utilizar técnicas de análise de eficiência, não-paramétricas (DEA), paramétricas (de fronteira de

terminística e estocástica - SFA), além do método StoNED (*Stochastic SemiNonparametric Envelopment of Data*), para o cálculo de medidas de eficiência individuais para os concessionários de rodovias federais.

Foram utilizados os dados de vinte e um contratos de concessão de rodovias federais, entre os anos de 2012 e 2016 para a composição da base de dados. O modelo de análise de eficiência toma como insumos os custos totais e as receitas totais das concessionárias, normalizados pela extensão do trecho concedido, e como produto, a média ponderada da avaliação do trecho pela Confederação Nacional dos Transportes (CNT).

Nossa metodologia se baseia na robustez e consistência dos resultados obtidos por meio da aplicação de vários métodos de benchmarking, uma vez que não é possível afirmar que exista um método estritamente melhor que o outro (KUOSMANEN; SAAS-TAMOINEN; SIPILÄINEN, 2013).

Nos valemos então da experiência internacional, especialmente de países como Alemanha (BOGETOFT; OTTO, 2010) e Finlândia (KUOSMANEN, 2012), para propor uma forma de traduzir as medidas de eficiência em Fator-X a ser incluído nas revisões tarifárias executadas pela ANTT.

Os resultados obtidos mostram que o Fator-X calculado, considerando um ciclo de aplicação de cinco anos, e uma regra de decaimento exponencial para as parcelas a serem aplicadas anualmente, equivale, na média, a um desconto de 3,5% nas tarifas das vinte e uma concessionárias no primeiro ano do ciclo de regulatório. No máximo, a concessionária menos eficiente tem 7% do seu valor de reajuste descontado no primeiro ano. Por outro lado, a concessionária mais eficiente tem somente 1% do seu valor de reajuste descontado na tarifa do primeiro ano. Já no último ano do ciclo regulatório, a média do Fator-X cai para 1%, o que implica em uma regra de incentivos que busca forçar as concessionárias a melhorarem a sua eficiência, ao mesmo tempo em que garante um fluxo de receitas adequado para afastar o risco de descumprimento de obrigações contratuais.

Comparando os nossos resultados com aqueles obtidos por MEDEIROS (2014), podemos afirmar que a presente metodologia, ao contrário daquela proposta por ele, tem o potencial de ser uma ação regulatória capaz de estimular a eficiência das concessionárias, uma vez que os valores obtidos de Fator-X são de magnitude relevante, e a metodologia é flexível o bastante para permitir sua melhor calibragem de acordo com avaliação do regulador sobre o mercado regulado.

REFERÊNCIAS

- AGRELL, P.; BOGETOFT, P. Benchmarking and Regulation, CORE Discussion Paper. 2013.
- AGUIRRE, J. C. Electoral cycle and renegotiation of transport infrastructure. In: PICOT, A. et al. (Ed.). The economics of infrastructure provisioning: The changing role of the state. [S.l.]: MIT press, 2016. cap. 6, p. 315-337.
- ARMSTRONG, M.; COWAN, S.; VICKERS, J. Regulatory reform: economic analysis and British experience. [S.l.]: MIT press, 1994. v. 20.
- BARON, D. P.; MYERSON, R. B. Regulating a monopolist with unknown costs. *Econometrica: Journal of the Econometric Society*, JSTOR, p. 911-930, 1982.
- BOGETOFT, P.; OTTO, L. Benchmarking with Dea, Sfa, and R. Springer Science & Business Media, 2010. v. 157.
- BRASIL, Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). EDITAL DE CONCESSÃO N° 001/2011. 2012. Disponível em: <<https://cutt.ly/SmqXcr4>>.
- BRASIL, Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). EDITAL DE CONCESSÃO N° 003/2013 - Contrato de Concessão. 2013. Disponível em: <<https://cutt.ly/vmqXhDx>>.
- BRASIL, Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Agenda Regulatória da ANTT. 2015. Disponível em: <<https://cutt.ly/AmqXWNE>>.
- BRASIL, Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Edital n° 1/2018 - Ata de Respostas aos Pedidos de Esclarecimentos. 2018. Disponível em: <<https://cutt.ly/VmqXOmL>>.

- BRASIL, Agência Nacional de Transportes Terrestres(ANTT). Agenda Regulatória da ANTT. 2019. Disponível em: <<https://cutt.ly/HmqXI39>>.
- BRASIL, Agência Nacional de Transportes Terrestres(ANTT). Edital nº 01/2021 - BR-153/414/080/TO/GO. 2021. Disponível em: <<https://cutt.ly/RmqX2o9>>.
- BRASIL, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. 1995. Disponível em: <<https://cutt.ly/JmqX44v>>
- BRASIL, Tribunal de Contas da União(TCU). ACÓRDÃO 1174/2018-PLENÁRIO: ACOMPANHAMENTO. PRIMEIRO ESTÁGIO DE CONCESSÃO DO LOTE RODOVIÁRIO DENOMINADO RODOVIA DE INTEGRAÇÃO DO SUL - RIS (BR-101/RS, BR-290/RS, BR-386/RS e BR-448/RS). 2018. Disponível em: <<https://cutt.ly/XmqCfLL>>
- BRASIL, Tribunal de Contas da União(TCU). ACÓRDÃO 2190/2019-PLENÁRIO: AUDITORIA OPERACIONAL. AVALIAR A PERFORMANCE DAS CONCESSÕES NO ÂMBITO DO PROGRAMA DE CONCESSÕES RODOVIÁRIAS FEDERAIS (PROCROFE) E O SEU REAL CUSTO PARA SOCIEDADE. 2019. Disponível em: <<https://cutt.ly/cmqClQA>>
- CIRACE, J. Law, Economics, and Game Theory. [S.l.]: Lexington Books, 2018.
- ÉGERT, B. Infrastructure investment in network industries. In: PICOT, A. et al. (Ed.). The economics of infrastructure provisioning: The changing role of the state. [S.l.]: MIT press, 2016. cap. 6, p. 175–194.
- GAO, S.; REN, Z. The X Factor Investigation of a Price Cap Regulation of Infrastructure Under Public-Private Partnerships. In: Shen L., Ye K., Mao C. (eds) Proceedings of the 19th International Symposium on Advancement of Construction Management and Real Estate. Springer, Berlin, Heidelberg, 2015. Disponível em: https://doi.org/10.1007/978-3-662-46994-1_59.
- GUASCH, J. L.; LAFFONT, J.-J.; STRAUB, S. Renegotiation of concession contracts in latin america: Evidence from the water and transport sectors. International Journal of Industrial Organization, Elsevier, v. 26, n. 2, p. 421–442, 2008.
- JAMASB, T.; POLLITT, M. Benchmarking and regulation: international electricity experience. Utilities policy, v. 9, n. 3, p. 107–130, 2000.
- JEHLE, G.; RENY, P. Advanced microeconomic theory (third Edition). Essex: Pearson Education Limited, 2011.
- KUOSMANEN, T. Stochastic semi-nonparametric frontier estimation of electricity distribution networks: Application of the stoned method in the finnish regulatory model. Energy Economics, v. 34, n. 6, p. 2189–2199, 2012. ISSN 0140-9883.
- KUOSMANEN, T.; JOHNSON, A.; SAASTAMOINEN, A. Stochastic Nonparametric Approach to Efficiency Analysis: A unified Framework. In: ZHU, J. (Ed.). Data Envelopment Analysis. [S.l.]: Springer, 2015. cap. 7, p. 191–244.
- KUOSMANEN, T.; SAASTAMOINEN, A.; SIPILÄINEN, T. What is the best practice for benchmark regulation of electricity distribution? comparison of dea, sfa and stoned methods. Energy Policy, Elsevier, v. 61, p. 740–750, 2013.
- LAFFONT, J.-J.; MARTIMORT, D. The theory of incentives: the principal-agent model. [S.l.]: Princeton university press, 2009.
- MAS-COLELL, A. et al. Microeconomic theory. [S.l.]: Oxford university press New York, 1995.
- MEDEIROS, F. d. S. Eficiência em concessões de infraestrutura: Benchmarking, Price-cap e o fator “x”. 2014.
- NEVES, C. E. V.; BERTUSSI, G. L. EFICIÊNCIA EM CONCESSÕES DE RODOVIAS FEDERAIS BRASILEIRAS. Brazilian Review of Economics & Agribusiness/Revista de Economia e Agronegócio, v. 17, n. 2, 2019.
- PINHEIRO, A. C.; RIBEIRO, L. C. Regulação das ferrovias. [S.l.]: FGV Editora, 2017.
- POLLITT, M. The role of efficiency estimates in regulatory price reviews: Ofgem’s approach to benchmarking electricity networks. Utilities Policy, v. 13, p. 279–288, 12 2005.
- Pyomo Developer Team. Pyomo: Python Optimization Modeling Objects. 2021. Disponível em: <<http://pyomo.org>>.
- RAY, S. C.; KUMBHAKAR, S. C.; DUA, P. Benchmarking for performance evaluation. [S.l.]: Springer, 2015.
- TIROLE, J. Economics for the common good. [S.l.]: Princeton University Press, 2017.
- WORLD BANK. Advising Services for Enhancement of BR-476 PPP Bidding Documents. 2015.

**Carlos Eduardo V. Neves**<http://orcid.org/0000-0003-1854-3153>CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9531672520913887>carlos.vneves@gmail.com

Possui graduação em Engenharia Civil pela Universidade de Brasília (dezembro 2006), Mestrado em Geotecnia pela Universidade de Brasília (fevereiro de 2009) e Doutorado em Economia Aplicada pela Universidade de Brasília (setembro de 2021). Trabalha na Administração Pública Federal desde 2009, tendo passado pela Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e Parnaíba (CODEVASF), pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) e, atualmente, é Especialista em Regulação na Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), e exerce a função de Gerente de Gestão Econômico-Financeira da Superintendência de Infraestrutura Rodoviária da ANTT.

**Geovana Lorena Bertussi**<http://orcid.org/0000-0001-5929-2536>CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7807516727155977>geovanalorena@gmail.com

Possui graduação em Ciências Econômicas pela Universidade de Brasília (dezembro 2005), Mestrado em Economia pela Universidade Federal de Minas Gerais (fevereiro de 2008) e Doutorado em Economia pela Universidade de Brasília (agosto de 2010). Tem experiência na área de Economia, com ênfase em Crescimento e Desenvolvimento Econômico, Economia da Infraestrutura e Economia Aplicada. Atualmente é Professora Associada do Departamento de Economia da UnB.

Brazilian new gas market: challenges & opportunities¹

Novo mercado de gás: desafios e oportunidades

Nuevo mercado de gas: desafíos y oportunidades

Bruno Eustáquio de Carvalho², Symone Araújo³, Fernando Matsumoto⁴, Aldo Junior⁵ e Cesar Mattos⁶

<https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v13i24.453>

Abstract: This article presents the bases of the regulatory reform in the Brazilian natural gas sector. The core of this reform was to move from a governance regime based on the operation of a state monopolist, Petrobras, to one of free competition. The main instruments used have been the unbundling of the transport activities, piped gas distribution and the strengthening of access to essential infrastructures. After more than twenty years from the market opening in 1990s second half and the set of a regulatory framework for the sector in 2009, the Brazilian government found that stronger measures would be needed to achieve this goal. Hence, after summarizing discussions on the new reform of the gas sector in 2016 with Gas to Grow, the Brazilian government was able to take important steps with the New Gas Market Program: (i) the National Energy Policy Council issued relevant guidelines that were key for formation; (ii) the Petrobras signed a Cease-and-Desist Settlement Agreement (TCC, in Portuguese) with the Administrative Council for the Economic Defense (Cade), aiming to reduce the company's market power; (iii) the Petrobras has completed the sale of two important natural gas transportation companies; (iv) the New Gas Law was approved by the House of Representatives; (v) the Government Executive Power regulated this law by a Decree; and (vi) the sectorial regulatory Agency has established a complete regulatory review agenda to implement the new legal framework. The reform of the Brazilian gas sector based on the competition metric is similar to that which occurred in other countries, having incorporated much of their experience. So helping it to overcome the difficulties that were and continue to be observed in its implementation worldwide.

Keywords: Market Unbundling; New Gas Market; Regulatory Governance; Petrobras.

Resumo: Este artigo apresenta as bases da reforma regulatória do setor de gás natural que vem ocorrendo nos últimos anos no Brasil. O núcleo dessa reforma foi transitar de um regime de governança baseado na operação de um monopolista estatal, a Petrobras, para um de livre competição. Os principais instrumentos utilizados têm sido a desverticalização das atividades de transporte e distribuição do gás canalizado e o fortalecimento da regulação de acesso às infraestruturas essenciais. Após mais de vinte anos da abertura do mercado na segunda metade da década de noventa e um marco regulatório para o setor em 2009, o governo brasileiro constatou que seriam necessárias medidas mais contundentes para alcançar este objetivo. Daí que, após retomar as discussões sobre a nova reforma do setor de gás em 2016 com o Gás para Crescer, o governo brasileiro conseguiu dar passos importantes com o Programa Novo Mercado de Gás: i) o Conselho Nacional de Política Energética emitiu Diretrizes relevantes que foram chave para formatá-lo ii) a assinatura de um Termo de Compromisso da Petrobras com a autoridade de defesa da concorrência, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica

1 Article received in 17/07/2021 and approved in 12/11/2021.

2 Deputy Executive Secretary of the Ministry of Mines and Energy.

3 Director of the National Agency of Oil, Natural Gas and Biofuels

4 Director of the Department of Natural Gas of the Ministry of Mines and Energy.

5 Under Director of the Department of Natural Gas of the Ministry of Mines and Energy.

6 Legislative Consultant of the House of Representatives.

(Cade), visando reduzir o poder de mercado da companhia; iii) a Petrobras concluiu a venda de duas importantes empresas de transporte de gás natural; iv) a Nova Lei do Gás foi aprovada pelo Congresso Nacional; v) o Poder Executivo regulamentou esta lei em Decreto e vi) a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) estabeleceu uma agenda completa de revisão regulatória para implementar o novo arcabouço legal e está atenta às mudanças do mercado. A reforma do setor de gás brasileiro baseada na métrica da concorrência é semelhante à ocorrida em outros países, tendo incorporado boa parte da experiência, o que auxilia a superação das dificuldades que foram e continuam sendo observadas em sua implementação mundo afora.

Palavras-chave: Desverticalização; Nova Lei do Gás; Governança Regulatória; Petrobras.

Resumen: Este artículo presenta las bases de la reforma regulatoria en el sector del gas natural brasileño. El núcleo de esta reforma fue pasar de un régimen de gobernanza basado en el funcionamiento de un monopolista estatal, Petrobras, a uno de libre competencia. Los principales instrumentos utilizados han sido la desagregación de las actividades de transporte, la distribución de gas canalizado y el fortalecimiento del acceso a las infraestructuras esenciales. Después de más de veinte años desde la apertura del mercado en la segunda mitad de la década de 1990 y la elaboración de un marco regulatorio para el sector en 2009, el gobierno brasileño encontró que se necesitarían medidas más fuertes para lograr este objetivo. Así, luego de resumir las discusiones sobre la nueva reforma del sector gasista en 2016 con Gas to Grow, el gobierno brasileño pudo dar pasos importantes con el Programa Nuevo Mercado de Gas: (i) el Consejo Nacional de Política Energética emitió lineamientos relevantes que fueron clave para la formación; (ii) Petrobras firmó un Acuerdo de Cesación y Desistimiento (TCC) con el Consejo Administrativo de Defensa Económica (Cade), con el objetivo de reducir el poder de mercado de la empresa; (iii) Petrobras ha completado la venta de dos importantes empresas de transporte de gas natural; (iv) la Nueva Ley de Gas fue aprobada por la Cámara de Representantes; (v) el Poder Ejecutivo del Gobierno reguló esta ley mediante Decreto; y (vi) el Organismo Regulador Sectorial ha establecido una completa agenda de revisión regulatoria para implementar el nuevo marco legal y está atento a los cambios del mercado. La reforma del sector gasista brasileño basada en la métrica de competencia es similar a la que ocurrió en otros países, habiendo incorporado gran parte de su experiencia. Ayudándole así a superar las dificultades que fueron y se siguen observando en su implementación a nivel mundial.

Palabras-clave: Desagregación del Mercado; Nuevo Mercado de Gas; Governanza Regulatoria; Petrobras.

1. INTRODUCTION

In Brazil, as in much of the world, the natural gas industry was developed by the action of a large state-owned company, called *Petróleo Brasileiro S.A.* (Petrobras).

Until 1995, Petrobras had the monopoly of the hydrocarbons exploration and production (E&P), maritime transport of crude oil and oil and natural gas pipelines. These were established in the Federal Constitution. The monopoly was relaxed to allow private agents to act in these activities, through a constitutional amendment No. 9 that year. The Law No. 9,478/1997, also known as the Petroleum Law (BRAZIL, 1997), has regulated this amendment.

Despite the improvement promoted, especially in the E&P of oil and natural gas since the approval of the Petroleum Law, a wide diversification of agents was not observed in the natural gas sector.

Thus, in 2009, the Law No. 11,909/2009, then called the Gas Law (BRAZIL, 2009) was approved to

address the specificities of the natural gas sector and attract new agents to it. Among the changes, the concession regime for the natural gas transportation activity and regulated access to the pipeline transport system were established. These topics aim to reduce Petrobras' market power and attract new agents to the sector. In consequence, other initiatives to improve the regulatory environment were designed, as the "gas to grow" (GTG) initiative and the "new gas market" (NGM) Program, the most recent milestone (BRAZIL, 2021).

The authors seek to bring experiences together and highlight the legal and regulatory advances, considering method and process that come from the implementation of the new gas market in an unprecedented way. The work also aims to collaborate with society to the extent that it presents the methodological rationale in the structuring of policies and, the coherence between public policy and regulation in practice for policymakers, planners and regulators.

The article has this introduction. The second section addresses the initiative gas to grow. Next, the strategy approach that delimits the design of the new gas market (NGM), using tools and the existing governance model, i.e., National Energy Policy Council (CNPE). Consolidating what was called the "regulatory backbone" of the gas market. Section four presents the evolution of the NGM. At the end, conclusions and recommendations in terms of public policy and or regulation are presented.

2. INITIATIVE "GAS TO GROW" (GTG)

In 2015, Petrobras began the process of assets divestment, within its financial strategic restructuring. The divestment of assets in the natural gas sector became an opportunity for new players in this sector, as well as for the unbundling of monopolistic activities. It is considered that the Law No. 11,909/2009 (the old Gas Law) had not achieved the objective of promoting competitiveness and dynamism in the sector.

Thus, in June 2016, the GTG launched. It aimed a wide and deep assessment of the sector and an improvement proposal to the legal framework. As a result of the gas law effectiveness, an industry diagnosis was made. Then a strategic guidelines were proposed for subsequent discussions according to the CNPE Resolution No. 10/2016 (BRAZIL, 2016).

The discussions that followed were focused on nine thematic axes, including access to essential facilities, transportation, marketing, distribution and taxation. Moreover, a thorough sector analysis was made, guided by the CNPE's strategic guidelines and based on foreign countries experience, especially from the European Union. It happened with an extensive participation of agents from the natural gas industry, government agencies and industry experts.

Along the process, the participation of society happened with contributions from representatives of the public and private sectors. They analyzed and had an open debate about the alternatives of solution to many barriers that were faced in the previous phases. This working method can be considered one of the main success factors to the acceptance of the proposed policy. The reports as outcome of the process, presented the diagnoses and revision propositions for the legal framework, and are available to the public.

The unbundling of the transport activity, the entry-exit model for contracting the transport service; the return to the authorization regime for the transport activity; the opening of the natural gas market; and the negotiated access to essential facilities were

among the proposals presented. These were consolidated in a bill in 2017. It happened in the form of a replacement for the Bill No. 6,407/2013. Then, it was processed in the House of Representatives and renumbered as Bill No. 4,476/2020 later.

Despite the efforts, the Bill was not approved in that legislature. In 2018, we sought to move forward with part of the proposals that could be implemented infra legally, due to the need for the sector opening, and the political scenario experienced at the time. The changes proposed in the model were introduced in the Decree No. 9,616/2018, which allowed the National Agency for Petroleum, Natural Gas and Bio-fuels (ANP) to begin the review of stock regulation.

3. NEW GAS MARKET

3.1. From the regulatory theory

It is usual in the infrastructure segments, at the limit of a natural monopoly, links in the production chain which have a highly competitive potential and others having low competitive characteristics. In this case, vertical integration of a more competitive link with a less one may create problems.

There is a debate about whether or not there is this incentive of the upstream monopolist in favor of its downstream associates. It was through the anti-trust analysis that this issue of 'vertical closure' was most debated, especially with the so-called essential facility doctrine. This debate started in the case of a railroad access to a bridge in Mississippi in 1912 (REY AND TIROLE, 2007).

The organization for economic cooperation and development (OECD) highlights what would be the four necessary conditions that were developed in American antitrust doctrine to identify an essential facility: (i) control of the essential facility by a monopolist; (ii) competitor's inability practically or reasonably to duplicate the essential facility; (iii) the denial of the use of essential facility to a competitor; and (iv) the feasibility of facilities' providing (OECD, 1996).

Bring the theory and best practices in mind; one of the ways to deal with the effect of a vertical integration is determining the vertical separation of the non-competitive and competitive chain links in order to reduce the space of discrimination.

In this way, there are softer vertical separation forms than determining that the owners of each link be different in the structural separation. The modalities of accounting, functional and business/legal se-

paration would be "behavioral regulations". In such manner, improving the implementation conditions of the guarantee access, but not changing the incentives of the incumbent's shareholders to discriminate. The same group remains the owner of the two segments and, of course, wants to maximize the sum of its profits in the two links of the chain. If an incumbent's discriminatory increases its profit in the competitive segment at the expense of a profit reduction in the non-competitive segment, it will continue to incentive this behavior even with these divisions.

As the OECD points out, such softer separation strategies only control the incumbent's ability to restrict competition against the regulator, but do not eliminate their incentives to do so (OECD, 2001). In fact, an elimination of the ability and incentives to discriminate is the strongest structural separation, where non-competitive and competitive links have to have different shareholders. The main disadvantage of structural separation would be the loss of unbundling transaction cost savings.

The international energy agency (IEA), criticized the first European Union (EU) directive on the unbundling-based gas sector reform. It only indicated the accounting separation of activities. As an example, separate internal accounts for each activity as required by the European Commission does not constitute sufficient segmentation (EU, 2009),

In fact, according to the structural separation would generate a greater incentive to the investment, precisely by encouraging the vertically integrated transport monopolist to discriminate it with competitive links (OECD, 2001). Based on this diagnosis, the European commission (EC) ended up opting for structural separation in transport from 2009. In fact, in the Third Directive 2009/73/EC⁷, the EU states that it is appropriated to remove:

"[...] the incentive for vertically integrated undertakings to discriminate against competitors as regards network access and investment can ensure effective unbundling" and that "ownership unbundling at transmission level as the most effective tool by which to promote investments in infrastructure in a nondiscriminatory way, fair access to the network for new entrants and transparency in the market[...]"

⁷ Directive 2009/73/EC of the European Parliament and the Council of 13 July 2009 establishing common rules for the internal market for natural gas and repealing the directive 2003/55/EC (europa.eu). See Article 9 of the Directive on the structural vertical separation rule.

In the case of distribution, the European Commission continued to opt for functional, business/legal, and non-structural separation. Article 26 of Directive 2009/73/EC states that:

[...] Where the distribution system operator is part of a vertically integrated undertaking, it shall be independent at least in terms of its legal form, organization and decision making from other activities not relating to distribution. Those rules shall not create an obligation to separate the ownership of assets of the distribution system from the vertically integrated undertaking [...]

Brazil also opted for structural separation in transportation and structural and functional in distribution, as we will see in the next subsections.

3.2. Designing and premises

In 2019, there was a new evaluation of the strategy regarding the NMG in Brazil. The CNPE approved the Resolution No. 16/2019 (BRAZIL, 2019), which establishes guidelines to promote free competition in the natural gas market and defining how the transition to a competitive market should be. In addition, it also presents a structural framework to be observed by Petrobras.

In the light of CNPE Resolution No. 16/2019 (BRAZIL, 2019), Petrobras signed a Cease-and-Desist Settlement Agreement (TCC) with the Administrative Council for the Economic Defense (Cade), a Brazilian antitrust office.

Moreover, it is also noteworthy the strengthening of the Government to support the approval of the New Gas Law in the House of Representatives and its secondary level legislation.

The main policies of the NGM aimed promote competition, harmonization of state and federal regulations, integrate the gas sector with the electrical and industrial sectors, and remove tax barriers. The legal advances by the current Law are available in the Appendix I.

The main objectives of these policies are to improve the use of pre-salt gas, in the Sergipe/Alagoas basin and other discoveries, expand investments in flow infrastructure, processing, transportation and distribution of natural gas. As expected results an increase competition in thermoelectric gas generation and so on.

3.3. Governance

The opening process followed by the Monitoring Committee for the Natural Gas Market (CMGN), created through Decree No. 9,934/2019 is composed by the federal government agencies related to the sector and they implement the following necessary measures, e.g., coordination of the program by Ministry of Mines and Energy (MME); integration of government actions through the Civil House of the Presidency; economic evaluation from the Ministry of Economy. In fact, this is an unprecedented approach used in support to the CNPE board which reflects a good practice in terms of design and evaluate public policies. This rational has been applied in other issues since 2019.

3.4. The outcomes (legal principles)

In April 2021, the new gas law was approved. It established a new sectoral legal framework and consolidate the guidance of the CNPE's decisions and the Petrobras TCC with Cade. In June 2021, less than two months after the sanction of the New Gas Law, the Decree No. 10,712/2021 was published. It regulates part of New Gas Market provisions, with the aim of clarifying some points and guiding the regulation.

The regulation contains relevant definitions, such as the "virtual trading point⁸" and the "contractual congestion⁹". Additionally, it addresses issues that raise controversy for expand the limits of competence between the Union and the states. As an example, the case of the transport's classification pipelines by technical criteria and the functional

8 Definition: a point without a physical location in a capacity market area, that allows carriers to transfer gas ownership at the compensation of the unbalance in the terms of ANP.

9 Definition: a situation of contractual impediment to the fulfilment of the demand on transport capacity, when this one is not to fully used.

unbundling between competitive activities and local services of piped gas, regulated at the state level.

The regulation of the sector has been updated by the ANP, since the publication of Decree No. 9,616/2018 and CNPE Resolution N. 16/2019. In this agenda, ANP address, e.g., (i) the independence criteria for the transmission operator; (ii) the revision of ANP Resolutions No. 51/2013 (shipping) and No. 52/2011 (marketing); (iii) tariffs and maximum revenue which define the criteria to calculate the maximum allowed revenue and the calculation of transport fares by RANP (Resolution ANP) Review No. 15/2014; (iv) third-party access in essential facilities which brings non-discriminatory and negotiated access under discussion in work group created by Ordinance 271/2020; and so on. All of them are already on the regulatory agenda for 2021 (ANP, 2021).

However, the ANP's regulatory agenda will require a set of new regulations to address the new powers for the ANP. As expressed in the new attributions and provisions of the new gas law, as well as some provisions of Decree No. 10,712/2021.

New competencies were given to ANP, such as the regulation of market area manager regulate the establishment; the conclusion of technical cooperation agreement with the managing body of the natural gas market; the approval of common network codes; the advertisement of information on essential facilities; the regulation of the NG storage activity (the concession regime is extinguished); the implementation of the gas release, listening to the Brazilian competition defense system (SBDC) previously; and finally, the implementation of capacity release (ANP, 2021).

In general, the ANP Regulatory Agenda, in the period 2021 to 2022, took the following actions presented in the Table 1.

TABLE 1 – REGULATORY AGENDA

YEAR	REGULATORY ACTION
2021	Resolution on interconnection between transport pipelines
	Review of the resolution on transport fare
	Resolution on transporters' independence criteria and commercialization
	Resolution Review on construction and expansion authorization
2022	Guidelines for the development of common access codes
	Resolution on revenue transfer mechanisms between carriers
	Revision of the resolution on access to transport
	Review of loading, marketing and expansion resolutions of transport capacity

(ANP, 2021).

Nevertheless, it is worth mentioning that Decree No. 10,712/2021 provided for the possibility of the ANP acting in specific cases, even if the regulation has not been published yet, in order to speed up the processes during the transition phase.

Moreover, it should be noted that, from a regulatory point of view, the conditions are given that the transition to the competitive market occurs. Notably, regarding the reduction of the incumbent monopolist role (Petrobras). Figure 1 below shows the elements for the Transition of the Model in the Natural Gas Market.

FIGURE 1: TRANSITION OF THE MODEL IN THE NATURAL GAS MARKET



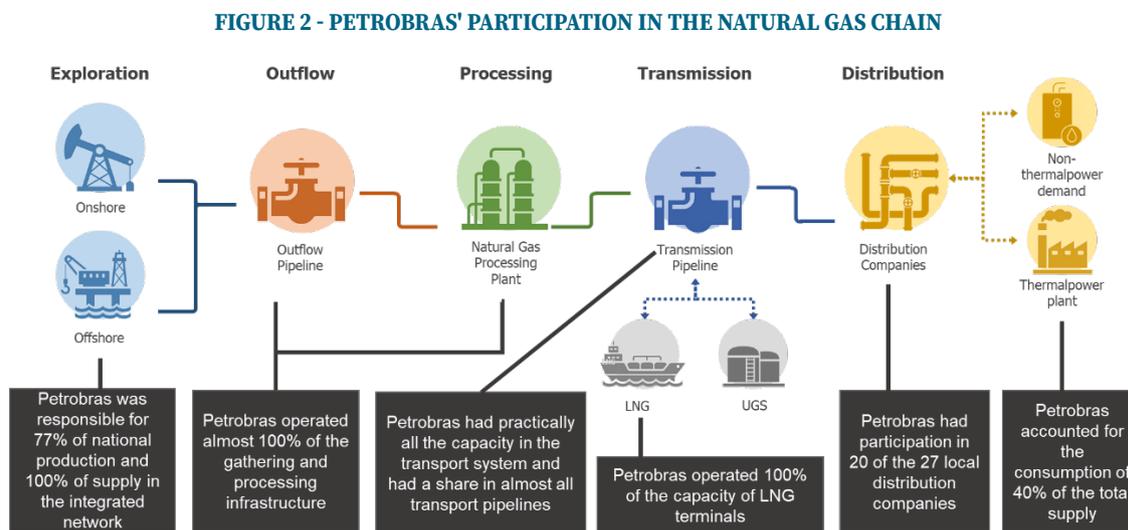
(ANP, 2021)

4. MARKET DEVELOPMENTS

The natural gas industry has been changing with the New Gas Market since 2019. Thus, the following scenario of 2018 and the current scenario is presented for a comparison of market developments.

4.1. Petrobras' participation in 2018

Figure 2 illustrates Petrobras' participation in the various segments of the natural gas chain in 2018.



(COSTA, 2021)

According to 2018 data, Petrobras was responsible for 77% of natural gas production in Brazil, but represented 100% of the natural gas supply in the integrated network. This happened because the other producers, usually Petrobras partners in oil and natural gas production concessions, preferred to sell the gas to it. So, they do not have the cost of gathering and processing. There were no incentives for other producers to offer the gas to the market.

In this context, Petrobras owned all natural gas processing plants (NGPPs) in the country, as well as participation in all gathering pipelines. The exception was Eneva, which had an isolated natural gas

production field for thermoelectric generation at the same area (reservoir-to-wire model).

Petrobras owned the country's 3 LNG terminals and 100% responsible for the Bolivian natural gas importation through the Bolivia-Brazil Gas Pipeline (Gasbol).

In the transportation system, Petrobras had already sold 90% of its shareholding in Nova Transportadora do Sudeste (NTS) in 2018. NTS is responsible for the network that extends through the states of São Paulo, Rio de Janeiro and Minas Gerais. However, it held an ownership interest, direct or indirect, in the four main transport companies in the country, as observed in Table 2.

TABLE 2 - PETROBRAS' PARTICIPATION IN TRANSPORTATION SYSTEMS.

TRANSPORT COMPANY	EQUITY OWNERSHIP
TAG	Petrobras (100%)
TBG	Petrobras Logistics (51%) BBPP Holding (29%) YPFB Transport of Brazil Holding (12%) GTB-TBG Holdings (8%)
NTS	New Infrastructure Equity Investment Fund (82.35%) Petrobras (10%) Itaúsa (7.65%)
TSB	Gaspetro (25%) Ipiranga (25%) Tucunaré Empreendimentos e Participações (25%) Total Gas and Power Brazil (25%)
GasOcidente (GOM)	Zetta Lighting S.A. (99%) J&S (1%)

Committee to Promote Competition in the Natural Gas Market in Brazil: Proposals for the Brazilian Natural Gas Market (2019, p.52)

Practically, Petrobras contracted the entire capacity of the transportation system. It happened through in contracts with great flexibility, which prevented the entry of other agents.

The supply of gas to all local distribution companies (LDC) was made by Petrobras, which still had a direct or indirect corporate interest in 20 of the 27 of them.

In addition, it was the largest consumer of natural gas in the country, with its refineries, two fertilizer plants (Fafens, in Portuguese) and natural gas thermal power plants.

4.2. Petrobras' current participation

In July 2019, as previously reported, Petrobras signed the TCC with Cade, making commitments to collaborate with the opening of the natural gas market. These commitments are in line with the interests of the CNPE guideline.

In relation to the supply of natural gas, Petrobras has conducted divestment processes in some fields, especially onshore. It has already sold some. In addition, in the TCC, Petrobras has committed not to acquire new volumes of gas production from partner companies and third parties, restricting itself to the contracts then in force. Such restriction, however, may be accepted in certain cases provided that wi-

thin certain limits and with prior approval of Cade. There are signs that from 2022, partners and third parties will start offering their own gas to the market. This can happen under negotiation or having already negotiated contracts for access to gathering pipelines and NGPPs. In 2020, Petrobras remained with its dominance in natural gas production (75%) and as the only natural gas supplier in the integrated network.

Due to the TCC, Petrobras is conducting the process of leasing one of its three LNG terminals, with the expectation that the new tenant will start operating later this year.

Regarding the import of Bolivian gas, the TCC have set limits in order to give other agents the opportunity to negotiate gas with Bolivia. However, the country's electoral process in 2019 and the pandemic in 2020 caused difficulties to the negotiation. Nowadays, the negotiations are now being retaken.

In the case of the transport companies, Petrobras has already divested 100% of TAG and NTS. The corporate interest in TBG and TSB are in the process of being divests. The following Table 3 is the updated corporate composition of the transport companies.

Additionally, in compliance with the terms of the TCC, Petrobras has defined maximum injection and withdrawal limits at each entry point and exit zone of the transportation system. It allows transport com-

panies to assess the available transportation capacity to be offered to the market.

This is an important measure, as Petrobras has all the transportation capacity in the long-term contracts with TAG and NTS. TBG, considering the available capacity, has already carried out a public call process offering transportation services, in the entry and exit model. TAG and NTS are completing available capacity analyses to offer new transportation services to the market.

All three started the process to verify demand for incremental transportation capacity and should carry out the open season processes soon. TAG has already signed an interruptible service contract with the company that leased two Petrobras' Fafens. This company, by the way, became the first shipper not linked to Petrobras to use the transport system in the entry and exit model in the TAG network.

TABLE 3 - PETROBRAS' CORPORATE INTEREST IN THE CURRENT TRANSPORTATION SYSTEM

TRANSPORT COMPANY	EQUITY OWNERSHIP	
TAG	65,0%	Engie Brazil Energy
	35,0%	Caisse de Dépôt et Placement du Québec (CDPQ)
NTS	82,35%	New Infrastructure Multistrategy Equity Investment Fund
	10,00%	New Infrastructure Pipelines Participações S.A.
	7,65%	Itaúsa S.A.
TBG	51%	Petrobras
	29%	BBPP Holdings Ltd.
	19,88%	YPFB Transporte do Brasil Holding Ltda.
	0,12%	Corumbá Holding S.À.R.L
TSB	25%	Petrobras
	25%	Ipiranga Petroleum Products S/A
	25%	Repsol Exploration Brazil Ltda
	25%	Total Gas and Power Brazil
GOM	99%	Zetta Lighting S.A.
	1%	J&F Investments

Committee to Promote Competition in the Natural Gas Market in Brazil (2019, p.52).

In relation to the LDCs, Petrobras still maintains participation in 19 of the 27 state distributors (Figure 3) through Gaspetro. Petrobras owns 51% of shareholding, with the remaining 49% of Mitsui Gás e Energia do Brasil Ltda. Considering the TCC, Petrobras is conducting process for the sale of this 51% of the equity interest. The shareholding composition in detail are available in the Appendix II.

FIGURE 3 - CONCESSIONAIRES OF PIPED GAS DISTRIBUTION SERVICES



(ABEGÁS, 2021).

It is worth mentioning that the local distribution of gas in the State of Espírito Santo, in 2018, was carried out by BR Distribuidora, controlled by Petrobras. In July 2020, the State signed a concession agreement with Companhia de Gás do Espírito Santo (ES Gás), a mixed capital company with state participation (51%) and BR Distribuidora (49%). It is also worth mentioning that Petrobras, at that time, no longer controlled BR Distribuidora. Petrobras sold part of its shareholding in July 2019. Then, in June 2021, Petrobras completed the sale of its remaining shareholding in BR Distribuidora, so ensuring its full structural unbundling.

Petrobras remains practically the only natural gas supply to LDCs. However, some LDCs are conducting public hearing processes for natural gas acquisition. Petrobras is not participating in some of these processes, so it will no longer be the only supplier. The first new contracts are expected to take effect by January 2022.

In relation to consumption, as briefly commented above, Petrobras leased two Fafens, and the tenant has already started their operation. Although, Petrobras continues to be the supplier of natural gas for them.

Due to another TCC signed with Cade, Petrobras is also conducting sale processes of some refineries. One of them is already in the final phase of sale, having already received approval from Cade.

Thermal power plants are also being divested, which should contribute to the reduction of Petrobras' share in the natural gas consumption.

In fact, the currently process has been showed that the theory and practice results in diversified agents along the system in line with the previously proposed goals.

5. NEW VENTURES AND EXPECTED EVOLUTION

5.1 Transport System

A new NGPP of a private player began operations in the state of Bahia in 2020, but its production is offered directly to the LDC, without going through the transport network (SECRETARIA DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTE, ENERGIA E COMUNICAÇÃO DO ESTADO DA BAHIA, 2021).

Other new LNG terminals of private players which also started their operation in the State of Sergipe and Rio de Janeiro, but they are isolated from the transport network. They supply associated thermal power plants. Other LNG terminals in implementation will start their operation in many states in the coming years (SECRETARIA DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO ESTADO DE SERGIPE, 2021) (EPBR, 2021).

The processes of transport system expansion, conducted by the companies, will allow the connection of these new LNG terminals to the integrated networks contributing to the diversification of the natural gas supply resulting in a competition.

New ventures are being announced. One example is the production of natural gas from Equinor's BM-C-33 field, whose concept of field development was recently approved by the concession partners with an average production of 14 million m³/day (EQUINOR, 2021).

There is a greater movement of the agents in the sector, reflected in a significant increase of authorization requests for the import, commercialization and shipper of natural gas activities from 2019. However, signing new contracts demands many efforts, which would highlight changes in the sector. As the model is new and the agents are still structuring themselves for it, the first contracts require many negotiations between the parties, possibly in need of mechanisms for risk mitigation. There are contracts about commercialization; access to transportation; access to essential infrastructure; import; and so on. Possible adaptations in infrastructure are also taking time. A natural learning curve to operate in a market that did not exist.

Nevertheless, there has been an increase in the number of LDCs looking for other natural gas suppliers, besides Petrobras. Several potential free consumers are preparing themselves for the open market.

In this context, the harmonization between federal and state regulations, one of the pillars of the NGM Program, becomes essential. It is great to be aware of the relevance of distribution segment to reach the final consumers. As this segment is the competence of the states, a separate contextualization is made below.

5.2. Local Distribution Companies network

The Federal Constitution gave the states the competence to provide local piped gas services (art. 25, § 2), while the other activities of the natural gas industry were regulated by the federal sphere (art. 177). In the states, the stage of natural gas market development is variable. There are states that do not have a supply of natural gas. Others have an LNG supply by road. A state in which the distributor has only one pipeline to connect the production of natural gas of a company to its own thermal power plant.

In general, the activity of distribution of piped gas is carried out by concession. It is usually only one concession area in monopoly per state. The São Paulo and Rio de Janeiro state are an exception. São Paulo has three concession areas, and the Rio de Janeiro has two concession areas.

There are distributors which are private companies or that have a corporate interest in the state. In some cases, the state's participation is indirect, via another state-owned company.

Among the states that have regular supply of natural gas, there is also a diversity of regulation and framework stages. In some, there is no regulatory agency for regulation of the sector. So it is under the responsibility of the granting authority itself. In others, there are established regulatory agencies with a greater or lesser degree of independence and maturity, as well as in the level of transparency.

The regulation of the free consumer is also at the state level, under the New Gas Law (and the previous Law), thus varying from state to state. Taking São Paulo State as an example for an analysis, recently the regulatory agency of public services of the state of São Paulo (Arseps), responsible for the regulation of local services of piped gas in the state, removed the minimum consumption limit for the free consumer framework. However, in compliance with the terms of the concession agreement, signed, for example, in the case of Comgás in 1999, the supply of gas to users in the residential and commercial segments is exclusive to concessionaires (the Comgás Concession Agreement). The same is observed in the concession contracts of the two other concessionaires in the state. In most other states, the minimum limit to be a free consumer is 10,000 m³/day or 300,000 m³/month.

In order to have a harmonization between federal and state regulations, the New Gas Law established that the federal government, through the MME and the ANP, articulates with the states for the integration and improvement of the standards related to the natural gas industry. It also includes the regulation of free consumer. In other countries, the gradual expansion of the free consumer space is a fundamental step to the consolidation of a competitive gas market.

Decree No. 10,712/2021 regulates the mechanisms for this articulation. Through these mechanisms and respecting the competence of states to regulate local piped gas services, it is intended to guide the adoption of good regulatory practices and improve the standards related to the sector.

There is also a need for a balance of regulations between the states themselves. One of the main taxes on natural gas is the one on Operations relative to the Circulation of Goods and Services; Interstate and Localities Transportation; and Communication (ICMS). These are state competence. In this way, the harmonization of the ICMS taxation on natural gas also needs to be addressed, to have a uniformity between the states and enable a national market with liquidity and facilitate the movement of gas between them.

The implementation of the mechanisms proposed by Decree No. 10,712/2021 is what is being done by the CMGN now. It started the articulation with the states and the Federal District.

6. CONCLUDING REMARKS

International experience shows that it is not easy to implement a competitive gas market. In this sector, the regulator must be active in taking action with a broad definition of rules. Therefore, the market can start operating. In other words, the speed of changes will greatly depend on the ANP responsiveness.

The evolution of the European experience, for example, has been very long and the implementation of the 2009 Directives. Specially, when a structural vertical separation was chosen. It has paved the way for the competition more slowly than desirable.

Incumbents, in general state-owned companies, resist to the unbundling process. The privatization of the British Gas in England occurred, after a long debate on structural separation, in which it ended

up not taking place. The unsatisfactory results of the reform and privatization in this country have led to a structural ex-post separation.

The reform in Brazil got shape only from 2016, culminating in the approval of Law No. 14,134/2021 and Decree No. 10,712/2021, which consolidated the gains already obtained with the CNPE Guidelines and the Cade TCC. This is an unprecedented transformation. It is the first effective opening of the natural gas market. It is an ongoing reform, different from previous attempts

It is believed that the adoption of measures to open and create a gas market in the country, as provided by it, contains all the ingredients to increase competition and make it possible to reduce the input price. It is a real "cheap energy shock". International experience also shows that this is not an instant process. The continuous monitoring of the regulator and the public policymakers may indicate the need or not for possible adjustments to the model. Here, there is room for academics and decision-maker's contribution by transplant best practices worldwide in the Brazilian model take into account the market-dynamic.

In this regard, the role played by the Monitoring Committee for the Opening of the Natural Gas Market is fundamental. It periodically meets to evaluate the implementation of the policy results and the possibility of proposing adjustments when necessary. However, the important thing is that several steps have already been taken in the direction of an open, dynamic, competitive and coordinated NGM.

REFERENCES

ANP, Apresentação: *Novas atribuições e desafios da agência com a nova lei do gás*, 2021.

Disponível em: <https://www.gov.br/anp/pt-br/centrais-de-conteudo/apresentacoes-e-palestras/2021/arquivos/arquivo-forum-nova-lei-do-gas-regras-investimentos-e-expansao/forum-nova-lei-do-gas-regras-negocios-e-expansao_symone-araujo.pdf>. Acesso em: 7 de julho 2021.

ABEGÁS. *Concessionárias*. 2021. Disponível em: <<https://www.abegas.org.br/concessionarias>>. Acesso em: 2 de julho 2021.

BRAZIL, Lei N. 9,478, de 06 de agosto de 1997. *Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências*, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm>. Acesso em: 7 de junho 2021.

BRAZIL, Lei N. 14,131, de 08 de abril de 2021. *Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências*, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm>. Acesso em: 7 de junho 2021.

BRAZIL, Lei N. 11.909, de 04 de março de 2009. *Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, e sobre as atividades de escoamento, tratamento, processamento, estocagem subterrânea, acondicionamento, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera as Leis n°s 9.478, de 6 de agosto de 1997, e 9.847, de 26 de*

outubro de 1999; e revoga a Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009, e dispositivo da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.134-de-8-de-abril-de-2021-312904769>>. Acesso em: 7 de junho 2021.

BRAZIL, Resolução N. 10, de 14 de dezembro de 2016. *Estabelece as diretrizes estratégicas para o desenho de novo mercado de gás natural, cria o Comitê Técnico para o Desenvolvimento da Indústria do Gás Natural no Brasil, com o objetivo de propor medidas que garantam a transição gradual e segura para a manutenção do adequado funcionamento do setor de gás natural e de avaliar a possibilidade de aceleração da transição, e dá outras providências*, 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/conselhos-e-comites/cnpe/resolucoes-do-cnpe/arquivos/2016/resolucao_cnpe_10_diretrizes_gas_para_crescer.pdf>. Acesso em: 7 de junho 2021.

BRAZIL, Resolução N. 16, de 24 de junho de 2019. *Estabelece diretrizes e aperfeiçoamentos de políticas energéticas voltadas à promoção da livre concorrência no mercado de gás natural, e dá outras providências*. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/despacho-do-presidente-da-republica-172805973>>. Acesso em 7 junho 2021.

COSTA, GABRIEL. *Comercialização de Gás Natural*. In: Webinar EPE, 23 junho 2021. Rio de Janeiro, RJ, 2021. Disponível em: <<https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-611/Comercializacao%CC%A7a%CC%83o%20de%20Ga%CC%81s%20Natural%2023jun21.pdf>>. Acesso em: 2 junho 2021.

EU, DIRECTIVE N. 2009/73/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL OF 13 JULY 2009, *Establishing common rules for the internal market for natural gas and repealing the directive 2003/55/EC (europa.eu)*. Article 9 of the Directive on the structural vertical separation rule. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0073&from=EN>>. Acesso em: 10 de junho 2021.

EPBR. *GNA dá a partida em sua primeira termelétrica no Porto do Açú*. Newsletter – Comece seu Dia, Rio de Janeiro, 16 setembro 2021. Disponível em <<https://epbr.com.br/41965-2/>>. Acesso em: 12 junho 2021.

EQUINOR. *Parceiros escolhem conceito para o projeto BM-C-33, no Brasil*. Notícias e imprensa, Rio de Janeiro, 18 março 2021. Disponível em: <<https://www.equinor.com.br/pt/noticias/parceiros-escolhem-conceito-para-o-projeto-bm-c-33-no-brasil.html>>. Acesso em: 22 junho 2021.

OECD: *The Essential Facilities Concept 1996*. Policy Roundtables, 1996. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/1920021.pdf> . Acesso em: 7 de junho 2021.

OECD: *Recommendation concerning Structural Separation in Regulated Industries, 2001*. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/recommendationconcerningstructuralseparationinregulatedindustries.htm_2001>. Acesso em: 7 de maio 2021.

REY,P. AND TROLLEY,J. *A Primer on Foreclosure*. In *fashion* Armstrong,M. and Porter,R.: *Handbook of Industrial Organization*. Vol III. The MIT Press. 2007 for this discussion based on the challenge of the theory of market power leverage between distinct links posed by Posner (Posner, Richard (1976), *Antitrust Law*, Chicago: University of Chicago Press) and Bork (Bork, Robert (1978), *Antitrust Paradox*, New York: Basic Books).

COMMITTEE TO PROMOTE COMPETITION IN THE NATURAL GAS MARKET IN. *Propostas para o Mercado Brasileiro de Gás Natural*. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/secretarias/petroleo-gas-natural-e-bio-combustiveis/novo-mercado-de-gas/documentos-relacionados-1/2.RelatrioComitdePromoodaConcorrnciavfinal10jun19.pdf>>. Acesso em: 15 junho 2021.

SECRETARIA DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO ESTADO DE SERGIPE. *Termelétrica de Sergipe já tem autorização da ANEEL para operação comercial na geração de energia*. Notícias, Sergipe, 30 março 2020. Disponível em: <<https://sedetec.se.gov.br/termelétrica-de-sergipe-ja-tem-autorizacao-da-aneel-para-operacao-comercial-na-geracao-de-energia/>>. Acesso em: 2 maio 2021.

SECRETARIA DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTE, ENERGIA E COMUNICAÇÃO DO ESTADO DA BAHIA. BAHIAGÁS E ALVOPETRO CELEBRAM UM ANO DE PARCERIA. Notícias. Bahia, 5 julho 2021. Disponível em: <<http://www.infraestrutura.ba.gov.br/2021/07/11732/Bahiagas-e-Alvopetro-celebram-um-ano-de-parceria.html>>. Acesso em: 2 agosto 2021.

**Bruno Eustáquio Ferreira Castro de Carvalho**

<https://orcid.org/0000-0002-8034-6356>

Ministry of Mines and Energy.

PhD in Civil Engineering in systems and infrastructure management from the Instituto Superior Técnico of the University of Lisbon (IST/UL). PhD in Civil Engineering from the University of Brasília (UnB) (Co-Guardianship). Master's Degree in Environmental Engineering and Natural Resources from the Faculty of Engineering of the University of Porto-Portugal (FEUP/UP). Master's in civil engineering from UnB. Specialist in Infrastructure Policies by the National School of Public Administration (ENAP). Future Intelligence Specialist at UnB's Center for Advanced Studies. Specialist in Socioeconomic Evaluation of major infrastructure projects by the National School of Public Administration (ENAP). Professor in other institutions of training of public agents in the themes of PPPs and infrastructure regulation. Member of doctoral advisories in regulation, economics and infrastructure. Books, articles, and international journals published in a total of 25 research papers. International reviewer of international journals such as Utilities Policy, Expert Systems among others.

**Symone Araujo**

<https://orcid.org/0000-0003-0971-917X>

National Oil, Natural gas and biofuels Agency

Ampla and diversified professional experience, having started his career in 1988 at Construtora Mendes Júnior S/A, as a technical assistant. Between 1988 and 1989, she held the position of project engineer in the UFS/NITROFÉRFIL/ITPS Agreement. Between 1989 and 1994, she was technical director of Ambientec Consultoria Ltda. From 1994 to 1999, he held the position of senior level coach at the Police Station of the Ministry of Education in Sergipe. From 1999 to 2004, he worked as a technician of higher education at the Federal University of Sergipe Foundation - UFS.

**Fernando Massaharu Matsumoto**

<https://orcid.org/0000-0002-0636-4257>

Ministry of Mines and Energy

Graduated in Electrical Engineering from the University of Campinas. Post-graduate in Politics

For the Energy and Mineral Sectors by the Pontiff Catholic University of Rio de Janeiro (PUC-RJ). Public servant of the control entity, since 2010 working in the Department of Natural Gas, which currently directs.

**Aldo Barroso Cores Junior**

<https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0003-1135-0877>

Ministry of Mines and Energy

Graduated in Electrical Engineering from the University of Brasília. Post-graduate in Politics

For the Energy and Mineral Sectors by the Pontiff Catholic University of Rio de Janeiro (PUC-RJ). Postgraduate in Information Technology Governance from ICESP; with specialization in Strategic Administration of Information Systems by the Getúlio Vargas Foundation (FGV). Public servant of the career of Infrastructure Analyst, since 2008 working in the Department of Natural Gas, which currently directs.



César Costa Alves de Mattos

<https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0001-8491-4456>

House of Representatives

PhD (UNB), Master (PUC/RJ) and Bachelor (UNB) in Economics. Legislative Consultant in the Area of Economics in the House of Representatives. Former Secretary of Competition and Competitiveness Advocacy of the Ministry of Economy, Former Cade Adviser, Former Assistant Secretary of International Affairs and Former Coordinator of Structural Issues of the Secretariat of Economic Policy of the Ministry of Finance. Professor of Economics of Regulation at the Master's Degree in Economics, Department of Economics, Professor and Former Coordinator of the MBA in Regulation at FGV/DF. Three organized books on competition advocacy. Two books on tariff and infrastructure regulation. Several articles in periodicals and books.

Dinâmica e Estrutura das Consultas Públicas: A regulação das comunicações em Portugal, 1998-2020¹

Dynamics and structure of public consultations: The regulation of communications in Portugal, 1998-2020

Dinámica y estructura de las consultas públicas: La regulación de las comunicaciones en Portugal, 1998-2020

Sandro Mendonça²

<https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v13i24.458>

Resumo: A participação pública representa um mecanismo de interação habilitadora através da qual actores públicos recebem a contribuição de vários interessados com vista à tomada de decisão. Em Portugal, o Código do Procedimento Administrativo estabelece esta moldura e impõe a obrigação de “consulta pública” quando o impacto é substancial e com efeitos não necessariamente simétricos em várias franjas da sociedade e da economia. Apesar de ser um *dado* adquirido na arquitectura institucional portuguesa, e europeia por exemplo, existem poucos *dados* concretos sobre esta prática. Esta contribuição faz uma análise de mais de 20 anos de experiência da Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM) em Portugal. O número anual de consultas públicas tem vindo a crescer (indicando mais produção regulatória), o número de dias de consulta tem vindo a diminuir (eventualmente indiciando mais eficiência procedimental), mas a quantidade e a diversidade de participantes não têm ainda evoluído expressivamente (sugerindo que a abertura da regulação à sociedade carece de mais investimento e inovação).

Palavras-chave: Regulação; Comunicações; Consultas públicas; Participação social

Abstract: Public participation represents an enabling interaction mechanism through which public actors receive input from various stakeholders for decision-making. In Portugal, the Code of Administrative Procedure establishes this framework and imposes the obligation of “public consultation” when the impact is substantial and with effects that are not necessarily symmetrical in various segments of society and the economy. Despite being an instituted practice, in Portugal and elsewhere, there is little empirical evidence available. This contribution analyses more than 20 years of experience of ANACOM, the national regulatory authority for communications in Portugal. The annual number of public consultations has been growing (indicating more regulatory production), the number of consultation days has been decreasing (possibly indicating more procedural efficiency), but the number and diversity of participants have not yet evolved significantly (suggesting that opening up regulation to society requires more investment and innovation).

Keywords: Regulation; Communications; Public consultations; Social participation

Resumen: La participación pública representa un mecanismo de interacción habilitante a través del cual los actores públicos reciben aportes de varias partes interesadas para la toma de decisiones. En Portugal, el Código de Procedimiento Administrativo establece es el marco que impone la obligación de “consulta pública” cuando el impacto es sustancial y con efectos no necesariamente simétricos en diversas áreas de la sociedad y

1 Artigo submetido em 17/07/2021 e aprovado em 12/11/2021.

2 Autoridade Nacional de Comunicações - ANACOM

la economía. A pesar de ser un hecho en la arquitectura institucional portuguesa, y europea por ejemplo, hay pocos datos concretos sobre esta práctica. Esta contribución analiza más de 20 años de experiencia de la Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM) en Portugal. El número anual de consultas públicas ha ido creciendo (lo que indica una mayor producción regulatoria), el número de días de consulta ha ido disminuyendo (posiblemente indicando una mayor eficiencia procesal), pero el número y diversidad de participantes aún no ha evolucionado significativamente (lo que sugiere que la apertura de la regulación a la sociedad requiere más inversión e innovación).

Palabras clave: Regulación; Comunicaciones; Consultas públicas; Participación social

1. INTRODUÇÃO³

O Estado é um actor detentor de poderes necessários para a aplicação das leis e para a manutenção do bem-estar social. Um mecanismo para tornar o processo de decisão dos poderes públicos mais transparente e aberto à sociedade em geral é a figura das “consultas públicas”. A participação de detentores de interesse nessa formação da posição por parte de entidades administrativas tem um valor de legitimação, mas também permite um enriquecimento da própria deliberação ao facilitar o contacto com perspectivas distintas e bases de conhecimento diversificadas por agentes económicos e sociais que são especialistas na matéria ou são directamente atingidos pelas consequências das várias opções em jogo.

A experiência concreta com as consultas públicas como um dispositivo para a “boa” governança regulatória é uma realidade ainda pouco conhecida. Embora seja um modo de participação convencional nos procedimentos administrativos e legislativos em vários ordenamentos jurídicos, a literatura em língua portuguesa e estrangeira sobre esta matéria é escassa, é pouco detalhada, raramente quantitativa. Assim, dados empíricos sobre as consultas públicas enquanto fenómeno podem permitir uma melhor compreensão sobre esta prática bem como identificar padrões e saliências tendentes a sugerir melhorias.

Este trabalho aborda mais de 20 anos de consultas públicas na área das comunicações em Portugal. Estuda-se o caso das consultas promovidas pela Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM) desde a sua criação, o regulador do espectro radioelétrico, das comunicações electrónicas, das comunicações postais, infraestruturas aptas e assuntos conexos às

comunicações em geral, incluindo actividades económicas espaciais e cabos submarinos. Para este estudo sistematizaram-se pela primeira vez elementos provenientes das 281 consultas públicas lançadas durante o período, captando 3044 pronúncias ao todo.

A análise permite concluir que a actividade deliberativa da ANACOM é intensa e tem crescido. Os resultados mostram igualmente que o número de dias concedidos para recolha de pronúncias tem vindo a encurtar. As empresas prestadoras de serviços de comunicações têm o maior peso no total dos comentários recolhidos (cerca de 38%), sendo que a diversidade de segmentos societários não tem evoluído consistentemente. Uma implicação que é discutida a partir destas observações é a necessidade de se conceberem estratégias que permitam trazer mais segmentos de participantes a estes processos consultivos.

O artigo está organizado da seguinte maneira: a secção 2 traça uma descrição sobre o tema da participação do público (pessoas e organizações) na tomada de decisão por parte de entidades administrativas; a secção 3 faz referência às instituições da regulação económica, enquanto a secção 4 apresenta a ANACOM; a secção 5 dá conta dos aspectos metodológicos do estudo e dos principais resultados empíricos; a secção 6 conclui, apontando sugestões para o futuro.

2. MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO

Integrar a própria sociedade naquilo que lhe diz respeito

As Entidades administrativas têm um papel determinante na condução de muitos assuntos nas sociedades em que se inserem. Estas agências e institutos podem conceber-se como burocracias técnicas e especializadas que aplicam os poderes públicos a determinadas áreas temáticas praticando actos administrativos, por exemplo, emitindo regulamentos (Tavares, 2019). Sendo investidos de missões e agendas derivadas da autoridade do Estado, há o risco de se fe-

³ O presente documento representa uma exploração temática e analítica, tratando-se de uma posição pessoal que não prejudica nem compromete futuros entendimentos ou decisões subjacentes à acção regulatória ou de assessoria na formulação de políticas públicas por parte da ANACOM, não a vinculando a qualquer posição que possa vir a ser tomada sobre esta ou outras matérias relacionadas. A versão final do texto foi ajustada para se aproximar ao português do Brasil.

charem sobre si mesmos e de perderem sincronização com a envolvente socio-económica. Devendo prestar contas, estas instituições que corporizam o poder público em várias matérias estão expostas a um conjunto de outras instituições de supervisão, controle e/ou acompanhamento dentro do próprio perímetro do Estado. Tais instituições podem ser o governo (tutela ou ministério associado), parlamento (Congresso Nacional no Brasil, Assembleia da República em Portugal), Tribunal Constitucional (Suprema Corte no Brasil), Tribunal de Contas, etc. (Oliveira, 2019).

Os mecanismos de responsabilização e “prestação de contas” (accountability) podem também ser ancorados fora do Estado, visto aqui em sentido lato. A entrada dos públicos (vários segmentos da sociedade e interesses económicos) na formação da agenda decisional das entidades administrativas pode assumir várias modalidades: estudos com recolha de opinião (inquéritos, grupos, de foco, conselhos consultivos integrando representantes de áreas relevantes, etc.), envio espontâneo de missivas por cidadãos e organizações, manifestações na rua ou nas esferas digitais, cobertura jornalística, conselhos de consumidores/painéis de cidadãos, etc. (Alves e Santos, 2018; Leonel, 2018). A convivência com o escrutínio exterior (outros pontos de vista, posturas de crítica, etc.) permite um contacto maior das instituições públicas com a diversidade dos interesses que afectam e essencialmente funciona como um estímulo à conduta íntegra e competente dos seus órgãos, dos seus técnicos e demais trabalhadores.

O compromisso com a consulta aos públicos

Entre as várias formas de influência legítima junto das entidades administrativas existe o mecanismo legal das “consultas públicas”. Este é um dentre outros meios de interpelação disciplinada ao público em geral, previsto nos estatutos internos, os quais instituem sua necessidade, limites e ponderações em prol da transparência perante as “partes interessadas” (*stakeholders*). As preocupações e sugestões de pessoas, organizações e comunidades implicadas directa ou indirectamente podem assim, pelo menos formalmente, ser tidas em conta (Fernandes-Jesus et al., 2019). Neste quadro de equilíbrio multi-agente, arbitrando conhecimentos “disciplinares” e “indisciplinados” sobre temas socio-técnicos complexos, os entes públicos transitam de um papel de “comando e controlo” (linear) e para um de “Estado negociador” (não-linear) em que se dá palco a diversas vozes tentando encontrar caminhos para soluções consistentes (ver Beck & Willms, 2014). De facto, perante

incerteza tecnológica e quando o contexto é de mercados em que a concorrência não-preço impera, existe uma indeterminação a priori sobre todas as variáveis que importa ponderar. As consultas surgem, assim, instrumentos institucionais que promovem, por via externa, a aprendizagem e “boa governança” (*good governance*), a exigência e a excelência das entidades administrativas.

Os reguladores e outras agências ao organizar consultas públicas fazem-no por razões de requisito normativo (obrigações legais e estatutárias), mas também porque têm vantagem nisso (aquisição de fundamentação) (Alves, 2021). No desenho de propostas de intervenção os atores públicos carecem de conhecimento e informação. Em particular os reguladores (entidades administrativas independentes, na terminologia portuguesa), que actuam em mercados sofisticados e que têm a função de parametrizar e monitorizar áreas especialmente técnicas e tópicos especialmente complexos, utilizam as consultas públicas para obter dados e elementos provenientes de diferentes componentes do sistema sectorial que regulam e supervisionam. Assim, as consultas públicas são intrínsecas ao ambiente informacional em que as posições regulatórias são construídas.

A literatura especializada que está disponível sobre esta matéria tem várias limitações, não só é escassa (há pouca evidência publicada) como é também assimétrica (em termos de países, sectores, perspectivas) (Haber & Heims, 2020). Em termos gerais, os factos encontrados no terreno suscitam apreciações críticas por parte dos investigadores, por exemplo, embora as consultas possam estar consagradas na legislação a linguagem empregue pelos reguladores pode não permitir ultrapassar assimetrias de informação e hiatos cognitivos (o que coloca a questão na preparação do processo, nas campanhas de divulgação, na capacitação dos públicos, etc.).

Abertura (real) à sociedade

A abertura à sociedade é umas das premissas das consultas públicas. Porém, o equilíbrio não é simples entre tecnicidade complexa e sofisticada, uma alta liberdade decisional perante vínculos de hierarquia de um Executivo central e um necessário e útil contrapeso na participação popular (Wimmer e Peixoto, 2008). Existem várias barreiras, objectivas e subjectivas, a que se efectivamente materialize uma reforçada manifestação do “interesse geral”. Detecta-se um hiato entre a deferência discursiva em relação à deliberação participativa e o real compromisso com esta prática (Stirling, 2007). Não é fácil o

regulador sair do reduto da regulação. Em particular, uma razão pode ser um maior conforto dos reguladores com uma linha de trabalho mais ensimesmado e analítico, mesmo perante dissonância com operadores, e um menor conforto com questões menos técnicas e linguagens mais reivindicativas/redistributivas. Por um lado, é possível que a percepção do próprio burocrata/tecnocrata seja de que a entrada do público no processo de decisão torne a tomada de decisão mais trabalhosa, menos razoável, mais desordenada, menos eficiente e mais demorada (Jayaraman, 2020). A presença de tanto especialistas como leigos será mais provável quanto as consultas sejam amplamente divulgadas, o que requer investimento. Por outro lado, existem momentos cruciais antes das próprias consultas públicas. As consultas públicas são habitualmente postas em marcha quando existe um documento em que já estão explicitadas as disposições a serem implementadas, ainda que preliminares, mas que não reflectem as várias sensibilidades detalhadas da sociedade, apenas a visão que o regulador tem sobre o mercado. Uma medida mais valorizadora da contribuição cidadã poderia ser a sua inclusão em etapas anteriores (por exemplo, discussões públicas, abertura de fase iniciais de abertura de processos regulatórios) de modo a poderem “denitrizar” (*mainstreaming*) os seus argumentos o mais cedo possível com vista a terem maior expressão na versão final das posições públicas (Chiti, 2013).

Se a diversidade estrutural dos contributos para as consultas públicas é um factor que permite um contraste de pontos de vista, então este é um critério possível para aferir o sucesso deste mecanismo. Um estudo recente mostra que entre as agências da União Europeia a maior parte das pronúncias advêm dos segmentos regulados, isto é, das empresas que desenvolvem negócios nas áreas relevantes (Beyers & Arras, 2020). Os operadores são mais vocais e persistentes em fazerem-se ouvir. Certamente, estão mais inteirados e têm mais incentivos para estarem presentes nestas oportunidades. Uma consequência é que estas opiniões ficam sobre-representadas nas consultas públicas (embora não necessariamente na decisão final), e que o desequilíbrio é difícil de contrariar. Aqui a escola da “nova gestão pública” (*new public management*) não é um guia especialmente útil, dado o seu enfoque na eficiência (o mantra dos *Key Performance Indicators*) e na reconfiguração da conduta pública virada para valores de expediência próximos do modelo de acção dos agentes privados (Azevedo, 2017).

A possibilidade de inclusão é teórica; a real inclusão de participação cidadã não se garante automa-

ticamente (Kaehne & Taylor, 2016). Isto é, sem ressonância concreta em públicos mais vastos e audiências distintas, é a própria legitimidade da instituição reguladora que fica fragilizada (Braun e Busuioc, 2020). O acesso mais próximo e diversificado a cidadãos e comunidades, por exemplo tirando partido de meios digitais e de ambientes virtuais, abre também possibilidades de “relacionamentos co-criadores” na elaboração de produtos regulatórios, podendo dotá-los de maior eficácia quando implementados (Baines et al., 2021). Os reguladores terão eles próprios aqui uma fonte de mudança institucional mantendo ligação, também por via de uma exposição disciplinada ao escrutínio crítico, à dinâmica realidade socio-económica da praça pública (Reis, 2010). Por outras palavras, a abertura à participação é uma *vantagem adaptativa* ao mundo lá fora (Mendonça, 2014).

A promoção da inclusão de intervenientes por parte dos reguladores tem mérito em si mesma, mas também porque permite ir “descobrir” e “desenvolvendo” novos públicos. De facto, novos actores vão surgindo devido a alterações do “ecossistema” de comunicações (por exemplo, por via da desintegração vertical em que surgem especialistas em infraestruturas passivas ou por via do papel crescente das plataformas digitais que fazem com que grupos vocacionados para o plano virtual das operações e da monetização tenham mais interesse em temas das telecomunicações, postal, etc.) e está a em linha com a ênfase actual na institucionalização de processos porosos de deliberação pública (utilizando esquemas de participação como painéis de cidadãos, diálogos cívicos, etc.; ver OCDE, 2020). Esta abordagem está mais próxima do conceito de “valor público”, segundo o qual os agentes públicos desempenham um papel importante no processo democrático enquanto ponderam temas técnicos ao mesmo tempo que trazem a cidadania para centro do processo de construção de escolhas colectivas (Mazzucato e Ryan-Collins, 2019). A democraticidade e o robustecimento que a participação social pode acrescentar ao processo são ainda mais importantes em serviços essenciais e indústrias de rede, ou seja, naqueles sectores “demasiado interconectados para falharem” (Freitas et al., 2017).

3. A REGULAÇÃO NA SOCIEDADE

É para Washington, via Londres, por favor!

Nas sociedades contemporâneas de matriz ocidental, a onda de transformação pós-1980 (as mãos visíveis de Reagan e Thatcher, que permitiram in-

troduzir as ideias de Friedman e Hayek) veio reposicionar os poderes públicos. A configuração idealizada e dominante das soluções societárias tornou-se a ordenação privada de interesses (*private ordering*), sobretudo através do recurso ao mercado como eixo recombinate das capacidades de oferecer e das necessidades de comprar. Tal vem a ser incrementado na transição para a década de 1990, já em plena “Globalização” (agora desfeito o Bloco de Leste) e revolução informacional (então da microelectrónica à Internet, e hoje em dia da “digitalidade” ao “metaverso”).

Regulação como política pública

Os primeiros 20 anos do século XXI desenvolvem-se, então, num quadro de pressupostos relativamente estáveis, isto depois de os últimos 20 anos do século XX terem sido marcados por um sustentado processo de privatização, desregulamentação e liberalização. O Estado, ao abdicar de um papel cimeiro de produtor, passa a delegar parcialmente tarefas à iniciativa empresarial e o faz com apoio das prerrogativas de regulação (Amaral, 1996). A regulação é, não obstante, um tipo de política pública ainda que seja um poder exercido por parte de uma agência dotada de autonomia reforçada ou independência que se vai dedicar a um papel análogo a um “árbitro de mercados” (Secchi, 2020).

Novas criaturas sectoriais

A constituição de novas criaturas económicas de enfoque em indústrias de rede (por vezes também chamadas *utilities*) tornou-se um movimento de fundo que está na base da criação de entidades especiais como a ANACOM (lançada em 1989 em Portugal) e a Anatel (Brasil, 1997) no sector das (tele)comunicações e da ERSE (Portugal, 1995) e da ANEEL (Brasil, 1996) no sector da energia. A transição para um modelo de mercado pontuado por autoridades reguladoras foi dirigida à abertura à concorrência (identificar e corrigir falhas de mercado) mas também ao equilíbrio entre os valores de mercado e variados outros tipos de valores, como a protecção dos consumidores e interesses públicos relacionados com a coordenação internacional (Ferreira e Morais, 2009). Estas autoridades co-existem, complementam e cooperam com outras, de enfoque transversal, as agências que zelam pela política de concorrência como a Autoridade da Concorrência - AdC (fundada em Portugal em 2003) ou o Conselho Administrativo de Defesa Económica - CADE (Brasil, 2011).

A auscultação pública como instrumento da regulação

A auscultação pública, mormente por via de uma chamada a comentários perante uma intencionalidade de abrir um certo tema regulatório (por exemplo, denominada de “Anúncio de Proposta de Regulamentação” pela ERSE em Portugal; ver Vasconcelos, 2019, e também Santos, 2021), constitui um instrumento de apoio à produção de artefactos regulatórios (regulamentação, metodologias, determinação de obrigações, etc.), conferindo transparência à actuação do regulador. Permite ainda uma avaliação preliminar e actualizada das posturas e preocupações dos diferentes destinatários com o impacto de cada medida, desta forma contribuindo para a eficiência e eficácia das mesmas e para a qualidade da regulação. A auscultação de uma variedade de “terceiros interessados” na regulação é uma segurança contra a “captura regulatória”, isto é, o aprisionamento do regulador por interesses especiais (Bó, 2006). E um empenho activo na divulgação e construção de atenção em torno destes momentos de participação é também uma prática de conduta regulatória que mantém o regulador numa condição adaptativa e antecipatória face aos desenvolvimentos na sociedade, na indústria e na tecnologia, ou seja, apto a prosseguir uma trajetória estratégica mais “responsiva” (Freitas et al., 2019; Pontes e Freitas, 2021). A transição de uma abordagem *burocrático-cêntrica* para um modo de trabalho *usuário-cêntrico* permite uma inserção mais capacitada e dinâmica naquilo que poderíamos denominar “sistema nacional de regulação”, isto é, o nexo diversificado e distribuído de instituições (sociedade civil organizada, empresas e suas associações, mídia, governo, parlamento, tribunais, etc.) que faz a gestão estrutural dos sectores e mercados.

4. A AUTORIDADE NACIONAL DE COMUNICAÇÕES EM PORTUGAL

A instituição e o seu enquadramento

A ANACOM é a autoridade reguladora que em Portugal tem por missão a regulação do sector das comunicações, incluindo as comunicações electrónicas e postais e a coadjuvação ao Governo nestes domínios⁴. Iniciou a sua actividade em 1989 enquanto Instituto das Comunicações de Portugal (ICP), instituto público com autonomia administrativa e finan-

4

Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16 de Março.

ceira⁵, tendo em 2002 evoluído para ICP-ANACOM, pessoa colectiva dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio⁶. Na viragem do século mudanças como o acesso da iniciativa privada às actividades de telecomunicações (evolução no plano normativo) e o sucesso da telefonia portátil (evolução no plano tecnológico) vieram a projectar a ANACOM, a qual iniciou a profunda reforma nas condições subjacentes ao desenvolvimento dessas actividades (Cabo, 2009; Confraria, 2017; Amoroso, 2019; Félix, 2019; Franco, 2019).

A ANACOM rege-se, nomeadamente, pela Constituição da República Portuguesa, pelo direito da União Europeia que lhe seja directamente aplicável, pela lei-quadro das entidades reguladoras⁷, pela legislação sectorial e pelos seus estatutos, sendo-lhe também subsidiariamente aplicável, no âmbito do exercício de poderes públicos, o Código do Procedimento Administrativo (CPA), para além de outra legislação relevante. Em termos de normas sectoriais, constituem marcos de referência a Lei das Comunicações Electrónicas (LCE)⁸ e a Lei Postal⁹.

Conforme estabelecido pela lei-quadro das entidades reguladoras (artigo 3.º), estas são pessoas colectivas de direito público, com a natureza de “entidades administrativas independentes”, com atribuições em matéria de regulação da actividade económica, de defesa dos serviços de interesse geral, de protecção dos direitos e interesses dos consumidores e de promoção e defesa da concorrência dos sectores privado, público, cooperativo e social. A ANACOM prossegue ainda objectivos relacionados com a produção de estatísticas, a promoção do acesso às infraestruturas e também acompanha domínios emergentes como a cibersegurança ou a neutralidade tecnológica.

A sua actuação independente pressupõe a verificação dos seguintes requisitos: autonomia administrativa e financeira; autonomia de gestão; independência orgânica, funcional e técnica; existência de órgãos, serviços, pessoal e património próprio; poderes de regulação, de regulamentação, de supervisão, de fiscalização e de sanção de infracções; protecção dos direitos e interesses dos consumidores nos sectores que regula.

5 Decreto-Lei n.º 283/89, de 23 de Agosto.

6 Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro.

7 Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto (objecto de diversas alterações).

8 Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro (objecto de diversas alterações).

9 Lei n.º 17/2012, de 26 de Abril (objecto de diversas alterações).

A condução da actividade regulatória

Entre os princípios de gestão que a ANACOM deve observar está incluída a transparência na sua actuação, traduzida em particular na discussão pública de projetos de documentos que contenham normas regulamentares.

Com efeito, dispondo, entre outros, de poderes de regulamentação e fiscalização, encontra-se estatutariamente previsto que a ANACOM deve promover, no exercício desses poderes, processos de consulta pública e de manifestações de interesse, nomeadamente no contexto da introdução de novos serviços ou tecnologias, possibilitando a participação das entidades representativas dos interesses dos consumidores e demais utilizadores nos processos de consulta (pública e publicitada) realizada no decurso da tomada de decisões susceptíveis de afectarem os seus direitos e interesses. O procedimento regulamentar a utilizar é detalhado no artigo 10.º dos Estatutos, sem prejuízo da aplicação concomitante do que se encontra definido no CPA (artigos 98.º e seguintes).

Um procedimento de consulta específico foi previsto, nos Estatutos em vigor, relativamente ao plano plurianual de actividades, estipulando-se que “a ANACOM submete anualmente a consulta pública as principais orientações estratégicas para o triénio” (artigo 47.º). Desta forma se alterou a prática que anteriormente vigorou, que passava pela obtenção de parecer do Conselho Consultivo da ANACOM, órgão ao qual cabia pronunciar-se sobre um conjunto de matérias identificadas (incluindo as linhas gerais do plano de actividades e do orçamento) e que deixou de existir com a última alteração estatutária.

Em relação à adoção de medidas com impacto significativo no mercado no âmbito das comunicações electrónicas e dos serviços postais, encontra-se estatutariamente definido (artigo 11.º), como regra, o recurso ao procedimento geral de consulta detalhado na LCE (artigo 8.º) e na Lei Postal (artigo 9.º). Este procedimento implica a publicação e publicitação do projeto de decisão em causa (que constitui o *objecto* da consulta pública) dando aos interessados a possibilidade de se pronunciarem (que é o *objectivo* da consulta pública) num determinado prazo (que não pode ser inferior a 20 dias). Os resultados da consulta pública são depois publicados sob a forma de “Decisão final” (contendo ou não alterações ao projecto original), a qual terá associado um relatório no qual se apreciam as contribuições de cada respondente (expurgadas de eventuais elementos confidenciais) e se refere a sua incorporação na versão final (sendo que existem situações em que as adaptações do texto

inicial são significativas e que se considera justificar nova consulta). Os âmbitos das consultas podem ser os mais variados, e nem sempre exclusivamente da autoria do regulador (ver Anexo).

Em conformidade com o disposto na LCE, a ANACOM aprovou oportunamente os procedimentos aplicáveis às consultas públicas que promove¹⁰, tendo também aprovado as regras de indicação de confidencialidade (tanto para as comunicações electrónicas¹¹ como para os serviços postais¹²).

Há ainda a salientar as obrigações legais associadas a consultas obrigatórias a entidades nacionais específicas, em função das temáticas em decisão (organizações representativas dos consumidores, autoridades reguladoras da concorrência e da comunicação social, designadamente), bem como o procedimento que vigora no âmbito comunitário para as comunicações electrónicas (artigos 57.º e 57.º-A da LCE).

5. CONSULTAS PÚBLICAS NAS COMUNICAÇÕES EM PORTUGAL, 1998-2020: DADOS E ANÁLISE

Consultas públicas como fonte

Os dados nunca são “dados”, têm de ser construídos. Os registos dos acontecimentos empíricos aqui denominados “consultas públicas” estão disponíveis publicamente (no site oficial: www.anacom.pt), mas tiveram de ser sujeitos a um trabalho de compilação e reporte. Os “factos estilizados” que agora se apresentam são, portanto, uma tradução do que aconteceu, e não tinham até agora sido sistematizados e analisados com esta extensão e profundidade. A análise e interpretação apresentadas serão, nesta medida, inovadoras pois os dados careciam de ser apreciados sob o enfoque desta pesquisa.¹³

10 Deliberação de 12.2.2004.

11 Deliberação de 17.11.2011.

12 Deliberação de 2.2.2012.

13 Um raro, e sem dúvida pioneiro, exemplo de análise empírica de consultas públicas é fornecido por Wimmer e Peixoto (2008). Aqui as autoras passam em revista o caso brasileiro das telecomunicações e o papel da Anatel. As autoras notaram à época uma insuficiente sistematização na gestão destes processos e uma baixa permeabilidade dos públicos a estes e outros mecanismos de participação. Serão, sem dúvida, traços que não são exclusivos do exemplo analisado, o qual, ainda assim, evidencia esforços de transferência de conhecimento para a sociedade civil a fim de que esta própria seja uma parte activa na defesa dos seus direitos.

Embora os dados possam parecer à primeira vista simples, o seu tratamento implica um laborioso processo de identificação, verificação e consolidação. As peculiaridades dos casos concretos exigem uma conversão minuciosa dos “materiais brutos” numa base de dados estruturada, amparada em metodologia de catalogação e sistematização. As notas explicativas, que são essenciais, mas que podem ser fastidiosas, estão vertidas em Anexo.

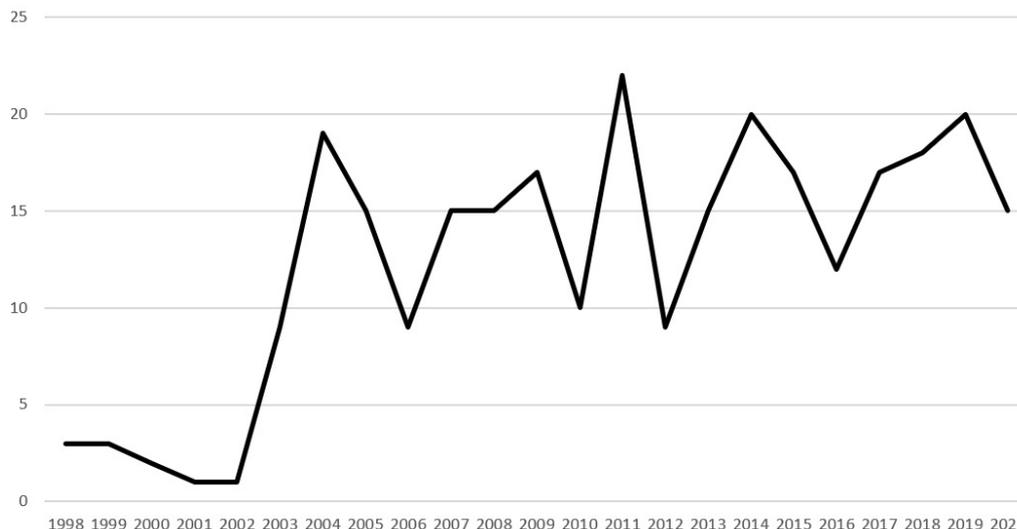
Como salvaguarda é importante referir que uma primeira análise quantitativa não equivale a uma avaliação do valor dos projetos preliminares de decisão ou do interesse das contribuições recebidas para o processo de tomada de decisão. Muitas dessas contribuições não se referem ao foco das consultas e muitas outras circunscrevem-se a expor meras posições binárias (concordância/discordância), sem fundamentação. Como todas as contribuições são analisadas sem uma análise aos seus conteúdos é necessário deixar claro que não é por haver mais contributos que isso significa automaticamente um maior valor acrescentado a todo o processo. De notar, adicionalmente, que temas mais técnicos podem suscitar reacções a menos entidades enquanto matérias mais relacionadas às temáticas quotidianas, por exemplo aquelas afetas à protecção dos consumidores, são acessíveis ao público em geral arrastando por isso um maior número de comentários.

Padrões empíricos

Entre 1998 e 2020 foram lançados 281 procedimentos de Consulta Pública, suscitando 3.044 pronúncias voluntárias. As estas pronúncias juntaram-se mais 92 oriundas de entes oficiais cuja audição assume carácter vinculativo (estas expressões “não-voluntárias” não são aqui tratadas; ver Anexo). Os vários processos de consulta analisados neste trabalho envolveram um total de 7.188 dias úteis.

O levantamento revela que 10 dos procedimentos foram nos primeiros cinco anos (1998-2002). A partir de aí o caudal de procedimentos elevou-se (nunca estando abaixo de 9 por ano) e com uma tendência positiva (Figura 1). Em 2011 foi lançado o maior número de consultas (22). Em média foram lançadas 12 consultas por ano nos 23 anos em análise, o que é um débito que sublinha a intensidade do processo de produção regulatória nesta área em Portugal.

FIGURA 1. QUANTIDADE ANUAL DE CONSULTAS PÚBLICAS PROMOVIDAS PELA ANACOM

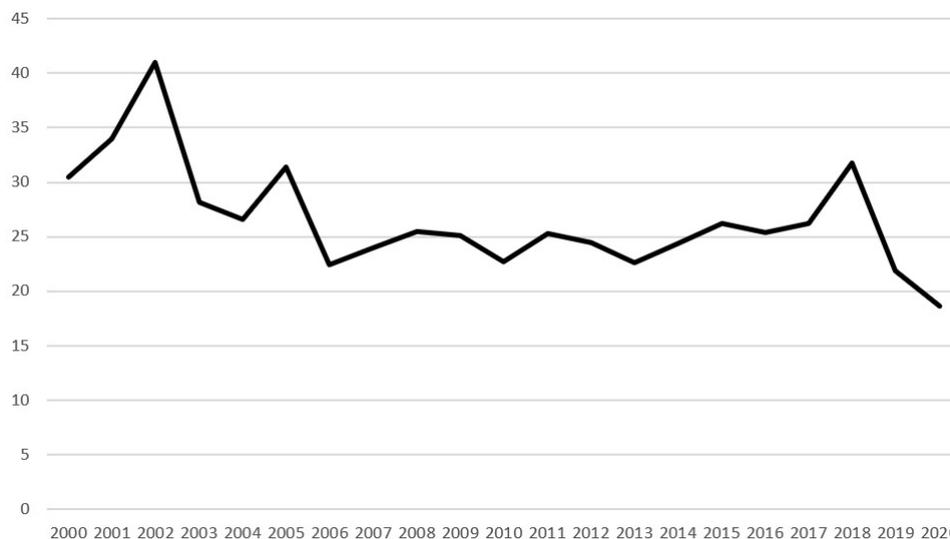


A Figura 2 mostra a duração média dos procedimentos lançados em cada ano (desde 2000 até 2020)¹⁴. Observam-se oscilações, mas também uma tendência de decréscimo do número de dias concedidos para resposta às consultas. Este padrão de compressão do número de dias em que o projecto de decisão está aberto a comentários pode revelar uma maior pressão para a tomada final da decisão mas também de ganhos gerais derivados aumento da eficiência procedimental (permitindo um possível encurtamento entre a versão preliminar e versão final da decisão), eventualmente pelo efeito da aprendizagem organizacional (tanto do lado do regulador como dos regulados, que foram desenvolvendo ro-

tinhas para lidar com estes processos). Não existe evidência de que maior celeridade coloque em causa o objectivo e a utilidade de todo o processo (que é ouvir o máximo de entidades possível, dando-lhes o tempo necessário e suficiente para se poderem pronunciar fundamentadamente), sabendo que o prazo mínimo legal nunca é ferido (por força da obediência ao CPA) e uma vez que quando são pedidas extensões de prazo (por exemplo, quando os assuntos são potencialmente mais complexos) estas são tipicamente concedidas, permitindo assim uma intervenção efectiva por parte dos vários públicos interessados (porém, as prorrogações concedidas podem estar a ser cada vez mais frugais à medida que os anos passam; por exemplo, devido a condicionamentos do calendário e por uma maior necessidade de atender à exigência de conclusão de assuntos interdependentes).

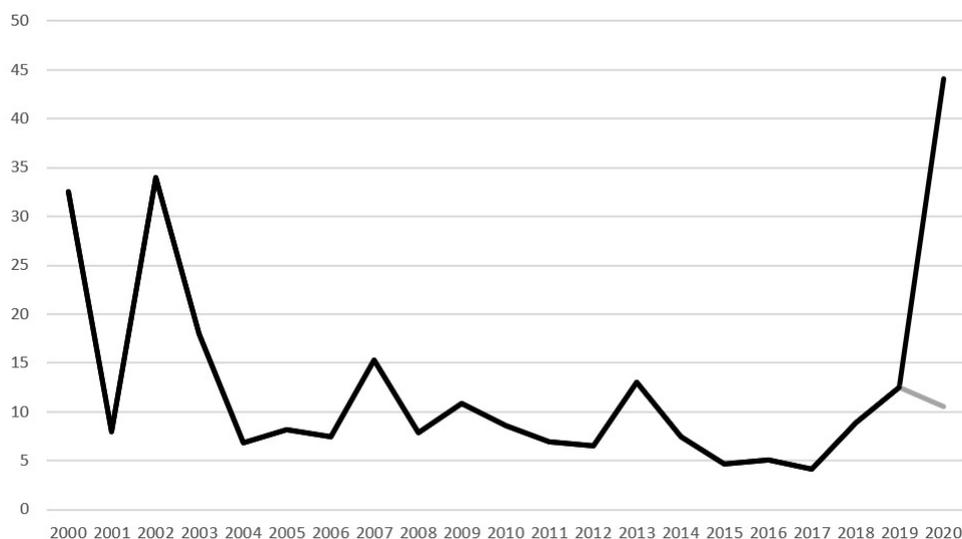
14 Em 1998 e 1999 não foi possível recuperar o número de pronúncias recebidas.

FIGURA 2. NÚMERO MÉDIO DE DIAS EM CONSULTAS PÚBLICAS, 2000-2020



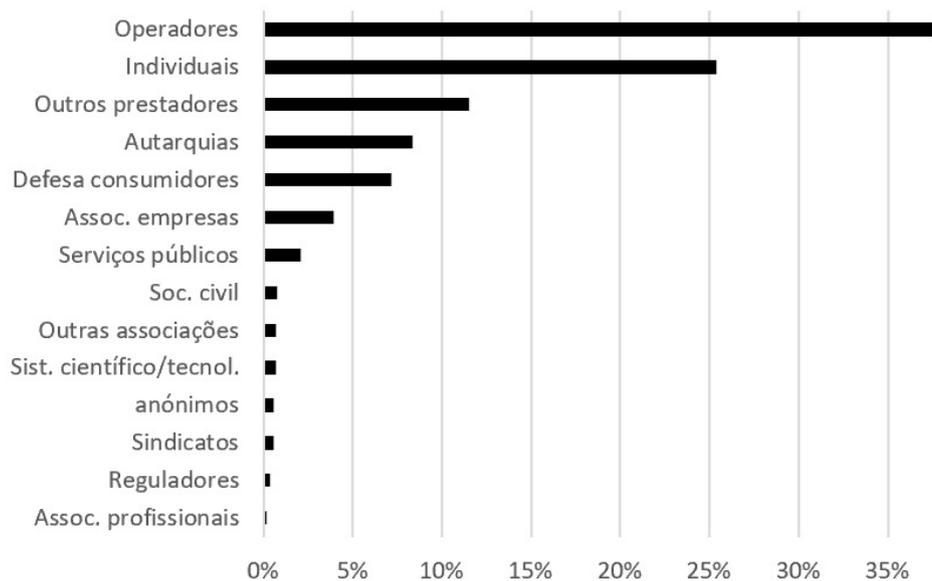
Por ano foram recolhidas em média 138 contribuições às consultas lançadas. A Figura 3 revela o número médio de contribuições (voluntárias) recebidas por consulta. Nota-se que os primeiros anos tiveram consultas muito participadas e que o último (2020) teve o máximo de pronúncias: este último caso prende-se com uma só consulta (regulamento do leilão de direitos de utilização de frequências para os espectro apto ao “5G” e outras faixas) que, por si só, gerou 514 pronúncias (um *outlier*; expurgado este valor incomum, a tendência seria aquela representada a cinza no gráfico). Por consulta a ANACOM tende a receber entre 8 e 9 contribuições (também referidas como pronúncias). Os anos 2018, 2019 e 2020 tiveram

uma recuperação face a uma tendência de decréscimo que se vinha instalando. Esta recuperação poderá estar relacionada com uma estratégia posta em prática em 2018, que consistiu em dar um impulso adicional à divulgação tradicionalmente efectuada, optando-se por promover nos procedimentos a cada momento lançados iniciativas directamente dirigidas a entidades potencialmente interessadas (incluindo segmentos da sociedade menos habituados a sentirem-se envolvidos nestas matérias, como o sistema científico e tecnológico). Descontando o ano 2020, motivado pelo caso muito especial já referido, a prática de envio de contribuições não parece ter-se ainda instalado na comunidade como um todo.

FIGURA 3. NÚMERO MÉDIO DE PRONÚNCIAS EM CONSULTAS PÚBLICAS, 2000-2020

Nota: A linha cinza representa o ano 2020 expurgando o efeito da consulta do “leilão 5G”

Os principais respondentes às consultas públicas da ANACOM são tipicamente as entidades reguladas: os operadores constituem 38% do total das pronúncias recebidas entre 2000 e 2020 (o ano em que tiveram maior peso foi 2005, em que representaram 78%). As pronúncias individuais são a segunda maior categoria. Em anos recentes, nomeadamente após 2018, segmentos como o poder autárquico e entidades de investigação tiveram um renovado dinamismo, bem como organizações representantes de consumidores, trabalhadores e empresas.

FIGURA 4. TIPOLOGIA DE ENTIDADES RESPONDENTES (2000-2020)

Nota: O Anexo contém mais elementos sobre alguns destes tipos de entidades

6. CONCLUSÃO

Uma instituição como a ANACOM, enquanto entidade administrativa de base técnica, produz artefactos regulatórios de efeito estrutural em indústrias de rede que suportam cada vez mais as actividades socio-económicas. A sua ligação aos vários públicos é essencial para sublinhar a sua legitimidade e para dotar as suas práticas de uma boa melhor base de conhecimento e de maior eficácia, assim fortalecendo (pela abertura e interactividade) o “sistema nacional de regulação” como um todo.

O presente trabalho colocou o fenómeno das consultas públicas sob uma análise empírica sistemática feita com base em dados novos e de qualidade, séries longas e detalhadas. Trata-se de um contributo que explora uma problemática em que os estudos de conteúdo empírico são escassos e fragmentados. Os factos estilizados aqui delineados poderão ser interpretados produtivamente para sustentar opções de gestão nestas matérias. Por exemplo, pode sinalizar-se que novos indicadores poderão vir a ser pertinentes no futuro (por exemplo, número de sugestões aceites/rejeitadas pelo regulador ou a etiquetagem de “Objectivos de Desenvolvimento Sustentável” das Nações Unidas às várias consultas públicas lançadas).

Trazendo para a frente o caso do regulador das comunicações (ANACOM), um exemplo do emprego de consultas como mecanismo auxiliar à decisão, é possível observar uma alta intensidade de projectos que são enviados ao público para comentário. Essa pressão tem aumentado com uma compressão dos prazos em que decorre a consulta. O número de pro-

núncias por consulta pública oscila, mas mantêm-se a um nível relativamente estável (uma queda tendencial, com uma inflexão nos últimos anos). A proveniência das pronúncias é polarizada pelos maiores operadores, e o recente aumento de diversidade não modificou ainda estruturalmente a situação.

As consultas públicas são um dispositivo de interface importante e precioso, mas não único, que permite tornar responsiva a actividade regulatória para com destinatários tornados interlocutores da política regulatória. A actuação do regulador de base técnica num ambiente em contínua mutação requer uma estratégia holística que saiba tirar partido de uma necessária interactividade com uma variedade de partes interessadas com vista à convergência de entendimentos e à articulação de expectativas. A participação significativa e plural é um factor de integridade, independência e “hetero-controle” da qualidade da actuação dos poderes públicos (escrutínio externo, como se de “colegialidade societal” se tratasse), que é complementar ao auto-controle (escrutínio interno, com pesos e contrapesos). Resulta evidente, porém, que a participação é também parcialmente produto do empreendedorismo e da criatividade pública (construção de literacias, divulgação mais inclusiva, capacidade de mobilização, etc.), e daqui emana uma responsabilidade reforçada da qual os agentes reguladores não se podem afastar, que é motivar e capacitar os actores sociais e económicos a exercitarem a sua voz e o seu direito à legítima influência.

ANEXO: QUESTÕES METODOLÓGICAS

Notas principais

- O período coberto (1998-2000) tem em conta o facto de o *site* da ANACOM na Internet ter sido lançado em 1997, sendo portanto considerados todos os processos de consulta e de manifestações de interesse de que há registo com informação publicamente disponível. A actualmente disponível memória institucional é esta.
- Só são considerados procedimentos de consulta na sua aceção alargada, e não os casos de medidas apenas sujeitas a Audiência Prévia dos interessados, limitadas como tal aos seus destinatários directos (ao abrigo do Código do Procedimento Administrativo); isto não obstante um número significativo de decisões serem em simultâneo sujeitas a audiência prévia dos interessados e a consulta pública.
- A grande maioria das consultas são da exclusiva responsabilidade da ANACOM (antes ICP e ICP-ANACOM), havendo porém algumas da autoria do Governo, cujos processos foram instruídos pela ANACOM em coadjuvação. Verifica-se também a existência de consultas lançadas conjuntamente com outras entidades (extinto Instituto da Comunicação Social - ICS, Entidade Reguladora para a Comunicação Social - ERC). Foram todas consideradas.
- Em cada ano são consideradas as consultas lançadas nesse ano, independentemente do termo do respectivo prazo e do ano de encerramento.
- Como duração do procedimento de consulta entende-se o tempo de resposta para a consulta, não o número de dias úteis que decorreram até à decisão final. É tido em conta o período completo de decurso de cada consulta (para envio de contributos), incluindo portanto eventuais prorrogações do prazo inicialmente fixado. O primeiro dia corresponde ao dia seguinte ao da publicação/divulgação pública da consulta, que é também o primeiro dia para efeitos de contagem de prazo.
- No tocante às cinco consultas que, em 2020, estiveram suspensas em consequência da pandemia COVID-19, considera-se, na duração, o prazo efectivamente estabelecido para pronúncia; não obstante, todas elas apresentam o seu termo em 3.7.2020, em resultado da aplicação do regime legal que vigorou para tal suspensão.
- O número de respondentes tem em conta o número de contribuições efectivamente recebidas, sem prejuízo de alguns poderem ser colectivos ('posições comuns'), o que sucede quer com operadores, quer com associações e mesmo com particulares; em simultâneo, e tal como referenciado nos relatórios das consultas, apenas são contabilizados os contributos recebidos dentro do prazo estabelecido, os quais são os disponibilizados publicamente em simultâneo com cada relatório, sem prejuízo de os contributos recebidos fora do prazo serem, eventualmente, mencionados nos relatórios respectivos e considerados no tocante a aspectos relevantes (sendo mesmo, em alguns casos, publicados).
- Havendo contributos identificados como totalmente confidenciais pelos respectivos autores (em termos de conteúdo e também de autoria), os mesmos foram contados apesar de anonimizados.
- Como *operadores sectoriais* foram consideradas empresas licenciadas/registadas na ANACOM, que pagam taxa de regulação; como tal, as empresas titulares de direitos de utilização de frequências ou de licenças radio-eléctricas, que só pagam taxa de espectro e não são prestadores de serviços de comunicações electrónicas, estão considerados como *radiodifusores*, *indústrias de rede* ou *outros prestadores*, sendo que esta última categoria (*outros prestadores*) abrange igualmente um conjunto diversificado de entidades colectivas prestadoras de uma multiplicidade de serviços.
- Entidades de *defesa dos consumidores* presumem os contributos de todas as entidades relacionadas com essa temática, independentemente da sua natureza - ou seja, foram também assim consideradas as respostas de entidades como o Instituto do Consumidor e a Direcção Geral do Consumidor, sua sucessora, que de outra forma seriam entendidas como *serviços públicos*, bem como centros de arbitragem.
- Os *sindicatos* são um rótulo que para os fins desta análise integram igualmente comissões de trabalhadores.
- Como *sociedade civil* são entendidas, por conveniência, Organizações Não-Governamentais e cooperativas.

- Uma empresa, os CTT – Correios de Portugal, foi sempre incluída na categoria *operadores sectoriais*, ainda que por vezes participe em consultas sobre matérias de telecomunicações (em que poderá posicionar-se como grande utilizador, nomeadamente).

Notas específicas

- Registam-se consultas lançadas conjuntamente mas sobre tópicos diferentes, as quais, embora correndo em paralelo, dão origem a contributos e ou relatórios separados, sendo, por isso, consideradas como consultas autónomas.
- No caso das três consultas autónomas que ocorreram em 2007, em simultâneo, sobre a TDT, resulta da leitura dos relatórios respectivos que os contributos recebidos foram registados para todas elas, sem discriminação. Para evitar contagem em triplicado, esses contributos (23, a que acrescem, em duas dessas consultas, os pareceres da ERC) apenas são indicados uma vez.
- Quanto às consultas por encerrar (casos em que relatórios e contributos não se encontram disponíveis) só foram processados os elementos mais sintéticos (tipo de entidades respondentes).
- Existem diversas recolhas de manifestações de interesse em que não estão disponíveis nem relatórios nem os contributos recebidos – Serviço móvel terrestre/ telecomunicações digitais europeias sem fios (DECT) e Introdução em Portugal da televisão digital terrestre (DVB-T), iniciativa conjunta do ICP e do Instituto da Comunicação Social, ambas lançadas em 1998; Serviço móvel com recursos partilhados (sistema TETRA) e Sistema universal de comunicações móveis (UMTS), ambas lançadas em 1999.
- No caso da manifestação de posições no âmbito da Operação Pública de Aquisição (OPA) da Sonae sobre a PT, também não estão disponíveis o relatório nem as posições recolhidas.
- Em relação à base legal evocada há que ter em conta a evolução sofrida pelos instrumentos legais mencionados (nomeadamente os Estatutos do ICP, ICP-ANACOM e ANACOM, mas não só), bem como os ‘procedimentos de consulta’ definidos pela ANACOM (deliberação de 12.2.2004) e as regras de indicação de confidencialidade, aplicáveis quer ao sector das comunicações electrónicas (deliberação de 17.11.2011) quer ao dos serviços postais (deliberação de 2.2.2012).
- Há duas consultas – sobre a alteração do direito de utilização de frequências atribuído à REPART para exploração do SMRP, lançada em 2011, e sobre o projecto de regulamento relativo ao registo dos prestadores de serviços postais, lançada em 2018 – em que não foram recebidos quaisquer contributos. Além dessas, há apenas mais cinco consultas que não mereceram contributos por parte dos *operadores sectoriais* (sobre a revisão do direito de utilização de frequências do TDAB, de 2011; sobre o projecto de regulamento para operação do sistema de transmissão de dados em radiodifusão, de 2016; sobre o projecto de regulamento relativo ao regime de acesso e exercício de actividades espaciais, de 2019; sobre a revisão dos objetivos de densidade da rede postal e de ofertas mínimas de serviços, também de 2019; e sobre os objetivos de densidade da rede postal e de ofertas mínimas de serviços comunicados pelos CTT para vigorarem até 31.12.2020, de 2020).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALVES, A. (2021), “A participação social como requisito da governança ambiental: a voz da sociedade nas conferências do clima de Copenhague e Paris”. Revista de Direito Público Contemporâneo, Vol. 1, pp. 126-42.
- ALVES, A. & SANTOS, J. (2018), “Os Conselhos de Consumidores de Energia Elétrica como instrumento de participação social”. Revista de Direito da Administração Pública (Universidade Federal Fluminense), Vol. 1, pp. 109-27.
- AMARAL, J.F. (1996), “Política Económica: Metodologia, Concepções e Instrumentos de Actuação”. Lisboa: Editora Cosmos.
- AMOROSO, C. (2019), “Os 30 anos do serviço universal de comunicações electrónicas em Portugal: a evolução do quadro legal, os prestadores, o Governo e a ANACOM”. In “ANACOM 30 Anos – Contributos para a História da Regulação das Comunicações em Portugal”, ed. ANACOM, VV.AA., Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, pp. 51-63.

- AZEVEDO, M.E. (2017), "Direito da Regulação da Economia". Lisboa: Quid Juris.
- BAINES, S., WILSON, B., AFLALI, I.N., WIKTORSKA-SWIEKA, BASSI, A., & JALOLEN, H. (2021), "Social innovation in public services: Innovative "co-creative" relationships between services, citizens and communities?". *Public Money and Management*, no prelo.
- BARROS, S. (2016), "Os desafios das consultas públicas online: lições do Marco Civil da Internet". *Liinc em Revista*, 12 (1).
- BECK, U. & WILLMS, J. (2014), "Conversations with Ulrich Beck", Londres: John Wiley & Sons.
- BEYERS, J. & ARRAS, S. (2020), "Who feeds information to regulators? Stakeholder diversity in European Union regulatory agency consultations". *Journal of Public Policy*, Volume 40, Issue 4, pp. 573-98.
- BÓ, E.D. (2006), "Regulatory capture: A review". *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 22, No. 2, pp. 203-25.
- BRAUN, C. & BUSUIOC, M (2020), "Stakeholder engagement as a conduit for regulatory legitimacy?". *Journal of European Public Policy*, Volume 27, No. 11, pp. 1599-611.
- CABO, S.G. (2009), "Regulação e concorrência no sector das comunicações electrónicas". In E.P. Ferreira, L.S. Morais e G. Anastácio (coord.), "Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?", Coimbra: Almedina, pp. 207-77.
- CHITI, E. (2013), "European agencies' rulemaking: Powers, procedures and assessment". *European Law Journal*, Vol. 19, No. 1, pp. 93-110.
- CONFRARIA, (2017), "Da telefonia vocal às plataformas digitais", *O Economista*, pp. 138-41.
- FÉLIX, T. (2019), "A proteção dos consumidores: Uma regulação mais atuante". Publicação "ANACOM 30 Anos – Contributos para a História da Regulação das Comunicações em Portugal", ed. ANACOM, VV.AA., Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, pp. 349-68.
- FERREIRA, E.P. & MORAIS, L.S. (2009), "A regulação sectorial da economia: Introdução e perspectiva geral". In E.P. Ferreira, L.S. Morais e G. Anastácio (eds), "Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?", Coimbra: Almedina, pp. 7-38.
- FRANCO, A. (2019), "A regulação dos serviços postais". In "ANACOM 30 anos – contributos para a história da regulação das comunicações em Portugal", ed. ANACOM, VV.AA., Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, pp. 9-20.
- FREITAS, L.C., de MORAIS, L.E., & BAIGORRI, C.M. (2017), "Risk and systemic risk perception in the telecommunications sector in Brazil: An investor perspective assessment". University Library of Munich, Germany, MPRA Paper No. 85687.
- FREITAS, L.C., FILHO, R.N.M., STANZANI, J., MOREIRA, R.M. & de MORAIS, L.E. (2019), "Obrigação de fazer em sanções regulatórias no Brasil: Aplicação ao setor de telecomunicações". *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, Vol. 11, No. 2, pp. 71-86.
- HABER, H. & HEIMS, E. (2020), "Regulating with the masses? Mapping the spread of participatory regulation". *Journal of European Public Policy*, Vol. 27, No.11, pp. 1742-62.
- JAYARAMAN, N. (2020), "No public e public consultations", in K. Coelho, L. Kamath, e M. Vijayabaskar (coord.), "Participolis: Consent and Contention in Neoliberal Urban India", Londres: Routledge.
- FERNANDES-JESUS, M., CASTRO SEIXAS, E. & CARVALHO, A. (2019), "Beyond the hindrances: experiences of public consultations and the possibility of ethics and relevance in participation". *Comunicação e Sociedade*, 36, <http://journals.openedition.org/cs/1543>
- KAEHNE, A. & TAYLOR, H. (2016), "Do public consultations work? the case of the Social Services and Well-being (Wales) Bill". *Public Policy and Administration*, 31 (1), pp. 80-99.
- LEONEL, E. (2018), "Universalização da banda larga no Brasil: formação da agenda do Programa Nacional de Banda Larga". *Revista Eptic*, Volume 20, No. 1.
- MAZZUCATO, M. & RYAN-COLLINS, J. (2019), "Putting value creation back into 'public value': From market-fixing to market-shaping". Londres: IIPP.
- MENDONÇA, S. (2014), "National adaptive advantages: Soft innovation and marketing capabilities in periods of crisis and change". In Teixeira, A., Sousa, E. & Mamede, R.P. (coord.), "Structural Change, Competitiveness and Industrial Policy". London: Routledge, pp. 149-166.
- PONTES, H. & de FREITAS, L.C. (2021), "Políticas para infraestrutura no Brasil: é possível pensar em uma nova geração de planejamento do setor de telecomunicações?". *Revista Digital*, No. 3, pp. 64-71.

- OCDE (2020), “Innovative Citizen Participation and New Democratic Institutions”. Paris: OCDE.
- OLIVEIRA, R. (2019), “Relacionamento institucional das agências reguladoras de telecomunicações com os parlamentos nacionais: Estudo comparado entre a realidade da ANACOM (Portugal) e da Anatel (Brasil)”, Lisboa: ICS/ULisboa, policopiado.
- REIS, J. (2010), “Ensaio de Economia Impura”. Coimbra: Almedina.
- SANTOS, F.M. (2021), “Reflexões de Direito da Energia”. Lisboa: ERSE.
- SECCHI, L. (2020), “Análise de Políticas Públicas: Diagnóstico de Problemas, Recomendação de Soluções”. São Paulo: Cengage Learning.
- STIRLING, A. (2007), “‘Opening up’ and ‘closing down’: Power, participation, and pluralism in the social appraisal of technology”. *Science, Technology & Human Values*, Vol. 33, No. 2, pp. 262-94.
- TAVARES, J.F.F. (2019), “Atos políticos e atos de administração – Reflexões sobre os critérios de distinção das funções do Estado e entidades públicas”. In Correia, R., Miranda, A., Melo, P. & Pena, N. (coord.), “Estudos em Homenagem a Rui Pena”, Coimbra: Almedina, pp. 517-44.
- VASCONCELOS, J. (2019), “A Energia em Portugal”. Lisboa: FFMS.
- WIMMER, M. & PEIXOTO, E.V.L. (2008), “Participação e democracia nas Agências Reguladoras: Como se conjugam autonomia decisória, especialização técnica e participação popular na Anatel”. Rio de Janeiro: XXXII Encontro da APAD.



Sandro Mendonça

<https://orcid.org/0000-0001-7276-9626>

Membro do Conselho de Administração da Autoridade Nacional de Comunicações - ANACOM. Professor Auxiliar do Departamento de Economia, ISCTE Business School e Professor Convidado do ISEG/Universidade de Lisboa. Investigador do BRU-IUL e REM-UECE, ambos enquadrados na FCT (Fundação para a Ciência e Tecnologia). A BRU-IUL beneficia dos apoios UID/GES/00315/2013, UIDB/00315/2020, UIDB/05069/2020, PTDC/EGE-ECO/30690/2017 e PTDC/EGE-ECO/30690/2017. Os comentários de Luciano Charlita de Freitas, de Alexandre Cavalcante Alves e de Jorge Vasconcelos foram muito úteis para se chegar à forma final deste artigo, assim como as observações por parte de dois revisores anónimos. O autor agradece, muito em especial, à Dra. Fátima Botelho e ao Eng. Luís Garcia Pereira, quadros de grande experiência na ANACOM, pelo seu conhecimento, encorajamento e inspiração, os quais tornaram este trabalho possível. Quaisquer falhas aqui presentes são somente imputáveis ao autor.

Artigos

Avaliação dos contratos públicos na perspectiva dos fiscais técnicos e administrativos: análise dos hospitais universitários federais de Minas Gerais¹

Evaluation of public contracts in the perspective of technical and administrative supervisors: analysis of university hospitals of minas gerais.

Evaluación de contratos públicos desde la perspectiva de supervisores técnicos y administrativos: análisis de los hospitales universitarios federales de minas gerais.

Leandro Américo da Cruz² e Antônio Artur de Souza³

<https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v13i24.194>

Resumo: Este artigo tem como objetivo realizar uma avaliação dos contratos públicos de quatro hospitais universitários federais do estado de Minas Gerais, do ponto de vista dos agentes responsáveis pela fiscalização técnica e administrativa. O método de trabalho baseou-se em análise de conteúdo e estudo de caso, com aplicação de questionários, entrevistas e exames de contratos celebrados entre as organizações pesquisadas e a iniciativa privada. Buscou-se identificar o grau de influência de variáveis como o acúmulo de contratos por fiscal, participação no planejamento da contratação, formação técnica compatível com o serviço contratado, capacitações internas e disponibilização de documentos relativos à contratação, no processo de fiscalização. O artigo também procura explicar os processos de contratação e fiscalização à luz da Teoria da Agência, Teoria Econômica e Teoria Geral dos Contratos, além de dialogar com os principais instrumentos legais a que estão subordinadas as contratações públicas, a exemplo da Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Os resultados revelaram alguns dados importantes como: a maior parte dos fiscais têm dificuldades para conciliar essa atividade com suas demais atribuições de funcionário público, prejudicando a fiscalização; o êxito da contratação está diretamente relacionado à participação do fiscal na etapa de planejamento da contratação; as organizações precisam fornecer maior apoio jurídico e contábil aos agentes de fiscalização; o êxito tende a ser maior à medida que os fiscais possuem formação profissional relacionada com o objeto da contratação e as organizações preocupam-se em fornecer treinamentos voltados para a atividade de fiscal.

Palavras-chave: Contratos públicos; fiscalização; administração pública; contratos administrativos.

Abstract: This paper aims to perform an evaluation of public procurement of four federal university hospitals in the state of Minas Gerais, Brazil, from the point of view of the agents responsible for technical and administrative supervision. The methodology was based on content analysis and case study, with the application of questionnaires, interviews and examinations of contracts signed between the researched organizations and the private sector. Was intended to identify the level of influence of variables such as the accumulation of contracts by supervisor, participation in hiring planning, technical training compatible with the hired service, internal training and availability of documents related to hiring in the supervision process. The paper also seeks to explain the hiring and supervision processes according to Agency Theory, Economic Theory and General Contract Theory, as well as dialogue with the main legal instruments to which public procurement is subor-

1 Artigo submetido em 23/08/2019 e aprovado em 15/06/2020.

2 Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

3 Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

minated, such as Normative Instruction No. 5, of May 26, 2017, of the Ministry of Planning, Development and Management. The results revealed some important data such as: most supervisors find it difficult to reconcile this activity with their other duties as public servants, impairing the supervision; The success of the hiring is directly related to the supervisor's participation in the hiring planning stage; organizations need to provide greater legal and accounting support to supervisors; and success tends to be higher as supervisors have professional qualification related to the subject matter of hiring and organizations are concerned with providing training focused on supervision activity.

Keywords: Public procurement; supervision; public administration; administrative contracts.

Resumen: Este artículo tiene como objetivo realizar una evaluación de los contratos públicos de cuatro hospitales universitarios federales del estado de Minas Gerais, desde el punto de vista de los agentes responsables de la inspección técnica y administrativa. El método de trabajo se basó en el análisis de contenido y el estudio de casos, con aplicación de cuestionarios, entrevistas y examen de los contratos firmados entre las organizaciones encuestadas y el sector privado. Se buscó identificar el grado de influencia de variables como la acumulación de contratos por inspector, participación en la planificación del contrato, capacitación técnica compatible con el servicio contratado, capacitación interna y disponibilidad de documentos relacionados con el contrato, en el proceso de inspección. El artículo también busca explicar los procesos de contratación e inspección a la luz de la Teoría de Agencia, Teoría Económica y Teoría General de Contratos, además de dialogar con los principales instrumentos legales a los que se sujeta la contratación pública, como la Instrucción Normativa No. 5, de 26 de mayo de 2017, del Ministerio de la Planificación, Desarrollo y Gestión. Los resultados revelaron datos importantes, tales como: a la mayoría de los inspectores les resulta difícil conciliar esta actividad con sus otras atribuciones de los servidores públicos, lo que dificulta la inspección; el éxito de la contratación está directamente relacionado con la participación del inspector en la etapa de planificación de la contratación; las organizaciones deben brindar un mayor apoyo legal y contable a los agentes encargados de hacer cumplir la ley; el éxito tiende a ser mayor ya que los inspectores cuentan con una formación profesional relacionada con el objeto de la contratación y las organizaciones se preocupan por brindar una formación centrada en la actividad de los inspectores.

Palabras clave: Contratos públicos; inspección; administración pública; contratos administrativos.

1. INTRODUÇÃO

A qualidade do gasto público está diretamente vinculada à boa gestão e à correta aplicação dos recursos alocados nas diversas áreas de atuação do Estado. Segundo Conti (2011), as organizações públicas, na figura de seus agentes, lidam com o desafio permanente de implementarem medidas efetivas de fiscalização das despesas sob sua responsabilidade, seja pelo dever institucional ou em razão da própria escassez de recursos disponíveis para atender ao grande número de serviços demandados pela sociedade. Entretanto, nem sempre esses agentes são eficazes, pois se deparam com uma série de fatores que dificultam o cumprimento de sua missão como, por exemplo, as distorções típicas do estado burocrático, as vulnerabilidades da legislação ou a carência de recursos humanos e materiais, que impõem à Administração uma carga extra de trabalho para assegurar uma boa gestão do erário.

A própria ação do Estado em bem gerir os recursos públicos pode ser explicada pela Teoria da

Agência, que se configura em uma relação na qual uma parte chamada de “ator principal”, composta por uma ou mais pessoas, delega poderes para que um segundo indivíduo, denominado “agente”, pratique atos e tome decisões em seu nome. No caso específico da Administração Pública, esta simbiose é marcada pela autoridade que a sociedade confere aos gestores públicos para arrecadarem recursos e devolvê-los sob a forma de prestação de serviços como educação, transporte, saúde e segurança pública, por exemplo. (OLIVEIRA e FILHO, 2017; CARVALHO e LEROY, 2017).

Em face da necessidade dessa oferta de serviços públicos e da limitação de recursos, é comum que a Administração Pública lance mão dos contratos administrativos, firmando obrigações com entes particulares, terceirizando a execução de diversos tipos de serviços, mediante contraprestação financeira. Os contratos possibilitam que Administração coloque alguns serviços à disposição da sociedade a custos inferiores aos que teria se dispendo a prestá-los diretamente, reduzindo, desta forma, o tamanho da

máquina estatal. Não obstante os esforços despendidos pelos gestores na administração da coisa pública, os contratos administrativos ainda apresentam falhas que dificultam sua fiscalização. Essas falhas se apresentam na forma de brechas que podem ser exploradas pelas empresas contratadas para auferir vantagens econômicas que vão além das pactuadas com o Estado, conforme destacam Pereira Júnior e Dotti (2011).

Pensando na adoção de instrumentos que possam “blindar” as instituições públicas, os órgãos de planejamento e controle das três esferas de governo estão constantemente revendo os normativos voltados para a melhoria da fiscalização do gasto público, conforme explica Santos (2011). Assim, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPDG) editou a Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017 (IN-5/17), objetivando aprimorar o planejamento da contratação, a execução e a fiscalização da prestação de serviços a nível federal. Insta ressaltar que a IN-5/17 está fundamentada em legislações federais anteriores, como a Lei 8.666/93, que estabelece as diretrizes gerais sobre licitações e contratos administrativos; a Lei 10.520/02, que instituiu o pregão como modalidade de licitação; o decreto-lei nº 200/67, que dispõe sobre a organização da Administração Pública Federal; e o decreto-lei 2.271/97 que trata da contratação de serviços pelos órgãos federais da administração direta e indireta. Pode-se depreender, portanto, que a regra atual veio para aperfeiçoar as normas preexistentes, tornando ainda mais robustos e juridicamente seguros os vínculos firmados entre a Administração Pública e a iniciativa privada.

Na concepção de Pereira Júnior e Dotti (2011), a fiscalização é a atividade de verificação sistemática do serviço contratado. Em síntese, é pelo monitoramento contínuo que o fiscal se certifica de que a execução do objeto ocorre em estrita observância ao instrumento contratual, seja em relação ao cumprimento dos prazos, fornecimento de materiais, preenchimento de postos de trabalho, entre outras obrigações firmadas com a Administração que vão determinar o desempenho do contrato. Inerente ao desempenho, importa destacar que trata-se de instituto presente na própria Constituição Federal de 88, que inclui entre os princípios da Administração Pública a eficiência, prevista no artigo 37, que aliada ao conceito de eficácia conduz ao que se poderia chamar de cenário ideal para a prestação de serviços. Assim, um contrato bem elaborado exige a fixação de parâmetros objetivos de fiscalização, dos quais os agentes públicos não podem prescindir, sob pena de contrariarem dispositivos legais como a Lei de Res-

ponsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000, art. 59, § 1º, inciso V), ou a Lei nº 8.429/92, que estabelece sanções aos agentes públicos que cometem improbidade administrativa.

Diante do exposto, Santos (2011) ressalta a importância de os responsáveis pela fiscalização contratual terem plena consciência do seu grau de responsabilidade e envolvimento com a qualidade do gasto público, devendo contar com ferramentas que lhes confirmam respaldo e segurança na fiscalização, não deixando margens para interpretações abstratas ou imprecisas no que se refere à verificação de eventuais irregularidades por parte das contratadas. Portanto, a proposta central deste trabalho é realizar uma análise qualitativa dos contratos administrativos vigentes nos hospitais universitários federais de Minas Gerais, na perspectiva dos atores formalmente designados para sua fiscalização. Esta proposta visa identificar, sob a ótica dos fiscais, se as variáveis envolvidas no processo de fiscalização da execução contratual são suficientes para dirimir os riscos econômicos a que está sujeita a Administração.

Dentre essas variáveis estão contemplados elementos como habilitação técnica específica para fiscalização do serviço contratado; oferta de capacitação institucional para os fiscais; participação nos estudos preliminares; presença de Instrumento de Medição de Resultado (IMR) ou Acordo de Níveis de Serviço (ANS); acumulação excessiva de contratos para fiscalização; conciliação da fiscalização com as demais atividades diárias; cronograma de fiscalização disponibilizado pela instituição ou elaborado pelo próprio fiscal; check list com as atribuições do fiscal; designação de fiscais substitutos; respaldo institucional para aplicação de penalidades nas contratadas; disponibilização de documentação relativa à contratação (contrato assinado pelas partes, termo de referência, estudos preliminares, certificados de garantias, proposta da contratada contendo, inclusive, as especificações técnicas e marcas dos produtos indicados na licitação, com seus respectivos valores de referência, entre outros).

Especificamente quanto ao ambiente hospitalar, um exemplo que contribui para a caracterização de lesão ao erário e que pode ser evitada ou ao menos identificada pelo fiscal do contrato para que sejam tomadas as devidas providências, diz respeito à contratação de empresa para prestação de serviços de manutenção e desinfecção das instalações, com fornecimento de mão de obra. Normalmente neste tipo de contratação a administração dos hospitais prevê no planejamento o tipo de produto químico que deve

ser utilizado pela contratada para realizar a desinfecção dos leitos vagos, devendo as licitantes fazerem constar em suas propostas a marca do produto que será utilizado, o qual compõe, inclusive, o valor final do futuro contrato que será formalizado com a empresa vencedora.

Se durante a execução a contratada, visando diminuir seus custos, fizer uso de produto que não atenda às especificações previstas no instrumento convocatório, já estará configurado o primeiro dano à Administração Pública, que pagará mais caro por um produto de qualidade inferior. Mas os prejuízos não param por aí, pois além do custo do produto utilizado, a desinfecção do leito não terá sido corretamente realizada, podendo gerar um surto de infecção hospitalar que obrigue a Administração a adquirir mais medicamentos e materiais para controlá-lo, a fim de evitar o agravamento da situação. Por fim, outro risco potencial refere-se à possibilidade do produto não adequado danificar as camas e colchões, acelerando o tempo de substituição devido à redução de sua vida útil.

O objetivo geral deste artigo é analisar os contratos vigentes nos hospitais universitários federais de Minas Gerais, na perspectiva dos responsáveis pela sua fiscalização. Os seguintes objetivos específicos foram definidos a partir deste objetivo geral: identificar e descrever as variáveis que permitem avaliar o processo de fiscalização; e analisar se existe relação entre o resultado de cada hospital com o número de contratos vigentes e/ou a média de fiscais por contrato.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

De acordo com Correio (2011), a Teoria Geral dos Contratos prevê que todo ajuste consensual entre duas ou mais partes sobre um mesmo objeto, que gere direitos e obrigações mútuas e vise à salvaguarda jurídica dos interesses de todos os entes envolvidos, pode ser denominado contrato. Gomes (2016) destaca que se o mesmo tipo de vínculo bilateral ou plurilateral for celebrado pela Administração Pública com signatários privados, fica caracterizada a figura do contrato administrativo, o qual possui algumas particularidades, a exemplo das chamadas cláusulas exorbitantes, que conferem poderes sobressalentes para a Administração Pública sobre os entes privados.

Ainda no âmbito da Teoria Geral dos Contratos, Correio (2011) ensina que todos os vínculos contratuais são revestidos de aspectos sociais e econômicos

que devem ser objeto de proteção jurídica, sobretudo quando se tratam de contratos administrativos, visto que não estão sendo tutelados somente interesses privados, mas da sociedade como um todo. Portanto, reforça-se a premissa de que uma boa fiscalização contratual transcende a lógica do simples cumprimento de uma imposição legal, mas um dever para com a proteção dos recursos públicos e, por via reflexa, dos interesses sociais e até da própria contratada.

Como já foi dito, sempre que se fala em obrigações mútuas entre duas ou mais partes para consecução de um objetivo, há o estabelecimento do instrumento contratual. E como em todo contrato existe conflito de interesses, principalmente econômicos, entra em cena novamente a Teoria da Agência. Attila (2012) ressalta que os conflitos de agência podem ocorrer tanto externamente, da Administração para com as contratadas, quanto no ambiente interno das organizações. No caso das contratações públicas, que envolvem necessariamente a fiscalização, a Administração figura como principal, enquanto os fiscais caracterizam os agentes, designados para agir e tomar decisões em nome do Estado. Saltaji (2013), por sua vez, ao discorrer sobre os custos dos conflitos de agência, explica que os efeitos que recaem sobre a Administração podem ser amenizados com diálogo e estreitamento de relações entre os principais e os agentes. Assim, para assegurar uma gestão eficiente, é necessária uma troca constante de informações entre a gestão do órgão e os responsáveis pela fiscalização dos contratos, que pode ocorrer sob a forma de treinamentos, seminários, fornecimento de documentos, amparo contábil e jurídico, entre outras formas de comunicação que visem, sobretudo, extrair o melhor desempenho das contratações.

Adentrando pelos campos da eficiência, a Lei nº 8.987/95, em seu artigo 6º, § 1º, já fazia alusão à obrigação do estado em ser eficiente. Porém, essa legislação estava circunscrita somente ao regime de concessão da prestação de serviços públicos. Segundo Santos, Vimieiro e Rodrigues (2013), foi a partir da emenda constitucional nº 19/98, que nasceu dos debates em torno da administração gerencial e da necessidade de se repensar o aparelhamento da máquina pública, que a eficiência passou a figurar como um princípio da carta magna brasileira. A partir desse momento, toda a atuação do Estado deveria pautar-se em uma relação ótima entre fins e meios, na qual a efetividade dos resultados estaria diretamente vinculada à economicidade dos recursos para alcançá-los. Essa ampliação do conceito de eficiência determinou uma verdadeira guinada na Administração Pública brasileira, justamente porque esse princípio foi in-

corporado pela constituição como prática obrigatória, traduzindo-se em dever de bem administrar e em responsabilidade pelos resultados alcançados na aplicação dos recursos. (VIEIRA, 2017, p. 138).

Segundo Santos, Vimieiro e Rodrigues (2017), com os contratos administrativos a situação não foi diferente, tanto o planejamento quanto a fiscalização assumiram um viés ainda mais profissional e ostensivo, voltado principalmente para a melhoria da qualidade do gasto público, com melhor aproveitamento dos recursos disponíveis e redução de desperdícios, sempre visando à proteção do interesse coletivo. A essa altura, a obrigatoriedade de busca da economicidade e eficiência na fiscalização contratual encontram amparo, inclusive, na Teoria Econômica, que diz, entre outras premissas, que as pessoas tendem a tomar decisões baseadas na relação custo-benefício de suas escolhas. Portanto, cientes das cláusulas de sujeição a descontos no pagamento ou até mesmo multas por ineficiência na execução contratual, as empresas são naturalmente compelidas a cumprirem os requisitos de qualidade presentes nos instrumentos de contratação, o que se poderia chamar de incentivo reverso.

Conclui-se, por consequência, que eficiência e fiscalização contratual são temas indissociáveis quando se discute a qualidade do gasto público. Entretanto, a busca pela eficiência na fiscalização dos contratos administrativos passa, necessariamente, por uma série de fatores que, quando negligenciados, podem impor significativo risco à Administração e à consecução do interesse público. Por oportuno, Gomes (2016) argumenta que um desafio que se impõe aos gestores públicos refere-se à realização de um bom planejamento da contratação, de modo que a execução possa ser fiscalizada por meio de critérios objetivos, que assegurem uma avaliação fidedigna da existência ou não de irregularidades, possibilitando a tomada de decisões seguras por parte dos ordenadores de despesas e da direção dos órgãos, inclusive com aplicação de sanções administrativas, se necessário.

Já no planejamento da contratação, Gomes (2016) recomenda a participação dos futuros gestores e fiscais na elaboração dos estudos preliminares e do Termo de Referência ou Projeto Básico, admitindo que essa participação, além de promover um ganho ao próprio planejamento, ainda será elemento facilitador do acompanhamento futuro da contratação, posto que o planejamento e a fiscalização estarão sendo realizados em consonância. Cumpre salientar que a própria IN-5/2017, em seu artigo 21, inciso I,

alínea “d”, faz menção a essa possibilidade, justificável pela inclusão de indivíduos com conhecimentos sobre aspectos técnicos do objeto alvo do procedimento licitatório, o que, por obviedade, também remete à necessidade de que os fiscais possuam qualificação profissional suficiente e compatível com o serviço a ser fiscalizado, bem como reúnam conhecimentos de direito administrativo contratual que lhes possibilitem efetivamente avaliar a *performance* da contratada.

Recorrendo novamente aos ditames da Teoria Geral dos Contratos, não são necessários muitos esforços interpretativos para inferir que questões como o inadimplemento contratual, a manutenção do equilíbrio econômico ou os atos viciosos, por exemplo, corroboram a importância e auxiliam na legitimação do processo de fiscalização. Afinal, uma pergunta que se faz é: de que outro modo as partes contratantes poderiam garantir o fiel cumprimento do objeto sem o devido acompanhamento *in loco*?

Ao se aprofundar na tônica da fiscalização contratual, Vieira (2017) também adverte que a Administração não deve permitir que um mesmo fiscal acumule um volume muito grande de contratações sob sua responsabilidade, expondo-se ao risco de comprometimento da atividade fiscalizatória, visto que, de fato, ele não terá condições reais de acompanhar nenhum contrato, tornando-se não mais que um simples agente cumpridor de formalidades legais, atestando a execução de serviços que sequer viu acontecer ou cujas atuações ocorreram de maneira absolutamente fortuitas. Na mesma linha, mesmo que tentasse monitorar da melhor maneira possível todas as execuções contratuais, restariam prejudicadas suas demais atividades cotidianas de funcionário público. Diante do exposto, conclui-se pela necessidade de observância ao princípio da razoabilidade administrativa quando da seleção de fiscais de contratos públicos.

Segundo Santos, Pinheiro e Queiroz (2014), a elaboração de um planejamento responsável e pautado pela objetividade dos critérios de fiscalização é, à luz da Teoria da Agência, essencial para garantir a correta aplicação dos recursos e a segurança jurídica do Estado na fiscalização dos contratos administrativos, sobretudo quando se defronta com a necessidade de aplicação de punições administrativas nas empresas por irregularidades apuradas na execução contratual. Segundo os autores, uma boa governança do setor público se caracteriza pela transparência, responsabilidade e prudência no cumprimento das responsabilidades administrativas, e para alcançar

este objetivo é preciso que a Administração se cerque de ferramentas efetivamente capazes de mensurar a eficácia dos serviços prestados, como o Instrumento de Medição de Resultado, cujo advento remete novamente à IN 5/2017 do MPDG, e os antigos Acordos de Níveis de Serviço previstos na IN 2/2008, editada pelo então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG).

Em relação ao Instrumento de Medição de Resultados (IMR), embora tratar-se de mecanismo recém-admitido na legislação, Pironti e Ziliotto (2018) o conceituam como importante ferramenta de aferição da qualidade dos contratos ao trazer maior segurança e respaldo à atuação dos fiscais, permitindo-lhes comprovar, precisamente, o nível de conformidade do serviço prestado com os elementos parametrizados no instrumento convocatório (edital), evitando desarranjos entre a efetiva execução contratual e as eventuais sanções aplicadas às empresas (descontos, multas, etc.). Espera-se, por conseguinte, que esse instrumento venha a se consolidar como mais uma alternativa para assegurar o cumprimento das obrigações por parte das empresas que celebram contratos com o Estado. Registre-se que o IMR, em contraponto ao que ocorria com o extinto Acordo de Níveis de Serviço (ANS), deixou de ser facultativo, devendo constar obrigatoriamente em todos os contratos administrativos, além de estipular a fixação de indicadores realmente mensuráveis, que reduzam o ambiente de subjetividades e contribuam para contratações cada vez mais robustas do ponto de vista jurídico-administrativo.

Todos os elementos destacados até o momento têm como pano de fundo a mesma questão: eficiência e controle, visando sempre à proteção do interesse público, inclusive do ponto de vista financeiro.

No que tange à necessidade de controle, Santos, Pinheiro e Queiroz (2014) recorrem novamente à Teoria da Agência para introduzirem temas como o *Accountability*, que está ligado à noção de controle externo e prestação de contas, tanto aos órgãos de controladoria quanto às organizações sociais; e o *New Public Management*, que foi pinçado das ideias sobre a *New Public Governance*, ou Nova Governança Pública, em tradução literal, e cuja definição se alinha ao conceito de controle interno e, particularmente, “com a governança das relações contratuais na prestação de serviços públicos”. (SANTOS, PINHEIRO E QUEIROZ, 2014 p. 5).

3. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A pesquisa descrita neste artigo foi baseada em estudo de caso. A metodologia baseou-se nas premissas sobre análise de conteúdo e pesquisa aplicada de Bardin (2011). O universo do estudo compreendeu os responsáveis pela fiscalização contratual de quatro hospitais universitários federais do estado de Minas Gerais, com o objetivo de analisar qualitativamente os contratos firmados entre a Administração Pública e a iniciativa privada, do ponto de vista dos fiscais. A tabela 1 apresenta algumas informações que auxiliam na compreensão do tamanho da participação das 04 instituições estudadas, no universo de 40 hospitais geridos atualmente pela Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh). Os dados relativos ao número de leitos e de funcionários foram obtidos junto às próprias instituições, enquanto as receitas brutas anuais foram extraídas do sítio Portal da Transparência do Governo Federal. No ano de 2017 o orçamento destinado pelo governo federal à Ebserh foi de R\$ 2.995.000.000,00.

TAB. 1. CAPACIDADE INSTALADA DOS HOSPITAIS E PARTICIPAÇÃO ECONÔMICA NA REDE EBSERH

	Nº DE LEITOS	Nº DE FUNCIONÁRIOS	RECEITA BRUTA ANUAL APROXIMADA (REF. 2017)	% DA RECEITA EM RELAÇÃO A TODA A REDE (40 HOSPITAIS)
Hospital 1	504	3685	R\$ 165.000.000,00	5,51%
Hospital 2	520	3794	R\$ 178.000.000,00	5,94%
Hospital 3	346	1350	R\$ 105.000.000,00	3,50%
Hospital 4	301	1552	R\$ 98.000.000,00	3,27%
TOTAL	1671	10381	R\$ 546.000.000,00	18,22%

Fonte: Elaborado pelo autor

O ponto de partida da pesquisa foi a realização de uma revisão bibliográfica, com o objetivo de fazer uma releitura das principais teorias e autores que estudaram aspectos circunscritos à proposta deste trabalho. O principal instrumento de coleta de dados foi uma pesquisa aplicada contendo 15 (quinze) questões que abordavam o tema “fiscalização contratual”, divididas em 03 (três) categorias: planejamento e acumulação contratual, qualificação técnica e capa-

citação dos fiscais, e documentação e instrumentos de mensuração de resultados. A pesquisa foi enviada por meio eletrônico aos 175 fiscais, que à época da pesquisa respondiam por 290 contratos dos quatro hospitais universitários. No total 132 fiscais responderam aos questionamentos, perfazendo 75,43% de participação voluntária. As respostas foram divididas em 12 subcategorias de análise, conforme descrito na tabela 2.

TAB. 2. CATEGORIAS DE ANÁLISE QUALITATIVA DO QUESTIONÁRIO APLICADO

Planejamento e acumulação contratual	1. Média de contratos por fiscal
	2. Percepção dos fiscais quanto à quantidade de contratos para fiscalização
	3. Percentual de participação dos fiscais no planejamento da contratação
	4. Previsão e atuação dos fiscais substitutos nos contratos
Qualificação técnica e capacitação dos fiscais	5. Compatibilidade técnica entre a formação dos fiscais e o objeto do contrato
	6. Capacitação para a função de fiscal oferecida pela instituição em que trabalha
	7. Autoavaliação dos fiscais em relação à falta de qualificação ou capacitação
	8. Processo de seleção dos fiscais
Documentação e instrumentos de mensuração do desempenho	9. Recebimento de documentação informando as atribuições dos fiscais
	10. Disponibilização da documentação necessária para uma boa fiscalização
	11. Existência de Instrumento de Medição de Resultado (IMR) ou Acordo de Níveis de Serviços (ANS)
	12. Percepção dos fiscais em relação aos Instrumentos de Medição de Resultados ou Acordos de Níveis de Serviço.

Fonte: Elaborado pelo autor

Em paralelo, 12 fiscais, sendo 03 de cada instituição, aceitaram se submeter a uma entrevista semiestruturada, na qual tiveram a oportunidade de expor suas opiniões a respeito da eficiência dos contratos sob a ótica dos agentes de fiscalização, considerando o conjunto de elementos que lhes são disponibilizados pela Administração para cumprirem de forma eficiente a sua missão. As entrevistas ocorreram presencialmente, por telefone, plataforma Skype e aplicativo Whats App. Por fim, foi feita uma análise documental de 04 contratos vigentes em dois hospitais alvos do estudo, visando levantar informações que pudessem ser confrontadas com os resultados obtidos no questionário e entrevistas, perfazendo uma triangulação de dados cuja análise encontra-se descrita na seção “Análise e Interpretação dos Resultados” deste artigo. Os quatro con-

tratos representavam 1,4% do total de contratações de serviços contínuos dos hospitais pesquisados.

4. ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO DOS RESULTADOS

A primeira pergunta do questionário buscava identificar o percentual de respondentes em cada hospital (tabela 3). Embora os dados tenham revelado um percentual em torno de 10% a mais de participantes do Hospital 4 em relação aos demais, em termos absolutos houve um equilíbrio que evitou o enviesamento dos resultados, visto que esse hospital era, no momento da pesquisa, o que contava com o maior número de contratos e de fiscais dentre as instituições pesquisadas.

TAB. 3. PARTICIPAÇÃO DOS FISCAIS NA PESQUISA APLICADA

INSTITUIÇÃO	CONTRATOS VIGENTES (SET/2018)	NR DE FISCAIS	FISCAIS QUE PARTICIPARAM DA PESQUISA	% DE PARTICIPAÇÃO NA INSTITUIÇÃO	% DE PARTICIPAÇÃO EM RELAÇÃO AO TOTAL DE RESPONDENTES
Hospital 1	63	30	30	100%	22,73%
Hospital 2	74	49	31	63,3%	23,48%
Hospital 3	72	42	28	66,67%	21,21%
Hospital 4	81	54	43	79,63%	32,58%
TOTAL	290	175	132	75,43%	100,00%

Fonte: Elaborado pelo autor

4.1. Análise da categoria “Planejamento e acumulação contratual”

Referente ao número médio de contratos por fiscal (subcategoria 1), na análise conjunta dos 4 hospitais a pesquisa indicou que 46,2% dos fiscais possuía apenas 1 a 2 contratos sob sua responsabilidade. Esse índice mostra que quase metade dos respondentes se enquadrava na situação ideal em que o fiscal, em tese, teria mais tempo para se dedicar à atividade de fiscalização, conhecer o objeto contratado e as nuances de cada contrato, sem prejuízo de sua rotina diária como servidor público. Por outro lado, 39,4% dos respondentes acumulavam entre 3 a 5 contratos, número que inspira alguma preocupação

quanto a um possível excesso, e que vai ao encontro dos ensinamentos de Vieira (2017), quando questiona a possibilidade real do agente acumular muitos contratos sem prejuízo à atividade fiscalizatória. Por fim, 11,4% informaram que acumulavam entre 6 e 9, enquanto 3% tinham a atribuição de fiscalizar 10 ou mais contratos, situação que suscita a hipótese de graves danos à rotina de fiscalização, transformando o fiscal em mero cumpridor de formalidades burocráticas, com exposição da instituição ao risco de gestão deficiente dos recursos públicos.

A tabela 4 apresenta a quantidade de contratos e o percentual total e por instituição, relacionando-os à escala de valores médios das contratações.

TAB. 4. NÚMERO TOTAL DE CONTRATOS DIVIDIDOS POR ESCALA DE VALORES

VALOR MÉDIO DO CONTRATO – R\$	TOTAL DE CONTRATOS POR LIMITE DE VALOR	% TOTAL	NÚMERO DE CONTRATOS POR HOSPITAL			
			HOSPITAL 1	HOSPITAL 2	HOSPITAL 3	HOSPITAL 4
Até 2 milhões	195	67,24%	43	48	49	55
			68,2%	64,9%	68,1%	67,9%
Entre 2 e 5 milhões	57	19,66%	12	14	14	17
			19,0%	18,9%	19,4%	21,0%
Entre 5 e 10 milhões	25	8,62%	05	08	06	06
			7,9%	10,8%	8,3%	7,4%
Acima de 10 milhões	13	4,48%	03	04	03	03
			4,8%	5,4%	4,2%	3,7%
TOTAL	290	100%	63	74	72	81

Fonte: Elaborado pelo autor

Analisando a subcategoria 2, que trata da percepção dos fiscais em relação à quantidade de contratos acumulados para fiscalização, nota-se que a maioria dos participantes, 56,8%, relataram muitas dificuldades para conciliar a atividade de fiscal com as demais atribuições diárias, enquanto somente 9,8% conseguiam conciliar adequadamente suas atividades no setor de trabalho com a fiscalização dos contratos, tendência que se repetiu quando os hospitais foram analisados individualmente.

O quadro 1, que confronta os dados das subcategorias 1 e 2, demonstra que à medida que o número de contratos acumulados aumentava, os participantes relatavam maiores dificuldades em se dedicar à fiscalização. Entre os fiscais que acumulavam 6 ou mais contratos, a grande maioria respondeu que simplesmente não conseguiam fiscalizar todos de forma eficiente, evidenciando uma clara vulnerabilidade da Administração Pública no acompanhamento de suas

despesas, e legitimando os ensinamentos de Santos (2011).

Outro dado que chamou a atenção foi o fato de um grande percentual de participantes responsáveis por apenas 1 ou 2 contratos indicarem elevado grau de dificuldade na fiscalização. Esse dado pôde ser parcialmente esclarecido nas entrevistas, quando alguns entrevistados relacionaram essa dificuldade ao elevado valor do contrato e ao número de pessoas envolvidas em algumas contratações. Entre os depoimentos destacaram-se o de um servidor que é o único responsável pelo acompanhamento de um contrato de exames laboratoriais cujo montante aproxima-se de 10 milhões de reais; e o de uma gestora que é a única fiscal de um contrato de serviços administrativos, no qual o número de funcionários contratados gira em torno de 400 e o valor da contratação supera facilmente a cifra de 15 milhões de reais.

QUADRO 1. CORRELAÇÃO ENTRE AS SUBCATEGORIAS 1 E 2

Percepção dos fiscais em relação à quantidade de contratos para fiscalização (Subcat. 2)											
HOSPITAL 1 - 63 CONTRATOS	Contratos para fiscalização	Fiscais respondentes (30)	%	Pouco: fiscaliza todos sem prejuízo das demais atividades	%	Razoável: fiscaliza todos com pouco prejuízo das demais atividades	%	Suportável: fiscaliza todos com muito prejuízo das demais atividades	%	Muito: não consegue fiscalizar todos os contratos	%
	1 a 2 contratos	14	46,7%	1	7,1%	4	28,6%	7	50,0%	2	14,3%
	3 a 5 contratos	13	43,3%	1	7,7%	3	23,1%	8	61,5%	1	7,7%
	6 a 9 contratos	2	6,7%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	2	100,0%
	10 ou + contratos	1	3,3%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	1	100,0%
Percepção dos fiscais em relação à quantidade de contratos para fiscalização (Subcat. 2)											
HOSPITAL 2 - 74 CONTRATOS	Contratos para fiscalização	Fiscais respondentes (31)	%	Pouco: fiscaliza todos sem prejuízo das demais atividades	%	Razoável: fiscaliza todos com pouco prejuízo das demais atividades	%	Suportável: fiscaliza todos com muito prejuízo das demais atividades	%	Muito: não consegue fiscalizar todos os contratos	%
	1 a 2 contratos	15	48,4%	2	13,3%	3	20,0%	9	60,0%	1	6,7%
	3 a 5 contratos	10	32,3%	1	10,0%	1	10,0%	7	70,0%	1	10,0%
	6 a 9 contratos	4	12,9%	0	0,0%	0	0,0%	3	75,0%	1	25,0%
	10 ou + contratos	2	6,5%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	2	100,0%

Percepção dos fiscais em relação à quantidade de contratos para fiscalização (Subcat. 2)											
HOSPITAL 3 - 72 CONTRATOS	Contratos para fiscalização	Fiscais respondentes (28)	%	Pouco: fiscaliza todos sem prejuízo das demais atividades	%	Razoável: fiscaliza todos com pouco prejuízo das demais atividades	%	Suportável: fiscaliza todos com muito prejuízo das demais atividades	%	Muito: não consegue fiscalizar todos os contratos	%
	1 a 2 contratos	12	42,6%	3	25,0%	4	33,3%	4	33,3%	1	8,3%
	3 a 5 contratos	11	39,3%	0	0,0%	3	27,3%	7	63,6%	1	9,1%
	6 a 9 contratos	5	17,9%	0	0,0%	0	0,0%	3	60,0%	2	40,0%
	10 ou + contratos	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%
Percepção dos fiscais em relação à quantidade de contratos para fiscalização (Subcat. 2)											
HOSPITAL 4 - 81 CONTRATOS	Contratos para fiscalização	Fiscais respondentes (43)	%	Pouco: fiscaliza todos sem prejuízo das demais atividades	%	Razoável: fiscaliza todos com pouco prejuízo das demais atividades	%	Suportável: fiscaliza todos com muito prejuízo das demais atividades	%	Muito: não consegue fiscalizar todos os contratos	%
	1 a 2 contratos	20	46,5%	3	15,0%	5	25,0%	12	60,0%	0	0,0%
	3 a 5 contratos	18	41,9%	0	0,0%	5	27,8%	12	66,7%	1	5,6%
	6 a 9 contratos	4	9,3%	0	0,0%	0	0,0%	3	75,0%	1	25,0%
	10 ou + contratos	1	2,3%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	1	100,0%

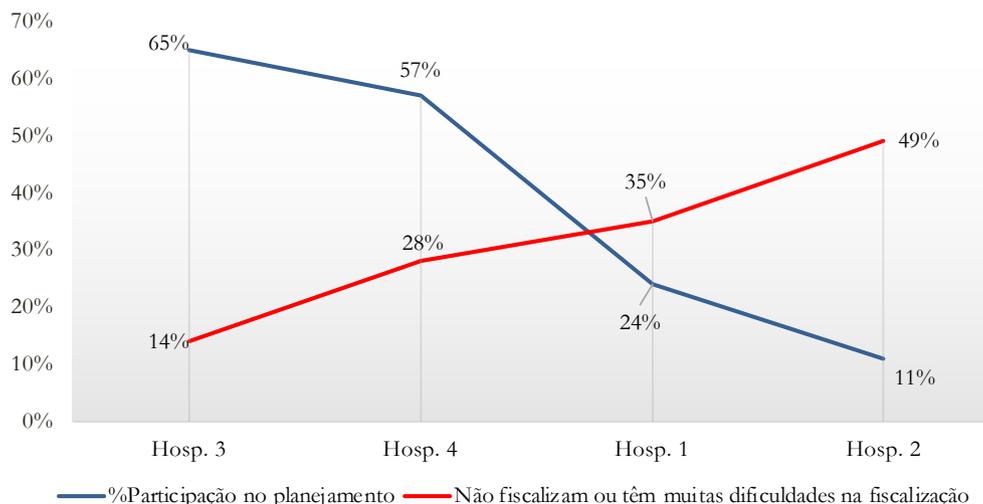
Fonte: Elaborado pelo autor

Relativo à participação dos fiscais no planejamento da contratação, no cômputo geral 30,5% dos participantes disseram nunca terem sido convidados a participar do planejamento, enquanto 20,6% informaram que participaram do planejamento somente de parte dos contratos, fiscalizando melhor os contratos para os quais foram convidados a participar da elaboração. Vale ressaltar que dos 4 contratos analisados, somente um teve participação do fiscal nas ações de planejamento.

Estratificando a pesquisa por hospitais e cruzando os resultados das subcategorias 2 e 3, chama a atenção justamente a constatação de que quanto o

maior o percentual de fiscais participantes no planejamento em cada instituição, menor foi o índice de servidores que informaram não conseguir fiscalizar todos os contratos sob sua responsabilidade ou que encontravam maiores dificuldades para conciliar a rotina de fiscalização com as demais atividades de servidores públicos (figura 1). Do mesmo modo, boa parte dos entrevistados afirmaram que a participação no planejamento da contratação foi fator preponderante para melhor atuarem como fiscais, reafirmando os ensinamentos de Santos, Pinheiro e Queiroz (2014).

FIG. 1. PERCENTUAL DE PARTICIPAÇÃO DOS FISCAIS NO PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO



Fonte: Elaborado pelo autor

Os números também mostraram que as instituições pesquisadas atingiram um bom grau de maturidade, visto que no período da pesquisa quase a totalidade dos contratos possuíam fiscais substitutos formalmente designados (subcategoria 4), e que quase 70% deles atuavam na ausência dos titulares.

4.2. Análise da categoria “Qualificação técnica e capacitação dos fiscais”

Esta categoria de análise tinha o intuito de investigar a parcela de fiscais que possuíam qualificação formal (cursos técnicos, graduações, pós-graduações, entre outras) compatível com o objeto do contrato para os quais foram nomeados; verificar se os fiscais foram capacitados pelas instituições para exercerem essa função; e levantar dados acerca do processo de seleção dos fiscais. Para a subcategoria

5 a compilação dos resultados apontou que no somatório das quatro instituições, 43,5% dos agentes de fiscalização tinham formação técnica coerente com o serviço a ser fiscalizado. Destes, 80% acreditavam que sua formação era um dos fatores do sucesso da contratação. Continuando, 29,8% possuíam qualificação compatível com a maior parte dos contratos sob sua supervisão. 6,9% dos pesquisados relataram ter formação condizente apenas com a menor parte dos contratos que acompanhavam, enquanto 19,8%, ou seja, praticamente 1 em cada 5 fiscais disseram não possuir habilitação técnica para nenhum contrato em sua esfera de responsabilidades. A tabela 5 revela que em nível institucional os padrões também foram muito semelhantes, não havendo variações consideradas conclusivas em relação ao desempenho de um hospital sobre o outro.

TAB. 5. RELAÇÃO ENTRE A QUALIFICAÇÃO TÉCNICA FORMAL DOS FISCAIS E OS SERVIÇOS CONTRATADOS

INSTITUIÇÃO	COMPATÍVEL C/ TODOS OS CONTRATOS	COMPATÍVEL C/ A MAIOR PARTE DOS CONTRATOS	COMPATÍVEL C/ A MENOR PARTE DOS CONTRATOS	FORMAÇÃO INCOMPATÍVEL C/ TODOS OS CONTRATOS
Hospital 1	47,5%	30,1%	6,3%	16,1%
Hospital 2	38,7%	29,6%	10,9%	20,8%
Hospital 3	47,6%	32,9%	4,5%	15,0%
Hospital 4	40,0%	26,6%	5,9%	27,7%
MÉDIA GERAL	43,5%	29,8%	6,9%	19,8%

Fonte: Elaborado pelo autor

Um ponto positivo verificado na análise documental foi que nos 4 contratos analisados, tanto os fiscais titulares quanto os substitutos detinham qualificação técnica compatível com os objetos contratados.

No que diz respeito à capacitação oferecida pela própria instituição para o exercício da fiscalização (subcategoria 6), a pesquisa revelou que 39,8% foram capacitados mais de uma vez pela instituição em que trabalham, 27,9% foram capacitados em uma única oportunidade, 12,9% buscaram algum tipo de capacitação por conta própria em outros órgãos, e 19,4% atuavam sem nunca terem recebido capacitação interna ou externa. Individualmente, assim como ocorreu com a categoria 5, os hospitais apresentaram movimentos muito parecidos, reflexo, talvez, de uma política de governança da empresa responsável pela gestão dessas instituições. Porém, para se chegar a um resultado conclusivo nesse sentido é necessário um estudo ampliado, que alcance não somente 10%, mas a integralidade ou a maioria dos 40 hospitais da rede.

Os dados apresentados nas subcategorias 5 e 6 levam a algumas inferências possíveis. A primeira é sobre o bom nível de prudência e eficiência da gestão dos quatro hospitais, já que em grande parte dos casos havia uma preocupação real em escalar pessoas com competência técnica coerente para zelar pelo fiel cumprimento das obrigações contratuais, até mesmo para garantir segurança jurídica para a instituição, conforme prescreve Gomes (2016). Em sentido oposto, a segunda conclusão acende um alerta, uma vez que tanto no quesito “qualificação técnica” quanto na “oferta de capacitação pela instituição”, o número de profissionais com formação incompatível ou não treinados para a função, mas que atuam como fiscais, esteve muito próximo dos 20%, ou seja, 1 em cada 5 agentes de fiscalização se enquadrava nessa situação. Esse valor cresce de importância quando se adicionam os 6,9% com habilitação específica para menos da metade dos contratos que fiscalizavam. Do ponto de vista da Administração, e seguindo os preceitos de Conti (2011), esse resultado é preocupante, haja vista que a legislação que disciplina o gerenciamento dos recursos públicos não prevê margem de erro para a atuação dos gestores.

Ainda dentro dessa temática, outro dado merece destaque. Excetuando-se os profissionais com habilitação formal compatível com todos os contratos de sua responsabilidade, os demais foram questionados se a falta dessa qualificação prejudicaria a fiscalização, sendo que 25% responderam que não. Nas entrevistas os participantes foram estimulados a

comentar esse resultado, e as principais razões apresentadas para suprir essa deficiência foram os anos de experiência como fiscal, a vivência na área e a familiaridade com o objeto do contrato.

Relacionando as subcategorias 5 e 6 com a subcategoria 8 (processo de seleção dos fiscais), 10 dos 12 entrevistados acreditavam que foram escolhidos justamente pelo fato de sua formação estar relacionada ao tipo de serviço contratado, sendo que todos foram unânimes em afirmar que esse critério de seleção é o mais adequado. No entanto, 04 participantes alegaram que se sentiam sobrecarregados pelo volume de contratos a fiscalizar e que outras pessoas com habilitações formais similares ou idênticas também poderiam ter sido escolhidas, pois não eram fiscais de nenhum ou de uma quantidade menor de contratos do que os entrevistados.

4.3. Análise da categoria “Documentação e instrumentos de mensuração de desempenho”

A análise global dos resultados da subcategoria 9 (documentação informando as atribuições do fiscal) mostra que 42,7% dos fiscais receberam, para todos os contratos que fiscalizavam, check list ou documentação similar contendo suas atribuições. 23,7% receberam somente para uma parte dos contratos, e 33,6% simplesmente não receberam nenhum documento orientando sobre a rotina de fiscalização. Esses números mostram uma polarização dos resultados entre fiscais que receberam toda ou nenhuma documentação que os informasse quais as suas tarefas durante o acompanhamento da execução contratual.

Entretanto, quando se observam os números de cada instituição em particular, nota-se uma evidente discrepância entre os hospitais. Por exemplo, no hospital 3 55,8% dos respondentes disseram ter recebido algum tipo de documento com as atribuições do fiscal para todos os contratos, enquanto somente 13,6% não receberam para nenhuma contratação. Na outra ponta, o hospital 2 só informou por escrito as funções do fiscal para todos os contratos em 25% dos casos, negligenciando essa informação por completo em 53,7% das vezes. Corroborando com os números institucionais, somente 2 dos 4 contratos verificados in loco na análise documental continham documento versando sobre as atribuições dos responsáveis pelo acompanhamento da contratação.

Referente à subcategoria 10 (fornecimento da documentação necessária para uma boa fisca-

lização), o hospital 3 manteve sua posição de destaque, disponibilizando a documentação completa em 50,5% das vezes, enquanto somente em 6,4% dos casos os respondentes desta instituição alegaram não ter recebido documento algum. Novamente, o hospital 2 ocupou a pior colocação, com apenas 23,5% de fornecimento completo, mas tendo melhorado seu desempenho entre os participantes que disseram ter recebido ao menos parte dessa documentação, 51,7%, contra resultados que variaram de 43,1% a 47,8% nos demais nosocômios pesquisados.

Vale registrar que, excluindo-se os resultados referentes às opções em que os participantes não receberam nenhuma documentação para ambas as

categorias, a soma dos demais quesitos da subcategoria 9 chega 66,4%, ou 2/3 de fiscais que receberam alguma documentação discriminando as suas atribuições. Já a subcategoria 10 alcança 86,1% de fiscais que obtiveram da Administração ao menos parte da documentação relativa às contratações que tinham que supervisionar. Embora ainda existam muitas oportunidades de melhorias, esses resultados são positivos para a gestão pública, uma vez que Pereira Junior e Dotti (2011) já deixaram clara a importância do fiscal ser um profundo conhecedor de suas responsabilidades e do objeto contratado, na qualidade de guardião do interesse público.

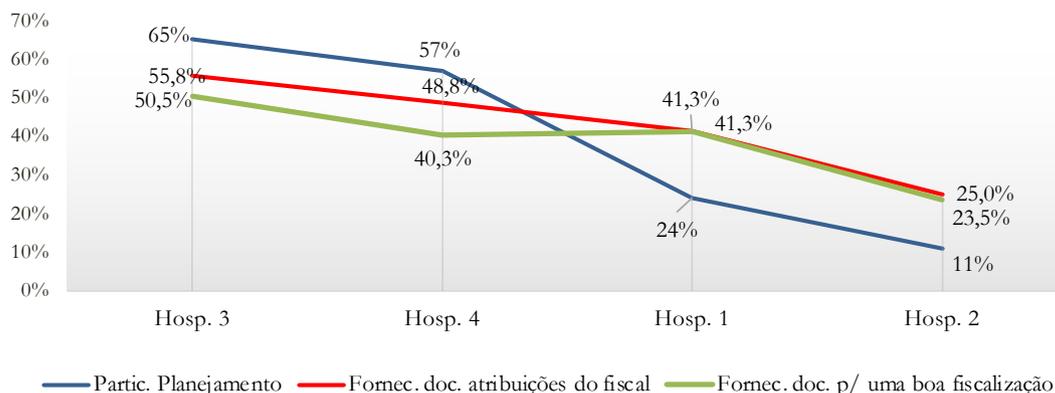
TAB. 6. RESULTADOS DAS SUBCATEGORIAS 9 E 10

INSTITUIÇÃO	RECEBIMENTO DE CHECK LIST OU DOCUMENTO SIMILAR CONTENDO AS ATRIBUIÇÕES DOS FISCAIS			FORNECIMENTO DE TODA A DOCUMENTAÇÃO NECESSÁRIA PARA UMA BOA FISCALIZAÇÃO		
	P/ TODOS OS CONTRATOS	P/ PARTE DOS CONTRATOS	P/ NENHUM CONTRATO	P/ TODOS OS CONTRATOS	P/ PARTE DOS CONTRATOS	P/ NENHUM CONTRATO
Hospital 1	41,3%	28,9%	29,8%	41,3%	46,2%	12,5%
Hospital 2	25,0%	21,3%	53,7%	23,5%	51,7%	24,8%
Hospital 3	55,8%	30,6%	13,6%	50,5%	43,1%	6,4%
Hospital 4	48,8%	13,9%	37,3%	40,3%	47,8%	11,9%
Média geral	42,7%	23,7%	33,6%	38,9%	47,2%	13,9%

Fonte: Elaborado pelo autor

Confrontando estes dados com a subcategoria 3, percebe-se que os hospitais com os melhores índices nos quesitos relacionados à documentação contratual (hospitais 3 e 4), também obtiveram os resultados mais relevantes na questão da participação dos fiscais no planejamento, mostrando certa inclinação a uma maior eficiência na fiscalização dos contratos nestas instituições (figura 2).

FIG 2. RELAÇÃO ENTRE A PARTICIPAÇÃO NO PLANEJAMENTO E DOCUMENTAÇÃO CONTRATUAL



Fonte: Elaborado pelo autor

Em relação aos Instrumentos de Medição de Resultados (IMR) e os Acordos de Níveis de Serviço (ANS), o fato de o primeiro surgir como ferramenta obrigatória somente a partir de 2017, e o segundo, embora previsto na legislação desde 2008, ter caráter facultativo, dificultou qualquer conclusão definitiva acerca desses instrumentos como fatores determinantes da eficiência dos contratos neste trabalho, uma vez que não se podia afirmar que sua ausência foi preponderante para um baixo desempenho na execução da contratação. Contudo, considerando os ensinamentos de Pironti e Ziliotto (2018), a apresentação dos resultados é importante para dar a dimensão do panorama atual e subsidiar estudos futuros.

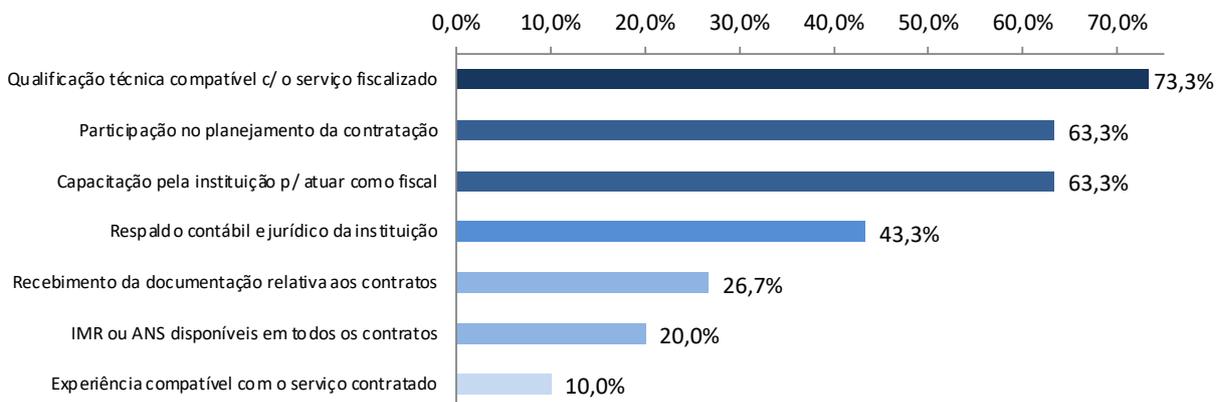
No geral, somente 16,7% dos participantes responderam que todos os contratos que fiscalizavam no momento da pesquisa continham alguma dessas ferramentas. 36,1% relataram que somente uma parte dos contratos continham IMR ou ANS, enquanto 19,4% disseram que nenhum dos contratos que fiscalizavam contava com quaisquer destes instrumentos. 27,8% dos respondentes alegaram que simplesmente desconheciam os Instrumentos de Medição de Resultados e os Acordos de Níveis de Serviço, o que também se pôde observar no depoimento de alguns entrevistados. A individualização dos dados por instituição revelou a mesma tendência, poucos contratos com IMR e ANS e altas taxas de desconhecimento por parte dos fiscais. Por outro lado, tanto nas entrevistas quanto nas pesquisas houve um aceno positivo para os IMR e ANS, já que 75% dos participantes admitiram a importância destes dispositivos como um

auxílio para a melhoria da eficiência na fiscalização contratual. Entre os 25% restantes e alguns entrevistados houve um reconhecimento da importância desses instrumentos, porém com a ressalva de que eles não dão a devida segurança aos fiscais para aplicação de sanções nas empresas contratadas, carecendo de melhorias.

Um dos objetivos da análise documental era justamente identificar se existiam IMR ou ANS nos contratos analisados, ficando constatado que somente um deles continha Instrumento de Medição de Resultado, e outro contava com o Acordo de Níveis de Serviço. Em ambos os casos foi verificado que essas ferramentas eram imprecisas, mostrando-se insuficientes para avaliar com precisão e objetividade o serviço executado.

Na última atividade do questionário os participantes foram convidados a selecionar, dentre as opções disponíveis, as três que consideravam mais importantes para se alcançar a excelência na fiscalização contratual (figura 3). Uma das hipóteses que se pôde levantar, por ora, sobre os IMR e ANS em relação aos demais quesitos, é que o baixo resultado estaria vinculado ao pouco conhecimento dos fiscais acerca dessas ferramentas. Em sentido oposto, parece consolidada a noção de que qualificação técnica e capacitação institucional devem andar juntas e alinhadas com a participação dos fiscais nas equipes de planejamento da contratação, bem como ao respaldo contábil e jurídico para imposição de penalidades, dadas as posições de destaque que esses quesitos ocuparam nos resultados da pesquisa.

FIG. 3: QUESITOS MAIS IMPORTANTES PARA UMA FISCALIZAÇÃO EFICIENTE DO PONTO DE VISTA DOS FISCAIS



Antes de tecer as considerações finais, cabe destacar mais alguns dados que chamaram bastante atenção na análise dos resultados: Para 2/3 dos entrevistados, entre as principais causas de rescisão contratual antes do limite máximo legal estão as falhas no processo de planejamento e fiscalização. 53% dos respondentes do questionário e 67% dos entrevistados disseram que já deixaram de solicitar aplicação de penalidades nas contratadas por falta de respaldo da organização em que trabalham, o que caracteriza a chamada “vista grossa”. Cerca de 50% dos fiscais revelaram que já deixaram de realizar atividades importantes de fiscalização por não terem conhecimento de suas atribuições ou não receberem toda a documentação relativa ao contrato.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo procurou explorar alguns dos aspectos que envolvem uma boa fiscalização dos contratos administrativos, sob a ótica dos atores responsáveis pelo acompanhamento da execução dos serviços contratados. Ficou demonstrado que variáveis como participação no planejamento, razoabilidade na definição do número de contratos por fiscal, qualificação e capacitação técnica, clareza nas informações relativas às atribuições dos fiscais e fornecimento de toda a documentação necessária para a fiscalização, são fatores determinantes de atuação mais eficiente por parte dos agentes de fiscalização.

Sobre as ferramentas de monitoramento e avaliação de desempenho deve-se dedicar especial atenção aos resultados, pois tratam-se de instrumentos cuja finalidade é fornecer um dimensionamento preciso e subsidiar a aplicação de penalidade nas empresas por irregularidades na execução con-

tratual, caracterizando-se como verdadeiros aliados dos fiscais na difícil missão de aferir o serviço executado e alcançar o objetivo de zelar pela qualidade dos gastos públicos.

No que se refere à existência de relação entre o resultado de cada hospital com o número de contratos vigentes ou a média de fiscais por contrato, os dados foram inconclusivos, visto que houve poucas variações entre as instituições nesses quesitos. No entanto, os hospitais 2 e 3 obtiveram melhores resultados nas análises envolvendo participação no planejamento e disponibilização, para os fiscais, da documentação relativa aos contratos.

Não houve pretensão de esgotar o assunto, mas prestar mais uma contribuição às ciências administrativas, sobretudo na área pública, que tem como finalidade última zelar pela melhor aplicação dos recursos advindos da sociedade. Para estudos futuros sugere-se a ampliação do trabalho para toda a rede de hospitais universitários do país, investigando, por exemplo, se existem particularismos regionais capazes de influenciar o modelo de gestão e fiscalização.

Por fim, cabe uma última reflexão sobre a necessidade de primar pela excelência na fiscalização dos serviços contratados. Mais que uma missão institucional, os fiscais devem olhar para a sua atuação como um ato de cidadania, posto que na segunda década do século XXI a ideia de que o estado é o único responsável pelos recursos coletivos está mais do que ultrapassada, existindo um clamor cada vez maior pela participação da sociedade civil organizada na vigilância das ações governamentais.

6. REFERÊNCIAS

- ATTILA, Gyorgy. Agency problems in the public sector. *University of Oradea (Economic Science Series). Annals.* v. 21, n. 1, p. 708-712, 2012.
- BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. São Paulo. Edições 70, 2011, 229 p.
- BRASIL. Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos no caso de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Diário Oficial da União* 1992; 03 jun.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Promulgada em 05 de outubro de 1988.
- _____. Instrução Normativa n. 5, de 26 de maio de 2017. Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. *Diário Oficial da União* 2017; 26 mai.
- _____. Lei 8.987/95. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União* 1995; 13 fev.
- CARVALHO, Hugo Leonardo Menezes de; LEROY, Rodrigo Silva Diniz. Controle Social sob a Perspectiva do Conflito de Agência no Setor Público. XX Seminários em Administração da Universidade de São Paulo. *Anais*. São Paulo, Nov. 2017. ISSN 2177-3866.
- CONTI, J.M; CARVALHO, A.C. O Controle Interno na Administração Pública Brasileira: Qualidade do Gasto Público e Responsabilidade Fiscal. *Revista da Defensoria Pública da União: Seção Especial Teorias e Estudos Científicos*, n.37, p.201-220, Brasília, jan-fev/2011.
- CORREIO, J.S. Função Social do Contrato: Conceito, Natureza Jurídica e Fundamentos. *Revista de Direito Público*, Londrina, v.6, n.2, p 120-141, ago.-set. 2011.
- GOMES, A. R. A Gestão de Contratos na Administração Pública. *Revista Multidisciplinar e de Psicologia*. Ano 10, nº 29, Fev. 2016.
- OLIVEIRA, C. B.; FILHO, J.R. Problemas de Agência no Setor Público. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, 51(4):596-615, jul.-ago. 2017.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI. A responsabilidade dos fiscais da execução do contrato administrativo. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v. 10, n. 120, dez. 2011.
- PIRONTI. R.; ZILIOOTTO, M.M. O Controle de Qualidade nas Contratações Públicas: Uma Análise do Instrumento de Medição de Resultado. *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 16, n.60, p.199-211, jan-abr/2018.
- PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. *Receitas*. Disponível em <<http://www.portaltransparencia.gov.br/receitas>>. Acesso em 03 Out. 2018.
- SALTAJI, Issam MF. Corporate governance and agency theory: how to control agency costs. *Internal Auditing and Risk Management*, v. 8, n. 4, p. 47-60, 2013.
- SANTOS, G. H.; VIMIEIRO, J. V.; RODRIGUES, M. I. Acordo de Nível de Serviço e Eficiência Administrativa. VI Congresso de Gestão Pública: experiências inovadoras na gestão de compras e contratos. *Anais*. Brasília/DF, Abr. 2013.
- SANTOS, M.J.; PINHEIRO, L.B.; QUEIROZ, I.A. Governança na Administração Pública: Concepções do Modelo Australiano de Edwards et. al (2012) vis-à-vis às Contribuições Teóricas. XXXVIII Encontro Nacional da Associação Nacional de Pesquisa em Administração. *Anais*. Rio de Janeiro/RJ, Set. 2014.
- SANTOS, R. L. A fiscalização e o acompanhamento da execução do contrato administrativo na Administração Pública – Artigo 67 – Lei nº 8.666/93. *Revista Digital de Direito Administrativo da Universidade de São Paulo*, vol. 4, n.2, p. 187-199, 2017.
- VEIRA, A.L. Gestão de Contratos Administrativos. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 3, n.5, p.131-166, Belo Horizonte, 2017.

ANEXO 1 • MODELO DE INSTRUMENTO DE MEDIÇÃO DE RESULTADO

EXEMPLO DE INDICADOR	
Nº 01 PRAZO DE ATENDIMENTO DE DEMANDAS (OS).	
ITEM	DESCRIÇÃO
Finalidade	Garantir um atendimento célere às demandas do órgão
Meta a cumprir	24h
Instrumento de medição	Sistema informatizado de solicitação de serviços - Ordem de Serviço (OS) eletrônica
Forma de acompanhamento	Pelo sistema
Periodicidade	Mensal
Mecanismo de cálculo	Cada OS será verificada e valorada individualmente. N° de horas no atendimento/24h = X
Início de Vigência	Data da assinatura do contrato
Faixas de ajuste no pagamento	X até 1 - 100% do valor da OS
De 1 a 1,5 - 90% do valor da OS	
De 1,5 a 2 - 80% do valor da OS	
Sanções	20% das OS acima de 2 - multa de XX
30% das OS acima de 2 - multa de XX + rescisão contratual	
Observações	

Fonte: Instrução Normativa n. 5, de 26 de maio de 2017



Leandro Américo da Cruz

<https://orcid.org/0000-0003-1433-2746>

Autor vinculado à UFMG por meio do mestrado profissional em Gestão de Serviços de Saúde; e profissionalmente por meio do cargo efetivo de Administrador, lotado atualmente no Hospital das Clínicas da UFMG. Bacharel em Administração Pública pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2015); mestrando em Gestão de Serviços Saúde pela Universidade Federal de Minas Gerais; (2019...); especialista em Gestão Pública da Organização de Saúde pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2018); especialista em Gestão de Instituições Federais de Educação Superior pela Universidade Federal de Minas Gerais (2018); especialista em Gestão de Equipes e Liderança Estratégica pelo Centro Universitário Newton Paiva (2017); membro do Programa de Pesquisa em Finanças Públicas, Controle e Prevenção da Corrupção (ESAF, 2018). Atualmente é chefe do Setor de Suprimentos do Hospital das Clínicas da UFMG em Belo Horizonte/MG.



Antônio Artur de Souza

<https://orcid.org/0000-0002-4725-0758>

Bacharel em Ciências Contábeis pela Universidade Federal de Santa Catarina (1987); Bacharel em Letras pela Universidade Federal de Minas Gerais (2021); mestre em Engenharia de Produção pela Universidade Federal de Santa Catarina (1990); doutor em Management Science pela Universidade de Lancaster, Inglaterra (1995); pós-doutor em Finanças pela Universidade de Grenoble, França (2017); membro do Programa de Pesquisa em Finanças Públicas, Controle e Prevenção da Corrupção (ESAF, 2018); Atualmente é professor Associado IV da Universidade Federal de Minas Gerais. Tem experiência na área de Administração, com ênfase em Finanças e Ciências Contábeis, atuando principalmente nos seguintes temas: Administração Financeira, Orçamento Empresarial, Contabilidade Financeira, Planejamento Tributário, Contabilidade Gerencial e Análise de Custos.

www.cgu.gov.br



CONTROLADORIA-GERAL
DA UNIÃO



SBAP
Sociedade Brasileira de Administração Pública